

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1171

(Ano XV)

(07/10/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1171



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

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1171 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 375 *fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



O golpe do falso leilão e a responsabilidade das instituições financeiras

Heitor José Fidelis Almeida de Souza, 08.

ARTIGOS

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

Eduardo Luiz Santos Cabette, 17.

Comprovação do Capital Social - S/A's e Radar Siscomex

Eduardo Felipe Furukawa, 18.

O cenário nacional da população em situação de rua

Bárbara Piffer Grande, 20.

A seletividade penal: uma análise sobre o abrandamento das sanções dos crimes de colarinho branco no sistema penal brasileiro

Laura Galvao Marques Cavalcante e Lucas Cerqueira Machado Dias, 30.

Trabalho no setor marítimo e os direitos dos marítimos: o papel da organização marítima internacional e a importância da atuação das entidades sindicais da categoria na asseguaração dos direitos e garantias trabalhistas

Poliane Ketlin Gadotti Estevão, 36.

Direitos sociais prestacionais garantidores do mínimo existencial a partir da teoria sistêmica

Alexandre Perin da Paz, 63.

Adjudicação compulsória no registro imobiliário: As inovações trazidas pela Lei 14.382/2022

Danilo Bezerra de Castro, 86.

A reformulação da responsabilidade penal da pessoa jurídica

Aline Melsone Marcondes Trivino e Marcelo Carita Correra, 101.

A Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança: A criança e a educação como perspectiva de uma sociedade melhor

Julio Cesar Ribas Boeng e Giselly Prado Silva Cavalher, 128.

Crime de perseguição uma nova visão do Código Penal

Vanessa França Valero, 154.

A publicidade médica nas redes sociais, e sua influência na responsabilidade civil

Renato de Assis Pinheiro, 164.

A promessa de não processar como negócio jurídico processual

Larissa de Carvalho Santa Ritta Seabra, 190.

A constituição prévia de advogado pelo réu obsta a suspensão do processo penal nos termos do art. 366, CPP?

Thais Pastor de Amorim Siqueira, 218.

Breves acenos sobre a impossibilidade de adoção do sistema de governo parlamentarista no Brasil via emenda constitucional

Bárbara Mendes Peres, 223.

Holding no processo de sucessão patrimonial

Daniel Gadelha dos Santos, 235.

Sistemas de Registro de Imóveis no Brasil

Antonia Maria da Silva, 265.

Novos contornos da busca pessoal a partir da recente jurisprudência do STJ

Thais Pastor de Amorim Siqueira, 290.

Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual e a Lei nº 13.344/16

Wendy Paola Silva de Freitas, 296.

As parcerias público privadas e o sistema prisional: o modelo de Ribeirão das Neves/MG

Marcos Eduardo Godoi Junior, 311.

A competência da justiça do trabalho e as ações relativas ao exercício do direito de greve

Bianca de Sá Cisneiros, 328.

Intervenção Federal: análise do cabimento do instituto que suprime a autonomia dos entes federativos

Sophia de Moura Leite, 341.

Aborto virtual fundado na ADI nº 3.510? Bases doutrinário-jurisprudenciais para o enfrentamento do aborto no Brasil

Marcelo Dias Silva De Souza, 351.

O GOLPE DO FALSO LEILÃO E A RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

HEITOR JOSÉ FIDELIS ALMEIDA DE SOUZA:

Advogado, sócio proprietário do Fidelis Sociedade Individual de Advocacia, bacharel em Direito pela USP e pós-graduado em Direito Empresarial pela FGV-SP1.

Neste artigo, trataremos sobre o golpe do falso leilão, o qual, infelizmente, tem se tornado cada vez mais frequente no Brasil. Nos parágrafos iniciais, discorreremos sobre a dinâmica do golpe. Na segunda parte, trataremos sobre a responsabilidade das instituições financeiras pelos prejuízos sofridos pelo consumidor. E, na parte final, explicaremos quais providências devem ser tomadas por quem foi vítima do golpe.

1. Como funciona o golpe?

Quanto ao *modus operandi*, em suma, quadrilhas especializadas em crimes virtuais criam páginas falsas, que emulam sites de órgãos públicos (p. ex., DETRAN) e ou de casas de leilão autênticas. Às vezes, os estelionatários apelam para a criatividade e criam, do zero, uma empresa leiloeira.

As páginas falsas costumam ser bem elaboradas e, frequentemente, são exibidas em evidência (anúncio patrocinado) em buscadores de internet, como, p. ex., o Google. Tudo isto demonstra que os criminosos fazem considerável investimento inicial em arquitetura de site, design e marketing, sempre visando conferir credibilidade ao engodo para ludibriar o consumidor ao final.

O golpe é aplicado após a vítima supostamente arrematar o veículo ou moto no leilão. O responsável pelo lance vencedor é orientado a fazer a transferência do preço para uma conta de laranja, que costumeiramente é pessoa física, mas também pode ser uma empresa fantasma ou cooptada para receptação do produto do crime. Feito o pagamento, os estelionatários cortam o contato com a vítima e, muitas vezes, o bem arrematado é disponibilizado em novo leilão no mesmo site.

2. As instituições financeiras têm responsabilidade pela reparação dos prejuízos?

O tema é complexo, pois envolve a análise conjunta das regras previstas do Código de Defesa do Consumidor ("CDC"), das normas fixadas pelo Banco Central do Brasil ("BACEN") e da jurisprudência pátria.

1 E-mail: hjfas.adv@outlook.com (<https://fidelisadvocacia.com/>)

Em primeiro lugar, registre-se que a responsabilidade dos bancos por falha na prestação dos serviços incide em sua modalidade objetiva, independentemente de culpa, nos termos do art. 14 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.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; [...]"

É importante clarificar que, embora a vítima do golpe do leilão falso possa não ser diretamente cliente do banco que abriu a conta do estelionatário, utilizada para receptor o produto do crime, essa vítima ainda assim pode ser considerada consumidora por equiparação².

E a aplicabilidade do CDC às instituições financeiras, bem como sua responsabilidade objetiva em casos de fraudes bancárias, são questões pacificadas pelo Superior Tribunal de Justiça ("STJ") nas Súmulas 297 e 479, respectivamente:

Súmula 297 – "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."

Súmula 479 – "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias."

Portanto, se a responsabilidade do banco independe de culpa, o dever de indenizar surgirá quando forem demonstrados o dano e o nexo causal entre o prejuízo e a conduta

² CDC: "Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento".

da casa bancária³. O dano pode ser facilmente provado pelo comprovante de pagamento de boleto, ou de transferência bancária (TED ou PIX), com destino à conta do bandido.

Quanto ao nexo causal, trata-se de ponto mais complexo, pois depende da apuração de irregularidades na abertura e/ou na utilização da conta do estelionatário. A abertura da conta será irregular quando violar as normas da Resolução nº 4.753 de 26 de setembro de 2019, do BACEN. Vejamos o que prescreve o artigo 4º da referida resolução:

*"Art. 2º As instituições referidas no art. 1º, para fins da abertura de conta de depósitos, devem adotar **procedimentos e controles que permitam verificar e validar a identidade e a qualificação dos titulares da conta** e, quando for o caso, de seus representantes, bem como a **autenticidade das informações fornecidas pelo cliente, inclusive mediante confrontação dessas informações com as disponíveis em bancos de dados de caráter público ou privado.***

*§ 1º Considera-se qualificação as informações que permitam às instituições apreciar, avaliar, caracterizar e classificar o cliente com a finalidade de **conhecer o seu perfil de risco e sua capacidade econômico-financeira.***

*§ 2º É admitida a abertura de conta de depósitos com base em processo de qualificação simplificado, **desde que estabelecidos limites adequados e compatíveis de saldo e de aportes de recursos para sua movimentação.** [...]*

*§ 4º As informações de identificação e de qualificação dos titulares de conta de depósitos e de seus representantes, quando houver, **devem ser mantidas atualizadas pelas instituições.***

*§ 5º As instituições devem adequar os procedimentos de que trata o caput às disposições relativas à **prevenção à lavagem de dinheiro** e ao financiamento do terrorismo, bem como observar a legislação e a regulamentação vigentes." (grifos nossos).*

Tais cautelas devem ser aplicadas mesmo quando a conta for aberta de forma digital⁴. E quando forem detectadas irregularidades graves nas informações prestadas pelo

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, v. 7. 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 152.

⁴ Resolução BACEN nº 4.753 de 26 de setembro de 2019: "Art. 7º As instituições, por meio dos procedimentos e das tecnologias utilizados na abertura, na manutenção e no encerramento de conta de depósitos, devem

correntista para abertura da conta (p. ex., uso de documentos falsos ou furtados), o banco pode e deve encerrar o vínculo contratual com o cliente, nos termos do art. 6º do diploma normativo supramencionado:

"Art. 6º As instituições devem encerrar conta de depósitos em relação a qual verifiquem irregularidades nas informações prestadas, consideradas de natureza grave."

Para sintetizar o raciocínio: se não houvesse conta irregular aberta pelo estelionatário para a prática deliberada de golpes, o prejuízo financeiro da vítima certamente não teria se concretizado, decorrendo daí o nexo causal entre a conduta da instituição financeira e o dano experimentado pelo consumidor. Trata-se de clássico exemplo da teoria do risco da atividade, tal como explanada por CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁵:

"Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como "risco-proveito", que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (ubi emolumentum, ibi onus); ora mais genericamente como "risco criado", a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo".

Mas não é só. Nos casos em que o pagamento do bem arrematado em leilão falso é feito por meio do PIX, existem outras diretrizes normativas que podem ensejar a responsabilização da instituição financeira pelos prejuízos sofridos pelo consumidor. Confira-se os arts. 88 e 89 da Resolução nº 01 de 12 de agosto 2020, do BACEN ("Regulamento do PIX"):

assegurar: I - a integridade, a autenticidade e a confidencialidade das informações e dos documentos eletrônicos utilizados;"

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*, v. 4. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 49.

"Art. 88. Ao aderir ao Pix, os participantes declaram estar cientes de que, em decorrência da natureza de suas atividades, **estarão sujeitos**, em especial, aos seguintes **riscos**:

*I - **operacional**, conforme definido no inciso I do art. 2º da Circular nº 3.681, de 4 de novembro de 2013, e regulamentação posterior; [...]* (grifos nossos).

"Art. 89. Adicionalmente ao gerenciamento de risco operacional disposto na Seção I deste Capítulo, os participantes do Pix devem **adotar mecanismos robustos para garantir a segurança**:

*I - do processo de **autenticação de usuários pagadores e de identificação de usuários recebedores**;*

II - dos procedimentos de iniciação do Pix; e

*III - **do processo de abertura de contas transacionais**." (grifos nossos).*

O risco operacional mencionado nos artigos acima foi disciplinado pela Circular nº 3.681 de 04 de novembro de 2013, do BACEN:

"Art. 2º Para os efeitos desta Circular, define-se:

I - risco operacional: possibilidade de ocorrência de perdas resultantes dos seguintes eventos:

a) falhas na proteção e na segurança de dados sensíveis relacionados tanto às credenciais dos usuários finais quanto a outras informações trocadas com o objetivo de efetuar transações de pagamento;

*b) **falhas na identificação e autenticação do usuário final**; [...]*

*d) **fraudes internas**;*

*e) **fraudes externas**; [...]*

*g) **práticas inadequadas relativas a usuários finais, produtos e serviços de pagamento**," (grifos nossos).*

A interpretação das normas estabelecidas pelo BACEN conduz à conclusão de que as instituições financeiras assumem o risco operacional de transações realizadas via PIX,

especialmente quando houver "*falhas na identificação e autenticação do usuário final*", "*fraudes internas*", "*fraudes externas*" e "*práticas inadequadas relativas a usuários finais*".

Destaque-se que os bancos podem ser responsabilizados pelo golpe do leilão falso mesmo que o pagamento do leilão se dê por outros meios, como, p. ex., TED ou boleto bancário. Isto porque, após receber o dinheiro, é comum que o estelionatário esvazie ou dilua rapidamente o saldo da conta fraudulenta, utilizando-se para tanto de transferências via PIX. Essas transferências podem ser para o CPF ou CNPJ do mesmo titular da conta fraudulenta ou mesmo para terceiros, utilizados como laranjas, que facilitam a evasão do numerário e despistam eventuais interessados em investigar o ilícito.

Tal padrão de movimentações financeiras é típico de fraudes bancárias, nas quais o estelionatário objetiva ocultar rapidamente o produto do crime, além de dificultar a identificação e punição dos culpados. Felizmente, esse tipo de manobra financeira é vedado pelos arts. 39 e 39-B do Regulamento do PIX e pode ensejar a responsabilização civil das casas bancárias que permitirem a instrumentalização do PIX para o cometimento e para a ocultação de fraudes:

*"Art. 39. Uma transação no âmbito do Pix deverá ser **rejeitada** pelo participante prestador de serviço de pagamento do usuário receptor quando:*

*I - **houver fundada suspeita de fraude;***

*II - **houver problemas na identificação do usuário receptor;**" (grifos nossos).*

*"Art. 39-B. Os recursos oriundos de uma transação no âmbito do Pix deverão ser **bloqueados cautelarmente** pelo participante prestador de serviço de pagamento do usuário receptor **quando houver suspeita de fraude.***

§ 1º A avaliação de suspeita de fraude deve incluir:

*I - a **quantidade de notificações de infração vinculadas ao usuário receptor;***

*II - o **tempo decorrido desde a abertura da conta transacional pelo usuário receptor;***

*III - o **horário e o dia da realização da transação;***

IV - o perfil do usuário pagador, inclusive em relação à recorrência de transações entre os usuários;

V - outros fatores, a critério de cada participante.

§ 2º O bloqueio cautelar deve ser efetivado simultaneamente ao crédito na conta transacional do usuário recebedor. [...]

*§ 5º Durante o período em que os recursos estiverem bloqueados cautelarmente, o participante prestador de serviço de pagamento do usuário recebedor deve **avaliar se existem indícios que confirmam embasamento à suspeita de fraude.*** (grifos nossos).

Como se vê, o PIX proporcionou grande praticidade na realização de transações financeiras, mas também trouxe alguns riscos para os consumidores. Exatamente por isso, ao aderirem à utilização do PIX, as instituições financeiras assumem os correspondentes riscos operacionais, inerentes à atividade bancária, especialmente nos casos em que forem violadas as normas do BACEN para abertura e manutenção de contas bancárias; e quando houver fraude, interna ou externa, nas transações concretizadas via PIX.

A interpretação conjunta do arcabouço normativo explanado acima permite concluir que poderão ser solidariamente⁶ responsáveis pela reparação civil do consumidor lesado não apenas o banco que abriu indevidamente a conta para o estelionatário, mas também aqueles que albergarem contas de laranjas para receptação ou diluição do produto do ilícito original (golpe do leilão falso), por intermédio de transações via PIX, em desrespeito às diretrizes do BACEN.

Embora o entendimento consubstanciado neste artigo não seja unânime, existem decisões favoráveis na jurisprudência pátria que refletem as conclusões aqui alcançadas. A título de exemplo, confira-se ementa de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ("TJSP"), em julgamento datado de 16.08.2023:

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO PROVIDO. CONSUMIDOR. GOLPE DO FALSO LEILÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS RÉUS. RECONHECIMENTO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ABERTURA DE CONTAS COM VIOLAÇÃO DAS NORMAS DO

⁶ CDC: "Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo."

BACEN. Ação de indenização por dano material. Autor que, após realizar a transferência bancária e notar o golpe (falso leilão), entrou em contato com os bancos destinatários para buscar o bloqueio da quantia. Ineficiência das instituições financeiras na abertura das contas dos fraudadores e na fiscalização das operações, violando-se expressamente normas do BACEN. Descumprimento dos artigos 2º e 4º da Resolução nº 4.753/2019 do BACEN. Descumprimento do regulamento do PIX (art. 39, 88 e 89) na parte das cautelas e riscos das operações via PIX. Aplicação da Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça. Reconhecimento da responsabilidade solidária dos bancos réus. Incidência do par. Único do art. 7º do CDC. Danos materiais no valor de R\$ 54.842,55. **Ação julgada procedente em segundo grau. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.**⁷

Naturalmente, provar a irregularidade na abertura da conta e em eventuais transações via PIX não é tarefa nenhum pouco fácil, pois envolve a quebra do sigilo bancário dos envolvidos, o que somente pode ser feito mediante ordem judicial, nos termos do art. 1º, *caput* e § 4º, da Lei Complementar nº 105/20018, ensejando a contratação de um advogado e abertura de um processo judicial.

3. Fui vítima do golpe do falso leilão, o que faço?

Para quem caiu no golpe, a orientação inicial é registrar o boletim de ocorrência com máxima urgência e, na sequência, contestar a transação de pagamento do bem arrematado perante o banco do beneficiário da operação; e também junto ao banco do pagador, anotando-se os números e datas de protocolo, sempre que possível.

É igualmente útil armazenar provas (p. ex., *print screen* ou ata notarial) da existência do site por meio do qual ocorreu o leilão falso; da arrematação do bem; e das tratativas havidas com eventuais “funcionários” da empresa. Pondere-se que tais sites, justamente em razão de sua natureza fraudulenta, não costumam ficar *online* por muito tempo, de modo que a vítima deve reunir os documentos o quanto antes, por precaução. Essas provas poderão instruir futuramente um processo judicial e serão de grande valia.

7 TJSP. Apelação Cível nº 1061328-36.2022.8.26.0100, 12ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Alexandre David Malfatti, j. em 16.08.2023.

8 LC 105/2001: “Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. [...] § 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes.”.

Finalmente, caso as instituições financeiras se recusem a ajudar a vítima; ou se as contestações administrativas retornarem com resposta negativa, recomenda-se que o consumidor lesado pelo golpe do leilão falso contrate advogado especialista em fraudes bancárias, profissional que poderá lhe esclarecer em detalhes se há possibilidade de recuperar o prejuízo no caso concreto, qual é o melhor procedimento judicial a ser adotado e quais os custos e riscos envolvidos, ressaltando, sempre, que não há garantia de êxito em processos judiciais.

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

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:
Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios.

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

Em sua obra “Estado de Exceção”, Giorgio Agamben apresenta a doutrina de Carl Schmitt, com foco em seus trabalhos sobre a “ditadura” e a “teologia política”.⁹ Embora o primeiro foque muito na superposição dos poderes do Executivo sobre o Legislativo, o que realmente era a característica clássica dos Estados Ditatoriais, sua exposição pode nos ajudar bastante na elucidação do tema que propomos, qual seja, descobrir em que espécie de ditadura vivemos.

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

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

Na “ditadura comissária” o desiderato é “defender ou restaurar a constituição vigente”. Já na “ditadura soberana” temos uma figura típica de exceção que “alcança sua massa crítica ou seu ponto de fusão”.¹⁰ A “ditadura soberana” “não se limita a suspender uma constituição vigente ‘com base num direito nela contemplado e, por isso, ele mesmo constitucional’”. A “ditadura soberana” visa criar um ambiente ou um “estado de coisas em que se torne possível impor uma nova constituição”.¹¹

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

10 AGAMBEN, Giorgio. Op. Cit., p. 53.

11 Op. Cit., p. 55.

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

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

É possível concluir que vivemos uma situação “sui generis”, já que tanto Agambem como Carl Schmitt pressupõem a figura de “um” ditador executivo e não de um Poder que atua como instituição de forma estrutural, diluindo responsabilidades e disfarçando arbítrio em consenso jurídico sobre o sentido e conteúdo das normas legais e constitucionais. 12

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

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

COMPROVAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL - S/A'S E RADAR SISCOMEX

EDUARDO FELIPE FURUKAWA:
Bacharel em Direito - Advogado
OAB/PR

Introdução

A integralização do capital social em empresas é um aspecto fundamental na constituição e operação de sociedades comerciais. No entanto, a maneira como isso é realizado é uma questão que continua a evoluir, uma vez que não existe uma regra rígida para a integração de capital pelos sócios. Em vez disso, vemos novos métodos sendo desenvolvidos pelos próprios sócios.

A Falta de Regulamentação Clara

A ausência de regras estritas de integração de capital social levanta uma série de desafios e problemas. Em muitos casos, não é necessário apresentar comprovação dessa integralização, exceto em situações de subscrição ou promissória. Isso pode ser interpretado como uma questão interna entre os sócios, isentando, assim, a responsabilidade da junta comercial.

No entanto, essa lacuna regulatória cria espaço para potenciais abusos e fraudes. Quando a junta comercial não tem responsabilidade clara nessas questões, é comum que disputas relacionadas à integralização do capital social acabem sendo resolvidas no judiciário. O problema é que o sistema judicial, geralmente, não possui uma vara específica para tratar de questões empresariais, o que pode resultar em processos morosos e em multas para os responsáveis por tais atos.

Desafios de Confiança nos Relacionamentos Empresariais

Normalmente, a criação de uma empresa envolve um alto grau de confiança entre os sócios. No entanto, há casos em que indivíduos se tornam sócios sem se conhecerem adequadamente, e um deles promete integralizar o capital social, mas não o faz. Como o judiciário lida com essas situações?

A rápida expansão da economia nos últimos anos levou a uma maior autonomia no processo de abertura de empresas. Porém, isso levanta a questão de se essa agilidade é benéfica para o judiciário, que muitas vezes se vê sobrecarregado com casos de integralização de capital social e outros conflitos empresariais.

Fraudes Tributárias e Credores

Além dos desafios relacionados à integralização de capital, também existem preocupações quanto a fraudes tributárias e questões de credores. É importante notar que as sociedades anônimas são uma exceção a essas questões, pois têm estatutos próprios e são reguladas de forma mais estrita. Isso ocorre porque essas empresas podem lançar

ações na bolsa de valores e precisam manter um alto nível de transparência para proteger os investidores.

Regulação das Sociedades Anônimas

As sociedades anônimas são regulamentadas pela Lei 6.404/1976, com alterações posteriores. Este estatuto enfatiza a transparência nas operações das empresas e estabelece o número de ações que podem ser negociadas com base no capital integralizado, que pode ser composto por bens, dinheiro ou créditos. Essa regulamentação rigorosa visa evitar fraudes e garantir que a empresa seja transparente e confiável para os investidores.

Radar Siscomex: Regulamentação Específica

O Radar Siscomex, um sistema da Receita Federal, fornece informações em tempo real sobre questões aduaneiras, contábeis e fiscais. Embora, em princípio, não seja necessária a comprovação do capital social para todas as empresas, a Receita Federal exige essa comprovação quando uma empresa possui menos de 5 anos de atividade. Isso é fundamental para a obtenção da concessão desse sistema.

Conclusão

Em resumo, a integralização do capital social é um aspecto complexo e em constante evolução nas empresas. A falta de regulamentação clara nesse campo pode levar a problemas como fraudes e disputas judiciais. As sociedades anônimas são uma exceção, devido à sua regulamentação rigorosa, e o Radar Siscomex impõe requisitos específicos para empresas mais jovens.

Portanto, enquanto a economia continua a crescer e a simplificar processos de negócios, é essencial considerar os desafios e riscos associados à integralização do capital social, a fim de proteger tanto os investidores quanto as empresas de boa-fé.

O CENÁRIO NACIONAL DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

BÁRBARA PIFFER GRANDE: pós graduada. Assessora de desembargador¹³

RESUMO: O expoente número de pessoas em situação de rua é um problema grave enfrentado no Brasil e indica um “potencial estado de coisas inconstitucional”, conforme manifestação do Ministro Alexandre de Moraes, no recente julgamento da ADPF 976. A própria existência de pessoas em situação de rua ofende direitos fundamentais como o direito à moradia, à assistência social, à dignidade, dentre tantos outros, e as políticas empreendidas pelo poder público, que deveriam ser de inclusão e de garantia de direitos, são marcadas de higienismo, zeladoria, violências e furtos dos pertences dessas pessoas. O presente artigo visa analisar o atual cenário da legislação e da jurisprudência fixados em prol desse grupo hipervulnerável.

Palavras-chave: população em situação de rua. Decreto n. 7.053/09. Resolução n. 425, CNJ. ADPF 976.

1. INTRODUÇÃO

A população em situação de rua consiste no grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

A situação de rua vivenciada por milhões de brasileiros configura uma ofensa à Constituição Federal, que tem por um dos seus objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ademais, a Carta Magna também prevê como direito social a moradia, a assistência social, saúde, educação.

Para a superação deste quadro de violação de direitos é necessário o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional quanto aos direitos das pessoas em

¹³ E-mail: bpiffergrande@gmail.com

situação de rua, com a adoção de medidas complexas e diversas, por vários órgãos estatais, em procedimentos típicos de um processo estrutural.

2. NORMAS NACIONAIS

2.1 Decreto n. 7.053/2009, que institui a Política Nacional para a População em situação de Rua e seu Comitê Intersectorial de Acompanhamento e Monitoramento.

De acordo com o referido Decreto, “considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória”.

O decreto ainda prevê que os entes públicos deverão constituir comitês integrados para o atendimento da população em situação de rua, observando princípios e diretrizes, tais como o respeito à dignidade, à vida, à cidadania, atendimento humanizado, promoção de direitos civis e políticos, além de instituir a contagem oficial da população em situação de rua.

Acerca do último objetivo mencionado, ressalte-se que a população em situação de rua é invisibilizada até mesmo pelo Censo do IBGE, pois é contabilizada apenas a população domiciliada. Ou seja, não existem números oficiais de quantas pessoas estão nessa situação, o que dificulta sobremaneira a estipulação de políticas públicas voltadas a este grupo.

Não obstante, o IPEA apresentou dados de que, em uma década, de 2012 a 2022, o crescimento desse segmento populacional foi de 211%, tratando-se de uma expansão muito superior à da população brasileira no mesmo período, de apenas 11%.

2.2 Lei n. 14.489/2022, de 21 de dezembro de 2022.

Mais recentemente, a Lei n. 14.489/2022, conhecida como Lei Padre Julio Lancellotte alterou o Estatuto da Cidade para vedar o emprego de técnicas construtivas hostis em espaços livres de uso público.

“Art. 2º O caput do art. 2º da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XX:

XX - promoção de conforto, abrigo, descanso, bem-estar e acessibilidade na fruição dos espaços livres de uso público, de seu mobiliário e de suas interfaces com os espaços de uso privado, vedado

o emprego de materiais, estruturas, equipamentos e técnicas construtivas hostis que tenham como objetivo ou resultado o afastamento de pessoas em situação de rua, idosos, jovens e outros segmentos da população.” (NR).

Tal lei proíbe construções cujos objetivos são afastar as pessoas do espaço público e dificultar o acesso de grupos como idosos, crianças ou pessoas em situação de rua.

Arquitetura hostil pode ser conceituada como um conjunto de dispositivos construtivos que tem como objetivo impedir a permanência de pessoas em situação de rua em bancos de praças, espaços residuais e demais áreas livres do espaço público, como por exemplo a instalação de gotejamento em marquises, uso de cacos de vidro em locais de refúgio, fixação de assentos separados por espaços em praças e parques urbanos para fins de evitar que pessoas se deitem.

2.3 Resolução n. 425 do Conselho Nacional de Justiça, de 08 de outubro de 2021, que instituiu a Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e suas interseccionalidades.

No âmbito do Poder Judiciário, a Resolução n. 425 do Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e prevê como objetivos, por exemplo, assegurar o amplo acesso à justiça às pessoas em situação de rua, de forma célere e simplificada, promover o levantamento de dados estatísticos relativos aos números, à tramitação e outros dados relevantes sobre ações judiciais que envolvam pessoas em situação de rua, visando dar visibilidade à política, assegurar o acesso das pessoas em situação de rua à identificação civil básica e ao alistamento eleitoral, promover e garantir os direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua, reconhecendo-as como sujeitos de direitos.

Especificamente acerca de crianças e adolescentes, a Resolução afirma que a situação de rua não é motivo suficiente para a suspensão do poder familiar, conforme já previsto no artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e que a deficiência de identificação civil dos pais não obsta a expedição da Declaração de Nascido Vivo (DNV) e o registro de nascimento da criança.

Garante, ainda, que a situação de rua e/ou uso de substâncias psicoativas por gestantes ou mães não deve, por si só, constituir motivo para o acolhimento institucional compulsório de seus filhos.

Como medidas administrativas de inclusão, a Resolução visa ao atendimento desburocratizado e humanizado às pessoas em situação de rua, o livre exercício à maternidade e amamentação das mulheres atendidas, sem a imposição de barreiras para o acesso às unidades judiciárias, relacionadas a vestimentas, identificação civil e o comparecimento sem o responsável por crianças e adolescentes.

Como medidas em procedimentos criminais, a Resolução recomenda que as decisões judiciais assegurem a inclusão social dessas pessoas, e que ao serem determinadas as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, que os magistrados observem aquela que melhor se adequa à realidade da pessoa em situação de rua, em especial quanto à sua hipossuficiência, proporcionalidade da medida diante do contexto e trajetória de vida, além da possibilidade de cumprimento, evitando-se a aplicação de múltiplas medidas cautelares concomitantemente, para garantir que alcancem a sua finalidade.

No caso de prisão domiciliar e/ou saídas temporárias, o Juízo deverá oficiar o órgão de assistência social municipal e estadual local, com antecedência, para que assegure abrigo digno para que a pessoa em situação de rua possa usufruir desses direitos.

Na aplicação de medidas penais alternativas às pessoas em situação de rua, os magistrados deverão, preferencialmente, optar por aquelas capazes de serem efetivamente cumpridas pelo apenado, priorizando a prestação de serviços nas entidades que promovam a proteção social.

Aqui, tratando especificamente do processo penal, é importante ressaltar o direito fundamental à presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual muitas vezes é inobservado pelos magistrados, pois não raro, em audiências de custódia, o fato de a pessoa não contar com residência fixa e emprego regular é fundamento para a fixação da prisão preventiva, sob o argumento da necessidade de garantia da aplicação da lei penal e por conveniência da instrução processual.

No julgamento do HC 772.380, o Superior Tribunal de Justiça, em voto conduzido pelo Relator Min. Rogério Schietti, ordenou a libertação de uma pessoa em situação de rua que foi presa preventivamente após descumprir medida cautelar. O colegiado levou em conta a vulnerabilidade do paciente do "habeas corpus", que enfrenta as dificuldades inerentes à sua condição. A turma foi enfática ao alertar que o Poder Judiciário deve tomar decisões pautadas na legalidade, mas sempre com um olhar atento para as questões sociais – como as que envolvem as pessoas em situação de rua –, destacando a Resolução 425/2021 do CNJ.

Ainda para o Ministro Relator, o recolhimento noturno em albergue constitui “verdadeiro acolhimento compulsório do acusado”, pois desconsiderou sua condição e a possibilidade concreta de cumprimento da ordem.

2.4 ADPF 976

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de medida cautelar, foi proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Movimento dos Trabalhadores sem Teto (MTST), em face do “estado de coisas inconstitucional concernente às condições desumanas de vida da população em situação de rua no Brasil”.

Na referida decisão, foi reconhecido que o quadro grave de omissões do Poder Público, que resulta em um potencial estado de coisas inconstitucional, viabiliza a atuação do Supremo para impor medidas urgentes e necessárias à preservação da dignidade da pessoa humana e à concretização de uma sociedade livre, justa e solidária.

Considerando a previsão do Decreto n. 7.053, já mencionado, e com vista à efetiva implementação de uma política nacional, o Supremo entendeu que a idealização de um amplo plano de ação e de monitoramento pela União constitui providência imprescindível para unir a sociedade e o Estado na construção de uma solução consensual e coletiva para o problema social da população em situação de rua.

Ao final, foi parcialmente concedida a medida cautelar para obrigar a todos os entes federativos, independentemente de adesão formal, a observarem a Política Nacional da População em Situação de Rua, bem como para determinar que o poder executivo federal formule, no prazo de 120 dias, o plano de ação e monitoramento para a efetiva implementação da política para a população em situação de rua, que os poderes executivos municipais e distrital, no âmbito de suas zeladorias urbanas e nos abrigos de suas respectivas responsabilidades, efetivem medidas que garantam a segurança pessoal e dos bens das pessoas em situação e rua dentro dos abrigos institucionais, que disponibilizem apoio das vigilâncias sanitárias para garantir o abrigo dos animais de pessoal em situação e rua, que proíbam o recolhimento forçado de bens e pertences, assim como a remoção e o transporte compulsório de pessoas em situação e rua, que vedem o emprego de técnicas de arquitetura hostil contra as populações em situação de rua, bem como que efetivem o levantamento das barreiras e equipamentos que dificultem o acesso a políticas e serviços públicos, que no âmbito das zeladorias urbanas, divulguem previamente o dia, o horário e o local das ações de zeladoria urbana nos seus sites, abrigos, com transparência, que prestem informações claras sobre a destinação de bens porventura apreendidos e o local

de armazenamento dos itens e o procedimento para a recuperação do bem, que garantam a existência de bagageiros para as pessoas guardarem seus pertences.

Determinou ainda aos poderes executivos municipais e distrital, no prazo de 120 dias, a realização de diagnóstico pormenorizado da situação nos respectivos territórios, com a indicação do quantitativo de pessoas em situação e rua por área geográfica, quantidade e local das vagas de abrigo e de capacidade de fornecimento de alimentação.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Como se vê, a questão da população em situação de rua é um fenômeno que caracteriza uma situação de políticas públicas e sociais, que afeta toda a estrutura social. As pessoas mais atingidas são desempregadas, jovens, trabalhadores com baixa qualificação, estrangeiros e mulheres.

Como estratégias, é necessária a produção de dados por meio da realização de pesquisas censitárias, a articulação intersetorial entre a assistência social, saúde, educação, alimentação, habitação, emprego e renda, a expedição de documentação civil, a sensibilização e a educação da sociedade com vistas à superação dos preconceitos e discriminação, dentre outras.

As pessoas em situação de rua devem ser incluídas no Cadastro Único dos programas assistenciais do governo federal, principalmente para potencializar o acesso dessa população aos programas complementares destinados aos usuários do CadÚnico e à rede de programas de transferência de renda.

Infelizmente, a maioria destas políticas se baseiam em assistência social e deixam de lado a questão da moradia. Isto se reflete, por exemplo, nas divisões internas mais comuns no Poder Executivo, como as "Secretarias de Assistência Social" voltadas a lidar com as questões da população de rua, fazendo-o por meio de acesso a benefícios sociais e a abrigos emergenciais, de inserção em programas de educação e emprego, mas separadas das ações das "Secretarias de Habitação", ocupadas em produzir moradias de acordo com os critérios tradicionais de acesso.

Tal abordagem está sedimentada nos diversos níveis federativos e reflete um modelo de atendimento chamado de "etapista", segundo o qual a moradia é uma meta a ser atingida em um processo de reorganização pessoal e "reinserção social" da pessoa em situação de rua. Em tal processo, a pessoa deve aceitar a abordagem e o encaminhamento para abrigos emergenciais, aderir à disciplina destes abrigos, engajar-se nos tratamentos de comorbidades como uso de drogas ou transtornos mentais, bem como aproveitar os encaminhamentos para oportunidades de estudo, treinamento e trabalho, todos serviços

organizados pela assistência social. A partir do ingresso nesta verdadeira “jornada da autonomia”, as pessoas em situação de rua poderiam ter acesso a soluções habitacionais provisórias e, por fim, a moradias definitivas — estas sim sob a alçada das políticas de habitação.

Este modelo etapista é uma realidade brasileira, embora seja criticado há décadas em países como EUA e Canadá, que acabam por adotar um conceito de moradia primeiro, ou “housing first”, consistente em um programa que trata a falta de moradia como elemento central para a definição das políticas de atendimento à população de rua.

Segundo este modelo, as pessoas em situação de rua deveriam ter, antes de tudo, acesso a uma moradia, recebendo o devido suporte de assistência social a partir daquela base, e é destinado a pessoas em situação de rua crônica, nesta situação há muito tempo (pode-se usar o padrão básico de 5 anos), com problemas de saúde física e/ou mental ou que fazem uso problemático de álcool ou outras drogas.

O modelo “moradia primeiro” propõe, primeiramente, a moradia entendida como um direito humano básico, implicando o fornecimento imediato de habitação, que deve ser incondicional e permanente, com o atendimento prioritário aos mais necessitados e não aos mais “aptos” (atendimento não-meritocrático).

4.CONCLUSÃO

A normativa nacional é farta acerca da proteção das pessoas em situação de rua, a começar pelos objetivos fundamentais previstos na Constituição Federal, passando pelo Decreto n. 7.053/09 e pela Resolução n. 425 do CNJ, garantindo a todos a dignidade, o respeito a direitos civis, políticos e sociais, e impondo ao poder público a obrigação de fornecimento de políticas públicas visando à assistência daqueles que necessitam.

Não obstante, a população em situação de rua sofre diversas violações de direitos, como desrespeito ao direito à moradia, à propriedade, à saúde, à integridade, em ações higienistas de zeladoria por parte do próprio poder público, que deveria protegê-la.

Os obstáculos enfrentados por essa população diariamente vão desde a dificuldade de acesso aos serviços e órgãos públicos, até a discriminação pelas características fenotípicas, passando também pela ausência de documentação civil.

Sofrem, ademais, com atos da Administração Pública de duvidosa constitucionalidade, tais como o recolhimento forçado de pertences e medidas

arquitetônicas higienistas, estas últimas a impedir o acesso desta população à cidade, como se verifica em relação à arquitetura hostil.

Diversos fatores contribuem para este círculo vicioso de marginalização, sendo possível citar a ampla indiferença por parte do Poder Público, especialmente na formulação e implementação de políticas públicas específicas para esta camada social, a vasta heterogeneidade interna deste grupo, que reúne homens, mulheres, idosos, crianças, deficientes, egressos do sistema prisional, indígenas, refugiados, dentre outros grupos vulneráveis, a complexidade do processo que leva à situação de rua, dificultando, sobretudo, o tratamento e a reversão desta espécie de vulnerabilidade. Trata-se, como se vê, de uma hipervulnerabilidade.

O que se espera é que o Estado observe a farta normativa e amplie a proteção das pessoas em situação de rua, por meio da instituição da contagem oficial da população em situação de rua, de realização de pesquisas censitárias, de articulação intersetorial entre a assistência social, saúde, educação, alimentação, habitação, emprego e renda, com a expedição de documentação civil, a sensibilização e a educação da sociedade com vistas à superação dos preconceitos e discriminação, dentre outras.

Tal cenário pode se reverter se houver a efetiva observância à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 976, que determinou aos entes federativos a implementação da Política Pública de Atenção à Pessoa em Situação de Rua.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br

BRASIL. Decreto n. 7.053, de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br

BRASIL. Resolução n. 425 de 08/10/2021. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4169>

Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 976 Distrito Federal. Ministro Relator Alexandre de Moraes. 22/08/2023. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. População em situação de rua supera 281,4 mil pessoas no Brasil. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas->

[as-noticias/noticias/13457-populacao-em-situacao-de-rua-supera-281-4-mil-pessoas-no-brasil](#). Acesso em 01 out 2023.

Conjur, O STF e a população de rua: da proibição da aporofobia à moradia digna? Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-ago-06/rafael-lessa-stf-populacao-rua>. Acesso em 01 out 2023.

Conjur, Moradia da população de rua e Estado de Coisas Inconstitucional (parte 2). Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-nov-20/rafael-sa-menezes-direito-moradia-populacao-rua>. Acesso em 01 out 2023

Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma considera vulnerabilidade ao revogar prisão preventiva de pessoa em situação de rua. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/18112022-Sexta-Turma-considera-vulnerabilidade-ao-revogar-prisao-preventiva-de-pessoa-em-situacao-de-rua.aspx>

Trindade dos Santos, Gilmar. Políticas Públicas para a população em situação de Rua. 2011. 45 fl. Monografia (Especialização). Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, Brasília, 2021. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://repositorio.enap.gov.br/jspui/bitstream/1/3307/1/Gilmar%20Trindade%20dos%20Santos%20-%20Monografia%20vers%C3%A3o%20definitiva.pdf>

A SELETIVIDADE PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE O ABRANDAMENTO DAS SANÇÕES DOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

LAURA GALVAO MARQUES CAVALCANTE:

Bacharela em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã, Advogada, Mestre em Historicidade dos Direitos Fundamentais pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Especialista em direito público pela Ebradi. Docente pela Uninassau Boa Viagem.¹⁴

LUCAS CERQUEIRA MACHADO DIAS¹⁵

(coautor)

RESUMO: O presente artigo visa analisar criticamente o processo de seletividade penal nos crimes de colarinho branco, principalmente quanto a exclusão do criminoso e a civilização do crime. Assim, questiona-se: como a seletividade penal atua nos crimes de colarinho branco? Na busca por esta resposta será considerado como objetivo geral: analisar a seletividade penal dos crimes de colarinho branco sob a ótica da criminologia crítica. Quanto aos objetivos específicos: Estudar os conceitos e características dos crimes de colarinho branco; compreender a exclusão do crime de colarinho branco e determinar a civilização deste crime. O estudo se mostra de suma importância por dar visibilidade a desigualdade de tratamento e a hierarquização de crimes e criminosos.

PARAVRAS-CHAVE: criminologia; seletividade penal; crimes de colarinho branco.

ABSTRACT: This article aims to critically analyze the process of penal selectivity in white collar crimes, mainly regarding the exclusion of the criminal and the civilization of crime. Thus, the question is: how does penal selectivity act in white-collar crimes? In the search for this answer, it will be considered as a general objective: to analyze the penal selectivity of white-collar crimes from the perspective of critical criminology. As for the specific objectives: Study the concepts and characteristics of white collar crimes; understand the exclusion of white collar crime and determine the civilization of this crime. The study is of paramount importance for giving visibility to inequality of treatment and the hierarchization of crimes and criminals.

¹⁴ E-mail: lauramcavalcante@hotmail.com

¹⁵ Bacharel em Análise e desenvolvimento de sistemas pela Estácio de Sá e especialista em Análise e engenharia de dados pela Centro de Estudos e sistemas avançados do Recife. Docente pela Uninassau Boa Viagem. E-mail: lucascmdias@gmail.com

KEYWORDS: criminology; penal selectivity; white collar crimes.

1 INTRODUÇÃO

O termo “crimes de colarinho branco” (*white collar crime*), foi utilizado pela primeira vez por Edwin Sutherland, no seu discurso de posse na presidência da *American Sociological Association* (Associação Americana de Sociologia), no ano de 1939. Considerado um dos maiores criminalistas americanos da época, foi influenciado pela escola de Chicago no estudo do crime, que possuía como foco o determinismo dos fatores sociais, ambientais e físicos no comportamento humano.

Segundo Sutherland, deveríamos considerar como crime de colarinho branco aquele cometido por pessoas “respeitáveis”, de elevado *status* socioeconômico e no âmbito de suas ocupações, ofícios. Usualmente, estes delitos são cometidos sem violência e em situações comerciais para ganho financeiro. O crime é complexo e de difícil percepção, pois é praticado por criminosos sofisticados que ocultam suas atividades, muitas vezes através de diversas transações econômicas. A prática é comumente de ofensa à ordem econômica, bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico.

Acerca da impunidade destes crimes, dois pontos devem ser criticamente analisados. O primeiro deles diz respeito ao sistema penal, no que tange a sua seletividade, que aparentemente possui como ponto de partida as pessoas e não as condutas em si para a elaboração do tipo. A segunda é reativa a civilização do direito penal nestes delitos, punições cíveis as condutas criminalizadas, como a utilização de multa e confisco em detrimento das penas privativas de liberdade e restritivas de direito. Além disso, as penas propriamente ditas possuem uma quantia em abstrato relativamente baixa quando comparada aos demais crimes.

Igualmente, os juízes criminais aplicam as pessoas jurídicas, por impossibilidade da utilização das sanções próprias do direito penal, medidas administrativas. Procedimento que torna menos severa a punição para delitos de ampla lesão social.

2 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO

Na busca pela melhor compreensão do tema, se faz necessário, primeiramente, definir o que seria um crime econômico. De acordo com Brandão, o delito econômico é definido “como toda ação agressiva a um bem jurídico protegido pelo direito penal econômico expresso em uma determinada política econômica” (Brandão, 2012, p.144).

Sendo assim, toda ação que lesa o bem jurídico protegido pelo direito penal econômico, à ordem econômica, é considerada um delito econômico. Neste contexto

surgem os crimes de colarinho branco, que seriam delitos econômicos praticados por pessoas consideradas “respeitáveis” no âmbito de seus ofícios, como definiu Sutherland.

Segundo a teoria da associação diferencial, idealizada por Sutherland, o processo criminoso do *white collar crime* é compreendido através da interação social, no interior dos grupos e de modo a transmitir as técnicas de execução. Os motivos, impulsos, racionalizações e atitudes concretas, fundamentam o crime e são variáveis conforme a frequência, duração, prioridade e intensidade das associações (Cirino dos Santos, 2002, p. 12).

Diante desta definição trazida pela teoria encontramos três características da execução deste tipo de delito. A primeira delas é mutualidade, consenso, uma vez que ocorre no interior dos grupos sociais nas relações intersubjetivas dos componentes. A segunda é a complexidade, pois existe uma técnica de execução transmitida entre os componentes dos grupos. A terceira é a sua realização no exercício das ocupações destes indivíduos, nas atribuições de ofício.

Outras duas características podem ser retiradas da essência do conceito dos crimes de colarinho branco. A primeira diz respeito ao menor nível de reprovação social destas condutas em virtude da posição social dos sujeitos ativos. A segunda, que é um desdobramento da primeira, diz respeito ao abrandamento das sanções destes delitos.

Quando associamos a respeitabilidade e elevado nível social do criminoso a natureza econômica do delito, obtemos uma equação de um crime complexo e amplamente lesivo. Entretanto, menos reprovável, e conseqüentemente, com sanções mais brandas.

Ante este impasse é que surgem as discussões a respeito da impunidade no crime tratado. Duas importantes críticas serão abordadas a seguir: A seletividade penal, que exclui o criminoso de colarinho branco de seu sistema e a civilização do direito penal, que abrandam a sanção destes delitos.

3 SELETIVIDADE PENAL E A EXCLUSÃO DO CRIMINOSO DE COLARINHO BRANCO

No âmbito da criminalidade de colarinho branco, se faz necessário compreender a seletividade penal, uma vez aquela parece, de certa forma, imune a esta. A seletividade é considerada a função real e a lógica estrutural de funcionamento do sistema penal. (Andrade, 2012).

A crítica reside nas relações que compõem a sociedade capitalista e como elas refletem no sistema penal. Baratta esclarece:

Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder. (Baratta, 2011, p. 165).

A criminalidade de colarinho branco surge ao passo que a sociedade capitalista se desenvolve. Ou seja, os sujeitos ativos encontram-se inseridos nesta sociedade e ocupam posições estruturalmente consideráveis. Ao estarem ao lado do sistema, definindo-o, tornam-se responsáveis pela rotulação e pelo etiquetamento, o que torna quase impossível considerar suas próprias condutas como desviantes.

A sociedade, que impõe desigualdades de classes, se mostra seletiva no sistema penal, quando imuniza as altas classes sociais, compostas pelos “respeitáveis” cidadãos e sacrifica as menos favorecidas, etiquetando-as com mais facilidade. Como preceitua Baratta,

O direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas subalternas. (Baratta, 2011, p. 165).

A seleção penal não ocorre apenas na criação dos tipos, que abarcam com maior quantidade e rigor as ações usualmente praticadas pelos menos favorecidos, mas também na sua elaboração técnica, que de um lado extrapola a precisão e do outro é amplo demais.

Corroborando com este argumento, são os dizeres de Baratta,

O sistema penal de controle do desvio revela, assim como todo o direito burguês, a contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos, que, nesse caso, se manifesta em relação às chances de serem definidos e controlados como desviantes. (Baratta, 2011, p. 164).

Diante dessas informações concluiu-se que o cárcere nada representa a criminalidade de fato, real, apenas a criminalidade sistematicamente aparente. Ou seja, não é pego pelo sistema aquele que efetivamente comete um crime, mas sim, aquele sistematicamente escolhido através do *status* social.

Não podemos incluir com facilidade no contexto do cárcere a criminalidade de colarinho branco. Uma vez que, o elevado *status* social, a influência, principalmente na elaboração/criação dos tipos penais e a respeitabilidade, que reduz o grau de reprovação sobre o agente, acabam por mitigar a possibilidade de sanções deste nível.

4 A CIVILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL NOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO

Entende-se pela civilização do direito penal a aplicação de medidas cíveis, e de outras áreas do direito, pelo juiz criminal. Tal atitude ocorre com mais excesso no âmbito do direito penal econômico, principalmente no que tange aos crimes de colarinho branco.

São dois os principais motivos. O primeiro deles diz respeito ao próprio tipo, que quando existente, possui maior brandura em sua pena, já que a reprovação da ação é consideravelmente menor. O segundo, está relacionado ao fato de as ações muitas vezes se exteriorizam através de pessoas jurídicas e estas, em virtude de sua natureza, sofrem sanções cíveis e administrativas, não penais, exceto quando comprovada a culpabilidade dos indivíduos que a integram.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cárcere não é um reflexo da criminalidade de fato, real, apenas daquela sistematicamente aparente. Ou seja, o sistema capta apenas aquele que foi escolhido pelo sistema através do seu *status* social. Assim, não é possível incluir neste contexto os crimes de colarinho branco, pois, o elevado *status* social, a influência, principalmente na elaboração/criação dos tipos penais e a respeitabilidade, que reduz o grau de reprovação sobre o agente, acabam por mitigar a possibilidade de sanções restritivas de liberdade.

Diante disso, é possível compreender que a gravidade e a reprovabilidade de um crime se encontram no status social do autor da ação, não na conduta em si. O que gera um senso de impunidade aos crimes de colarinho branco, pois o perfil de seus autores, bem como o *modus operandi* enseja em sanções abrandadas para crimes de alta lesividade.

Em verdade, não haverá redução de criminalidade, de modo geral, enquanto a sua forma de contenção for seletiva, reafirmando as desigualdades sociais. A ideia de um direito penal igualitário neste aspecto deixa a desejar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do Paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no sendo comum. **Revista Sequência**. Florianópolis, ano 16, n. 30, jun. 1995.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. Jus Puniendi e a Tutela Penal da Economia. **Revista *Duc In Altum***. Caderno de Direito, vol. 4, nº 5, jan-jun. 2012.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Os discursos sobre crime e criminalidade. **Instituto de Criminologia e Política Criminal**. 2012. Acesso em: 18 de outubro de 2017. Disponível em:
http://icpc.org.br/wpcontent/uploads/2012/05/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf.

TRABALHO NO SETOR MARÍTIMO E OS DIREITOS DOS MARÍTIMOS: O PAPEL DA ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL E A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DAS ENTIDADES SINDICAIS DA CATEGORIA NA ASSEGURAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS TRABALHISTAS

POLIANE KETLIN GADOTTI ESTEVÃO:

Pós-Graduação em Direito Marítimo pela Universidade Santa Cecília de Santos. Advogada há mais de dez anos, inscrita na OAB/SC sob o nº 35.123. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdência Social, bem como em Direito Tributário e Contabilidade Tributária¹⁶.

CELSO RICARDO PEEL FURTADO DE OLIVEIRA¹⁷

(orientador)

RESUMO: O setor marítimo desempenha um papel crucial no comércio internacional e na economia global. Contudo, é essencial garantir que os trabalhadores marítimos tenham seus direitos e garantias trabalhistas assegurados. Nesse contexto, a Organização Marítima Internacional (OMI) e as entidades sindicais desempenham papéis fundamentais. Com a utilização do método de abordagem dedutivo e/ou hipotético-dedutivo, bem como dos métodos de coleta documental, bibliográfico e entrevista, fez-se uma análise descritiva, buscando investigar as condições de emprego e os direitos dos trabalhadores marítimos, abordando temas como saúde, segurança e convenções internacionais relacionadas, com enfoque nos direitos e garantias trabalhistas, bem como as formas e a importância da asseguaração destes, seja por meio da Organização Marítima Internacional, aplicação das convenções internacionais e/ou atuação das entidades sindicais da categoria. Como resultado, verificou-se que o trabalho no setor marítimo e a proteção dos direitos dos marítimos são questões complexas e de extrema relevância. E, a atuação da OMI e das

¹⁶ E-mail: gadotti.adv@gmail.com

¹⁷ Possui Mestrado em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília (2018). Doutorando em Direito pela Universidade Nove de Julho - Uninove. Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília na Graduação e Pós-Graduação. Professor Convidado da Escola Superior da Advocacia - ESA/SP, Professor Convidado da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região/SP. Membro e Diretor da Revista BONUS IURIS do Instituto Meridional del Derecho de Trabajo. Membro do Instituto Latino-americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região atuando na Seção de Dissídios Coletivos, 7ª Turma e Órgão Especial. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1217444394681783>

entidades sindicais é primordial para garantir que os marítimos tenham condições de trabalho dignas e uma vida a bordo segura.

Palavras-chave: Trabalhador marítimo; Direitos; Organização Marítima Internacional (OMI); Convenções Internacionais; Entidades sindicais.

SUMMARY: The maritime sector plays a crucial role in international trade and the global economy. However, it is essential to ensure that maritime workers have their labor rights and guarantees guaranteed. In this context, the International Maritime Organization (IMO) and union entities play key roles. With the use of the deductive and/or hypothetical-deductive method of approach, as well as the document collection, bibliographic and interview methods, a descriptive analysis was carried out, seeking to investigate the employment conditions and the rights of seafarers, addressing topics such as health, safety and related international conventions, with a focus on labor rights and guarantees, as well as the ways and importance of ensuring these, either through the International Maritime Organization, application of international conventions and/or performance of union entities of the category. As a result, it was found that work in the maritime sector and the protection of seafarers' rights are complex and extremely relevant issues. And, the work of IMO and union entities is essential to ensure that seafarers have dignified working conditions and a safe life on board.

Keywords: Maritime worker; Rights; International Maritime Organization (IMO); International Conventions; Union entities.

1. INTRODUÇÃO

O setor marítimo desempenha um papel fundamental na economia global, sendo responsável pelo transporte de mercadorias, turismo marítimo e exploração de recursos naturais nos oceanos. No entanto, pouco se fala sobre os direitos e garantias trabalhistas dos marítimos que trabalham nessas atividades que, muitas vezes, são exercidas em condições árduas e perigosas.

Como forma de regular e promover melhores condições de trabalho no setor marítimo, a Organização Marítima Internacional (OMI) foi criada. Trata-se de um organismo das Nações Unidas, responsável por desenvolver e implementar padrões internacionais para a navegação, segurança, proteção do meio ambiente marítimo e, também, para a proteção dos direitos dos marítimos.

O papel da OMI na asseguarção dos direitos dos marítimos é crucial. Através de convenções internacionais, como a Convenção do Trabalho Marítimo, a organização estabelece uma série de normas e regulamentos que devem ser seguidos pelos países-

membros, a fim de proteger os marítimos de práticas abusivas, como a exploração salarial, as condições de trabalho precárias e a falta de segurança a bordo.

No entanto, a atuação sozinha da OMI é insuficiente para garantir a efetiva aplicação dessas normas. É nesse contexto que entidades sindicais da categoria desempenham um papel fundamental. Os sindicatos marítimos são responsáveis por representar e defender os interesses dos marítimos, buscando a garantia dos seus direitos e a melhoria das condições de trabalho.

Essas entidades sindicais atuam tanto em negociações coletivas com os empregadores, visando melhorias salariais e de condições de trabalho, quanto na fiscalização do cumprimento das normas internacionais pela indústria marítima. Além disso, os sindicatos também oferecem suporte e assistência aos marítimos, auxiliando em casos de acidentes e conflitos trabalhistas.

Dessa forma, a atuação conjunta da OMI e das entidades sindicais da categoria é essencial para a asseguarção dos direitos e garantias trabalhistas dos marítimos. A proteção e valorização desses profissionais é uma questão que vai além das fronteiras nacionais, requerendo uma abordagem internacional e a união de esforços para garantir um setor marítimo justo e seguro.

2.DIREITO MARÍTIMO

Destaca-se, inicialmente, que o direito marítimo:

(...) como sofre grande influência da economia internacional, é uma disciplina com forte grau de dinamismo e que, portanto, requer um processo constante de atualização. Além disso, há uma preocupação permanente em reconhecer o Direito Marítimo e sua relação com o Direito Regulatório do Transporte Aquaviário e da Atividade Portuária, como instrumentos importantes para a eficácia dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.¹⁸

O direito marítimo abrange todas as questões relacionadas ao uso dos mares, oceanos e águas navegáveis. Suas origens remontam à antiguidade, quando as civilizações marítimas estabeleciam regras para regular o comércio marítimo e a resolução de conflitos em alto-mar. No entanto, evoluiu e se tornou um conjunto complexo de normas e princípios que objetivam garantir segurança, eficiência e justiça nas atividades marítimas.

¹⁸ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. **Principais Aspectos do Direito Marítimo e sua Relação com a Lex Mercatoria e Lex Maritima**. Sequência (UFSC), v. 31, p. 196.

Um dos conceitos fundamentais do direito marítimo é o da liberdade dos mares. Esse princípio estabelece que as águas internacionais são de uso comum a todos os países, sem discriminação ou exclusão. Isso significa que qualquer navio, independentemente da sua nacionalidade, tem o direito de navegar em águas internacionais, sujeito apenas às leis e regulamentações aplicáveis. No entanto, esse direito não é absoluto e pode ser limitado pelas autoridades marítimas de cada país, a fim de garantir a segurança e a proteção ambiental.

Outro conceito importante do direito marítimo é o da responsabilidade pelo transporte marítimo. Devido à sua natureza complexa e arriscada, o transporte de mercadorias por mar envolve um conjunto específico de obrigações e responsabilidades. Os proprietários dos navios são responsáveis pela segurança das embarcações, pela integridade das cargas transportadas e pela proteção das vidas a bordo. Além disso, existe a responsabilidade de indenizar eventuais danos causados a terceiros, como outros navios, instalações portuárias ou o meio ambiente. Essa responsabilidade pode ser limitada em certas circunstâncias, de acordo com as convenções internacionais.

Um terceiro conceito relevante no direito marítimo é o da proteção do meio ambiente marinho. Com o aumento da preocupação global com questões ambientais, o direito marítimo estabeleceu medidas para prevenir a poluição dos oceanos e promover a sustentabilidade das atividades marítimas. Isso inclui a imposição de normas rígidas para o descarte de resíduos e a prevenção de vazamentos de substâncias perigosas. Além disso, o direito marítimo promove a cooperação internacional para a conservação da biodiversidade marinha e a preservação de habitats e ecossistemas frágeis.

Esses são apenas alguns exemplos de conceitos de direito marítimo, que abrange uma ampla gama de assuntos, desde a definição de áreas marítimas até a regulação do comércio internacional, passando pela segurança marítima, o direito do trabalho a bordo dos navios e a resolução de disputas. O direito marítimo desempenha um papel crucial na promoção do desenvolvimento sustentável da atividade marítima, equilibrando os interesses dos Estados, das empresas e da sociedade como um todo. Sua constante evolução reflete os desafios contemporâneos, como a exploração sustentável dos recursos marinhos, a adaptação às mudanças climáticas e a proteção dos direitos humanos dos marítimos.

2.1 Principais características do setor marítimo

O setor marítimo desempenha um papel vital na economia global. Conforme se extrai da International Chamber of Shipping¹⁹, o comércio mundial é realizado em sua maioria pela indústria marítima internacional, resultando em cerca de 90%.

Inclusive:

(...) o transporte de mercadoria por navios é o que dá vitalidade à economia de muitos países, situados ou não no litoral (...). Com quase três quartos da superfície da terra coberta por água. O transporte marítimo necessariamente possui um papel muito relevante no comércio internacional.²⁰

O setor marítimo, composto por uma ampla gama de atividades, desde o transporte marítimo até a exploração de recursos marinhos, apresenta uma série de características que o torna único e dinâmico, sendo uma das principais a sua globalidade.

Os oceanos são considerados um espaço global, onde a livre navegação e comércio são fundamentais para o desenvolvimento econômico dos países. Dessa forma, as atividades marítimas não estão restritas a uma única região ou país, mas envolvem embarcações de diferentes nacionalidades navegando em águas em todo o mundo. Isso exige uma cooperação internacional efetiva e a adoção de normas e regulamentações globais, como as estabelecidas pela OMI.

Outra característica significativa do setor marítimo é a sua complexidade e diversidade. O setor marítimo inclui uma ampla gama de atividades, tais como transporte marítimo de mercadorias, pesca, turismo, exploração de recursos naturais, construção naval, entre outras. Cada uma dessas atividades possui suas próprias especificidades e desafios, requerendo conhecimentos técnicos especializados e regulamentações específicas. Além disso, o setor marítimo é interconectado com outros setores da economia, como logística, comércio, energia e turismo, desempenhando um papel fundamental no desenvolvimento integrado de diferentes segmentos econômicos.

A segurança é outra característica primordial do setor marítimo. Devido às peculiaridades das atividades marítimas, como a exposição a condições meteorológicas adversas, os riscos de acidentes e a possibilidade de atos de violência e de pirataria, a segurança tornou-se uma grande preocupação. Normas de segurança internacionais, como o Código Internacional para a Proteção de Navios e Instalações Portuárias (ISPS

19 WHAT WE DO: Explaining. **International Chamber of Shipping**. Disponível em: <https://www.ics-shipping.org/>. Acesso em: 29 de julho de 2023.

20 KENDALL, Lane C.; BUCKLEY, James J. **The Business of Shipping**. 7. ed. Centreville: Cornell Maritime Press, 2001, p. 7.

Code), têm sido adotadas para garantir a proteção de embarcações, portos e terminais, contribuindo para a segurança global e o combate ao crime marítimo.

A sustentabilidade também emerge como uma característica cada vez mais importante no setor marítimo. A pressão crescente por práticas ambientalmente responsáveis e a necessidade de mitigar os impactos das atividades marítimas no ecossistema exigem medidas e regulamentações rigorosas. O setor marítimo tem buscado promover a eficiência energética, a redução da emissão de gases de efeito estufa, o tratamento adequado de resíduos e a proteção dos ecossistemas marinhos frágeis. Novas tecnologias, como a propulsão híbrida e o uso de fontes de energia renovável, têm sido desenvolvidas para tornar o setor marítimo mais sustentável e compatível com os objetivos globais de conservação ambiental.

Em resumo, as principais características do setor marítimo incluem a sua globalidade, complexidade, segurança e sustentabilidade. O setor marítimo é essencial para a economia global e requer uma abordagem integrada e colaborativa para enfrentar os desafios e oportunidades que surgem nesse ambiente dinâmico. A adaptação as mudanças tecnológicas, regulamentações ambientais e demandas socioeconômicas é fundamental para garantir a sustentabilidade e a prosperidade futura do setor marítimo.

2.2 Importância do setor marítimo na economia

O setor marítimo desempenha um papel fundamental na economia global, sendo responsável por impulsionar o comércio internacional, gerar empregos e contribuir para o desenvolvimento socioeconômico das nações costeiras.

Uma das principais importâncias do setor marítimo é a facilitação do comércio internacional. Através dos navios, é possível transportar grandes volumes de mercadorias de maneira eficiente e econômica, conectando diferentes países e regiões. A maioria das mercadorias que são trocadas globalmente é transportada por via marítima, incluindo matérias-primas, produtos manufaturados, alimentos e combustíveis. Essa movimentação de cargas impulsiona diversos setores da economia, desde a indústria até o varejo, permitindo o abastecimento de mercados e garantindo o acesso a uma ampla variedade de produtos.

O setor marítimo também é um grande gerador de empregos. Desde os marinheiros e tripulações dos navios, até os trabalhadores dos portos e empresas relacionadas, há uma vasta gama de oportunidades de trabalho no setor. Além disso, a infraestrutura portuária requer mão de obra especializada para realizar tarefas como carga e descarga de navios, armazenamento de cargas, manutenção de equipamentos e controle

aduaneiro. Assim, o setor marítimo contribui para a criação de empregos diretos e indiretos, promovendo a geração de renda e o crescimento econômico local.

Outra forma pela qual o setor marítimo impacta a economia é através do desenvolvimento de infraestrutura e investimentos. Para atender as crescentes demandas do comércio internacional, as nações costeiras investem em portos modernos e eficientes, que são essenciais para a movimentação de cargas. Esses investimentos estimulam a economia local, gerando empregos na construção civil, setor de serviços e indústria naval. Além disso, o setor marítimo também atrai investimentos estrangeiros, facilitando acordos comerciais e parcerias internacionais, que podem trazer benefícios adicionais para a economia.

Além do aspecto econômico, o setor marítimo desempenha um papel importante no desenvolvimento sustentável das nações. Com o aumento da preocupação com a preservação do meio ambiente, o setor marítimo tem trabalhado para reduzir seu impacto ambiental. Através de regulamentações internacionais e da adoção de tecnologias mais limpas, como o uso de combustíveis de baixo teor de enxofre e a implementação de práticas de eficiência energética, o setor marítimo busca minimizar a poluição e contribuir para a preservação dos ecossistemas marinhos.

Em resumo, a importância do setor marítimo na economia é inegável. Através do transporte de mercadorias, geração de empregos, investimentos em infraestrutura e promoção do desenvolvimento sustentável, o setor marítimo impulsiona o comércio internacional, fortalece a economia global e contribui para o bem-estar das comunidades costeiras. É essencial promover políticas e investimentos que garantam a eficiência e o crescimento contínuo desse setor, assegurando seu papel como um dos pilares fundamentais da economia mundial.

2.3. Condições de trabalho no setor marítimo

Como visto, o setor marítimo desempenha um papel vital para a economia global, mas muitas vezes as condições de trabalho enfrentadas pelos profissionais nesse setor não recebem a devida atenção. Os trabalhadores marítimos enfrentam desafios e adversidades específicas que requerem maior atenção e proteção.

Um dos principais desafios enfrentados pelos profissionais marítimos é o isolamento. Navios de carga e embarcações de pesca podem passar longos períodos no mar, com contato limitado com o mundo exterior. Essa situação pode causar problemas de saúde mental e emocional, como solidão e isolamento social. Além disso, a falta de capacidade de acesso a serviços médicos e sociais durante as viagens pode afetar o bem-estar dos trabalhadores. Portanto, é fundamental garantir que os profissionais marítimos tenham acesso a formas de comunicação, saúde e apoio psicossocial durante suas viagens.

Outro desafio enfrentado pelos trabalhadores marítimos é a falta de regulamentação e proteção trabalhista em alguns casos. Muitos profissionais enfrentam longas jornadas de trabalho, com poucas horas de descanso entre os turnos. A exaustão pode levar a acidentes e erros devido à fadiga. A questão do trabalho infantil também é uma preocupação no setor marítimo, com crianças sendo submetidas a condições perigosas e exploradas em algumas atividades marítimas. Portanto, é essencial que as leis e regulamentos trabalhistas sejam rigorosamente aplicados para proteger os direitos e a segurança dos trabalhadores marítimos.

Além disso, a segurança no trabalho é uma área de grande preocupação no setor marítimo. Os trabalhadores estão expostos a uma variedade de riscos, como acidentes em alto mar, condições climáticas extremas, trabalho em espaços confinados e riscos químicos. É crucial garantir que os profissionais marítimos recebam treinamento adequado em segurança, bem como acesso a equipamentos de proteção individual e procedimentos adequados para proteger sua saúde e bem-estar.

Outra questão importante a ser abordada é a falta de representação e voz dos trabalhadores marítimos. Muitas vezes, eles enfrentam dificuldades para se organizar e se unir em sindicatos ou associações que possam defender seus interesses. Isso pode dificultar a negociação de melhores condições de trabalho e benefícios para os profissionais marítimos. É fundamental que haja um ambiente propício para a organização e representação dos trabalhadores marítimos, garantindo que suas vozes sejam ouvidas e seus direitos protegidos.

Em suma, as condições de trabalho no setor marítimo são um aspecto fundamental que deve ser abordado. É necessário garantir a proteção dos direitos e a segurança dos trabalhadores marítimos, incluindo medidas para combater o isolamento, regulamentação trabalhista adequada, segurança no trabalho e representação laboral. Somente assim é possível assegurar que o setor marítimo continue a desempenhar seu importante papel na economia global enquanto protegemos aqueles que contribuem para seu funcionamento.

2.4. Direitos dos marítimos

É inegável que os trabalhadores marítimos desempenham um papel fundamental no setor marítimo, contribuindo para a economia global e garantindo o funcionamento eficiente das operações marítimas. Assim como qualquer outro trabalhador, os marítimos também possuem direitos que devem ser respeitados e protegidos.

São diversas as leis que regem a relação de emprego dos trabalhadores marítimos. A Organização Internacional do Trabalho (OIT), na esfera internacional, dispõe sobre o tema em algumas de suas convenções. No âmbito nacional, são diversas as legislações

aplicadas no que tange ao trabalho nas embarcações, dentre as quais, destacam-se os decretos 64.385/1969, 2.256/1997 e 4.406/2002, as leis 9.432/1997, 2.180/1954 e 5.811/1972, bem como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

No caso da CLT, há verdadeira omissão no que tange aos marítimos, uma vez que os seus artigos 248 e seguintes estabelecem regras muito básicas, não dando a devida atenção demandada pela atividade. Em decorrência disso, essa é regulada principalmente por acordos e convenções coletivas do trabalho e, ainda, pelas convenções internacionais.

Um dos principais direitos dos marítimos é o trabalho digno e seguro. Isso significa que eles devem ter condições adequadas de trabalho, incluindo uma jornada laboral justa e razoável, bem como condições de trabalho seguras e saudáveis. Os marítimos devem ter acesso a equipamentos de proteção individual e treinamento em segurança para evitar acidentes e prevenir lesões.

Além disso, os marítimos também têm direito à remuneração justa e salários adequados. Eles devem receber salários de acordo com os padrões internacionais e nacionais, com compensação justa por seu trabalho e esforço. Os pagamentos devem ser feitos de forma regular e dentro dos prazos estabelecidos, sem atrasos ou retenções indevidas.

Os marítimos também têm direito a condições de vida adequadas durante suas viagens. Isso inclui garantir que eles tenham acesso a acomodação limpa e confortável, alimentação adequada e cuidados de saúde. Os empregadores devem fornecer instalações e serviços adequados para atender às necessidades dos marítimos durante suas viagens.

Ademais, os marítimos têm direito a férias anuais remuneradas. Isso significa que eles devem ter a oportunidade de descansar e ter tempo para si mesmos, assim como qualquer outro trabalhador. As férias devem ser concedidas e remuneradas de acordo com as leis e regulamentos aplicáveis em cada país.

E, também têm direito à liberdade de associação e representação sindical. Eles devem ter o direito de se organizar em sindicatos e associações para proteger seus interesses e negociar melhores condições de trabalho. As atividades sindicais devem ser respeitadas e não devem ser sujeitas a qualquer tipo de discriminação ou represália.

Por fim, os marítimos também têm direito à proteção social e à segurança social. Isso inclui ter acesso a benefícios sociais, como seguro de saúde, pensões e seguro desemprego. Portanto, devem ser incluídos nos sistemas de proteção social de seus países, garantindo que eles e suas famílias estejam amparados em casos de doença, acidente ou desemprego.

Em resumo, os marítimos possuem direitos específicos que são essenciais para sua segurança, bem-estar e dignidade no trabalho. Esses direitos incluem condições de trabalho justas, remuneração adequada, segurança no trabalho, férias anuais, liberdade de associação sindical e proteção social. É fundamental que esses direitos sejam respeitados e implementados pelas autoridades governamentais, empregadores e demais partes interessadas para garantir o cumprimento dos direitos dos marítimos.

3. ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL (OMI)

3.1. Criação, objetivo, responsabilidades e funções da Organização Marítima Internacional (OMI)

A Organização Marítima Internacional (OMI) é uma agência especializada das Nações Unidas que tem como objetivo promover a segurança, a proteção ambiental e a eficiência do transporte marítimo internacional. Ante a necessidade de estabelecer um órgão regulador para lidar com as questões relacionadas à navegação e ao transporte marítimo em nível global, em 1948, foi fundada a OMI, que desempenha um papel crucial na regulamentação e supervisão das atividades marítimas em nível global e tem como principal objetivo promover a segurança, a eficiência e a proteção ambiental do transporte marítimo internacional.

Desde sua fundação, a OMI tem trabalhado para desenvolver normas e regulamentos internacionais que se apliquem a todos os Estados-Membros. Essas normas abrangem uma ampla gama de aspectos, incluindo a segurança dos navios e das tripulações, a prevenção da poluição marinha, a gestão adequada de cargas perigosas, segurança da navegação e certificação de tripulações.

A segurança dos navios e a proteção da vida humana são prioridades fundamentais da OMI.

Além disso, a OMI trabalha em estreita colaboração com outros órgãos e organizações internacionais para promover a cooperação e a troca de informações entre os países. A organização facilita o diálogo e a colaboração entre governos, indústria marítima e outras partes interessadas, com o objetivo de promover o desenvolvimento seguro, eficiente e sustentável do transporte marítimo internacional. Isso inclui a realização de reuniões, conferências e workshops, nos quais são discutidas e propostas soluções para questões técnicas, jurídicas e operacionais. Ainda, desempenha um papel ativo na facilitação do comércio marítimo, incentivando o uso de tecnologias avançadas, como sistemas de comunicação por satélite e navegação eletrônica.

A OMI também trabalha no desenvolvimento de regulamentos para o transporte seguro de cargas perigosas, bem como para a prevenção de colisões entre navios e para a segurança da navegação. Ela promove a cooperação internacional entre os Estados-Membros para a implementação efetiva e uniforme dessas regulamentações, garantindo que os padrões de segurança e proteção ambiental sejam aplicados de maneira consistente em todo o mundo.

Ademais, também se preocupa com o bem-estar dos marítimos. Assim, desenvolve normas e diretrizes para garantir que os marítimos recebam treinamento adequado, condições de trabalho justas e proteção social. A OMI trabalha em colaboração com outras organizações e agências para promover melhores padrões de trabalho para o pessoal marítimo, incluindo a implementação do Convenção de Trabalho Marítimo da OIT²¹.

Desempenha também um papel ativo na assistência técnica aos países em desenvolvimento, ajudando-os a implementar as normas e regulamentos internacionais de forma eficaz. O apoio é fornecido através da transferência de conhecimento, treinamento, capacitação e fornecimento de orientações técnicas.

Assim, a criação da OMI foi um marco significativo no desenvolvimento do transporte marítimo internacional. Ela forneceu uma plataforma para a colaboração entre os países, garantindo a implementação efetiva e uniforme das regulamentações marítimas. E, a organização promove a transparência e a interação entre os governos e a indústria marítima, permitindo a discussão e adoção de soluções inovadoras para os desafios enfrentados pelo setor.

Portanto, desempenha um papel fundamental na promoção da segurança, proteção ambiental e eficiência do transporte marítimo internacional. Através do desenvolvimento de convenções, regulamentos e diretrizes, a OMI busca garantir que o transporte por via marítima seja realizado de forma segura, com respeito ao meio ambiente e em conformidade com os padrões internacionais. Ou seja, continua a desempenhar um papel crucial no aprimoramento da governança marítima global e na busca de soluções para os desafios enfrentados pelo setor marítimo.

3.2. Desafios e perspectivas

Uma série de desafios são enfrentados pela OMI, que tem perspectivas promissoras à medida que busca lidar com as questões complexas que afetam o transporte marítimo internacional.

²¹ **C186 – Convenção sobre Trabalho Marítimo.** Organização Internacional do Trabalho, 2006. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242714/lang--pt/index.htm. Acesso em 12 de agosto de 2023.

Como visto, desde sua criação (em 1948), tem desempenhado um papel crucial na regulação e coordenação do setor marítimo global. No entanto, novos desafios surgem constantemente, exigindo uma abordagem inovadora e colaborativa para enfrentá-los.

Garantir a segurança do transporte marítimo em um contexto de crescente demanda e volumes de comércio, é um dos principais desafios da OMI. Está em constante expansão o número de navios que circulam pelos oceanos do mundo, e esta precisa desenvolver regulamentos e padrões atualizados para garantir a segurança dos navios, tripulações e cargas. Além disso, a organização enfrenta a tarefa de lidar com os riscos emergentes, como as ameaças cibernéticas, que podem comprometer a segurança dos sistemas de navegação e comunicação a bordo dos navios.

A proteção do meio ambiente marinho é outro desafio importante. A OMI, como visto, tem um papel fundamental na luta contra a poluição marinha causada pelos navios, em particular o derramamento de óleo e a descarga inadequada de resíduos. A organização deve continuar a desenvolver e aprimorar os regulamentos ambientais, a fim de reduzir o impacto negativo do transporte marítimo nos ecossistemas marinhos e promover práticas sustentáveis. Além disso, enfrenta o desafio de abordar a questão das mudanças climáticas e de buscar soluções para reduzir as emissões de gases de efeito estufa produzidos pelo setor marítimo.

A questão da pirataria e da segurança marítima também é um desafio significativo enfrentado pela organização. Esta tem trabalhado em estreita colaboração com os Estados membros para combater a pirataria, promovendo medidas de segurança a bordo dos navios e incentivando a cooperação internacional no combate a esse problema. No entanto, precisa continuar a reforçar a segurança marítima e a desenvolver estratégias e ferramentas inovadoras para lidar com os riscos emergentes, como o terrorismo marítimo e o tráfico de drogas.

No entanto, apesar desses desafios, a OMI tem perspectivas promissoras para o futuro. Isso porque, a indústria marítima continua a desempenhar um papel fundamental no comércio global e no desenvolvimento econômico dos países. É esperado um aumento na demanda por transporte marítimo nos próximos anos, em decorrência do crescimento do comércio eletrônico e a expansão do comércio internacional, o que oferece à organização uma oportunidade de promover o desenvolvimento sustentável do setor, incentivando a eficiência e a inovação tecnológica para reduzir as emissões e minimizar o impacto ambiental.

Ademais, a busca pelo fortalecimento de suas parcerias com outras organizações internacionais e setores interessados, como a indústria marítima, organizações não governamentais e acadêmicas, também tem sido realizada pela OMI, uma vez que a

colaboração e a cooperação são essenciais para enfrentar os desafios complexos do transporte marítimo internacional.

Assim, em suma, a OMI enfrenta diversos desafios, desde a segurança do transporte marítimo e a proteção ambiental até a segurança marítima e a pirataria. Contudo, a organização está comprometida em enfrentar esses desafios e tem perspectivas promissoras para o futuro. Mediante uma abordagem inovadora, colaborativa e sustentável, continuará a desempenhar um papel fundamental na regulação e coordenação do setor marítimo global, promovendo a segurança, a eficiência e a proteção ambiental do transporte marítimo internacional.

4. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS: APLICABILIDADE

Como visto, o direito marítimo é uma área do direito que se dedica a regulamentar as atividades relacionadas ao transporte marítimo, comércio internacional, segurança e proteção do meio ambiente marinho. E, com o intuito de alcançar uma uniformidade nas leis e regulamentos que regem o setor, foram estabelecidas várias convenções internacionais que visam garantir direitos e obrigações claros e uniformes para os Estados e operadores do transporte marítimo.

É de extrema importância a aplicabilidade das convenções internacionais no direito marítimo, pois fornece uma estrutura legal sólida e coerente para as atividades marinhas em nível global. Essas convenções estabelecem uma base jurídica para a governança do setor, abrangendo questões como segurança da navegação, prevenção da poluição, responsabilidade por danos, segurança dos tripulantes, direitos dos passageiros e resolução de disputas.

Dentre as principais convenções internacionais aplicáveis ao direito marítimo, destacam-se:

a) Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS)²²: considerada a principal convenção marítima, estabelece os direitos e obrigações dos Estados costeiros e dos usuários dos oceanos. Regula assuntos como território marítimo, zona econômica exclusiva, passagem inocente, proteção do meio ambiente marinho, pesquisa científica e exploração de recursos naturais;

²² **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. Senado, 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/202/r133-14.PDF?sequence=4>. Acesso em 16 de agosto de 2023.

b) Convenção Internacional para Salvaguarda da Vida Humana no Mar (SOLAS)²³: estabelece uma série de normas técnicas e operacionais para garantir a segurança dos navios e a proteção da vida humana em todas as fases das operações marítimas. Ela abrange desde requisitos de projeto e construção de navios até procedimentos de emergência e treinamento de tripulantes;

c) Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios (MARPOL)²⁴: é um acordo crucial adotado pela OMI para minimizar a poluição marinha causada por navios. Ela estabelece normas rigorosas sobre a descarga de substâncias poluentes no mar, como óleo, produtos químicos e resíduos, bem como sobre a gestão adequada de resíduos sólidos a bordo dos navios e incentivo de práticas sustentáveis na indústria, como a redução das emissões de gases de efeito estufa;

d) Convenção Internacional sobre Padrões de Formação, Certificação e Serviço de Quarto para Marítimos (STCW)²⁵: estabelece os padrões mínimos de treinamento, certificação e serviço para marítimos em nível global. Ela visa garantir que a tripulação dos navios seja competente, qualificada e devidamente certificada para promover a segurança e a eficiência da navegação.

Além das convenções internacionais supracitadas, existem outras convenções e acordos regionais que também possuem um papel importante na regulamentação do setor marítimo global.

Clarividente, portanto, que a aplicabilidade dessas convenções internacionais no direito marítimo é fundamental para a segurança, a proteção do meio ambiente e a eficiência do transporte marítimo em nível global. Elas estabelecem direitos e obrigações claros para os Estados e operadores do setor, garantindo uma abordagem uniforme e consistente para as atividades marítimas. Ademais, promovem a cooperação internacional e a harmonização das leis para resolver conflitos e evitar a fragmentação do direito marítimo.

23 **Convenção Internacional para Salvaguarda da Vida Humana no Mar**. Planalto, 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/Anexo/And9988.pdf. Acesso em 16 de agosto de 2023.

24 **Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios**. Planalto, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2508.htm. Acesso em 16 de agosto de 2023.

25 **Convenção Internacional sobre Padrões de Formação, Certificação e Serviço de Quarto para Marítimos**. Planalto, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/decreto/d11039.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

5. ENTIDADES SINDICAIS DA CATEGORIA

As entidades sindicais têm um papel fundamental na defesa dos interesses e direitos dos trabalhadores de diversas categorias profissionais, incluindo os marítimos. No setor marítimo, as entidades sindicais desempenham um papel crucial na promoção da justiça social, melhores condições de trabalho e garantia dos direitos laborais dos marítimos.

São responsáveis por representar os trabalhadores do setor, negociando acordos coletivos de trabalho e defendendo seus interesses perante os empregadores. Atuam como intermediárias entre trabalhadores e as empresas, buscando equilíbrio e justiça nas relações de trabalho.

As entidades sindicais, além de negociarem os salários e benefícios dos marítimos, também se envolvem na defesa das condições de trabalho a bordo dos navios. Buscam garantir que os marítimos tenham acesso a uma alimentação adequada, alojamento seguro, assistência médica e condições de segurança no trabalho. Ademais, atuam na defesa dos direitos humanos dos marítimos, combatendo a exploração e abusos no setor.

A promoção da formação e qualificação profissional dos marítimos caracterizam outro aspecto importante do trabalho das entidades sindicais, que lutam para que os marítimos tenham acesso a treinamentos adequados e atualizados, garantindo que estejam preparados para as demandas do setor e possam se desenvolver profissionalmente.

Além disso, desempenham um papel relevante na representação dos marítimos em questões jurídicas e trabalhistas, atuando na resolução de conflitos, mediação em negociações coletivas e apoio em casos de violação dos direitos dos trabalhadores. E, atuam como vozes coletivas dos marítimos, permitindo que suas demandas sejam ouvidas e levadas em consideração pelas autoridades governamentais e órgãos reguladores.

Ressalta-se que as entidades sindicais da categoria dos marítimos não atuam apenas em nível nacional, mas também em âmbito internacional. Elas se associam a organizações internacionais de trabalhadores marítimos, participam de fóruns e conferências, contribuindo para a discussão e elaboração de normas e regulamentações globais relacionadas ao trabalho marítimo.

5.1. A importância das entidades sindicais da categoria na asseguaração dos direitos e garantias trabalhistas dos marítimos

As entidades sindicais da categoria dos marítimos desempenham um papel de extrema importância na asseguaração dos direitos e garantias trabalhistas desses profissionais. Isso porque, ao representá-los perante as empresas e os órgãos

governamentais, lutam para garantir um ambiente de trabalho justo, seguro e com condições dignas para os trabalhadores do setor.

A negociação dos acordos coletivos de trabalho é uma das principais funções das entidades sindicais. Por meio dessas negociações, são estabelecidos os salários, jornadas de trabalho, benefícios e demais condições de trabalho dos marítimos. Portanto, os sindicatos são responsáveis por garantir que os marítimos recebam uma remuneração justa e adequada às exigências da profissão, além de assegurar o cumprimento de direitos trabalhistas básicos, como o pagamento de horas extras e o acesso a benefícios sociais.

Essas entidades sindicais, além da negociação salarial, também atuam na defesa das condições de trabalho dos marítimos. Isso inclui a luta por boas condições de alojamento, alimentação adequada, assistência médica, segurança a bordo dos navios, entre outros aspectos relacionados ao bem-estar dos trabalhadores. Para tanto, trabalham em conjunto com órgãos reguladores e autoridades competentes para exigir que as empresas cumpram as normas de segurança e saúde no trabalho marítimo, visando garantir um ambiente laboral seguro e saudável.

A defesa dos direitos humanos dos marítimos é outro aspecto relevante. O setor marítimo, infelizmente, está sujeito a práticas abusivas, como jornadas de trabalho excessivas, exploração e até mesmo trabalhos forçados. Nesse contexto, as entidades sindicais atuam firmemente na denúncia e combate dessas situações, exigindo o cumprimento de normas internacionais de trabalho e promovendo a conscientização sobre os direitos fundamentais dos marítimos.

Ademais, também possuem um papel fundamental na área jurídica e trabalhista, uma vez que fornecem suporte e assistência jurídica aos marítimos em casos de violação de direitos, mediante orientações, representação legal e apoio para que estes possam fazer valer seus direitos trabalhistas, bem como auxiliando na resolução de conflitos entre trabalhadores e empregadores.

Destaca-se ainda, como aspecto relevante, a promoção da formação e qualificação profissional dos marítimos, que contribui para a valorização no mercado de trabalho e para a inserção desses em posições de maior destaque e responsabilidade. Nesse ponto, as entidades sindicais atuam para garantir que os marítimos tenham acesso a programas de capacitação, cursos de aperfeiçoamento e treinamentos especializados, com o intuito de aprimorar suas habilidades e conhecimentos necessários para o desempenho da profissão.

5.2. Desafios

Uma série de desafios são enfrentados pelas entidades sindicais da categoria dos marítimos na busca por garantir os direitos e melhorar as condições de trabalho dos profissionais do setor. Essas dificuldades resultam da complexidade e peculiaridades da indústria marítima, bem como das pressões dos empregadores e das constantes mudanças nas leis e regulamentos trabalhistas.

A representação dos interesses de uma categoria que abrange diferentes tipos de profissionais marítimos, desde aqueles que trabalham em embarcações de pesca até aqueles que atuam em navios de carga e cruzeiros, configura-se um dos principais desafios. Isso porque, cada setor possui suas particularidades e demandas específicas, o que requer um trabalho árduo por parte das entidades sindicais para garantir que as necessidades desses diversos grupos sejam adequadamente representadas e atendidas.

A fragmentação da categoria dos marítimos, com profissionais trabalhando em diferentes empresas e navios espalhados pelo oceano, é outra grande dificuldade. Essa dispersão geográfica dificulta a organização e mobilização dos marítimos, podendo enfraquecer sua posição na negociação coletiva e na luta pelos seus direitos. Além disso, a rotatividade no trabalho marítimo, com a constante saída e entrada de trabalhadores nos navios, também é um obstáculo para a unificação e fortalecimento da categoria.

O contexto global em que a indústria marítima opera também é outro desafio. Muitas vezes as empresas de navegação têm sede em países diferentes dos quais os navios operam, o que dificulta a aplicação de leis trabalhistas locais e abre espaço para a exploração dos marítimos. E, a concorrência acirrada no mercado global pressiona as empresas a reduzirem custos, muitas vezes em detrimento das condições de trabalho e salários dos marítimos. Assim, as entidades sindicais precisam enfrentar essas questões, buscando cooperação internacional e ações coordenadas para garantir que os direitos dos marítimos sejam respeitados em todas as regiões.

A tecnologia e a automação também representam desafios significativos para as entidades sindicais dos marítimos. É certo que, com o avanço da tecnologia, cada vez mais tarefas antes realizadas por marítimos estão sendo substituídas por máquinas e sistemas automatizados. Isso pode levar à redução na demanda por mão de obra e consequentemente à diminuição de postos de trabalho. Nesse contexto, as entidades sindicais precisam buscar maneiras de garantir a proteção dos marítimos frente às mudanças tecnológicas e assegurar que eles sejam devidamente preparados e requalificados para atuar em um cenário cada vez mais digitalizado.

Por fim, a falta de conscientização e participação dos marítimos também é um desafio para as entidades sindicais. Muitos profissionais não estão plenamente cientes de seus direitos e não se envolvem ativamente nas atividades sindicais, fazendo-se necessário

um trabalho contínuo de conscientização e engajamento para fortalecer a união da categoria e mobilizar os marítimos na defesa de seus interesses.

Nesse contexto, é certo que cada entidade sindical da categoria enfrenta suas próprias dificuldades. A título de exemplo, o Sr. Patrick de Felix Couto, Vice-Presidente do Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Marítimos e Fluviais, e Empregados Terrestres de Empresas Aquaviárias, Agenciadoras Marítimas e Atividades Afins no Estado do Paraná – SETTA-PAR e Diretor Regional da Federação Nacional dos Trabalhadores Aquaviários – FNTTAA, destacou, em entrevista realizada, que a entidade sindical não fecha acordos coletivos com índice de reajuste abaixo do INPC, destacando que nos Portos do Paraná há aproximadamente 8 a 10 mil trabalhadores por esta representados. Ressaltou que essa questão é a maior dificuldade enfrentada pelo SETTA-PAR atualmente, pois há empresas excluindo direitos anteriormente conquistados pela entidade sindical, e que seguem na militância para mantê-lo forte e capaz de lutar pelos direitos dos trabalhadores marítimos.

Importante destacar que, para algumas categorias, o direito coletivo é obrigatório, sendo que, no caso do seguimento marítimo, os acordos coletivos são imprescindíveis, ante a peculiaridade da atividade e operação marítima.

Diante de tantos desafios, é imprescindível que as entidades sindicais da categoria dos marítimos sejam resilientes e criativas em suas estratégias de atuação. A colaboração entre diferentes organizações sindicais nacionais e internacionais é essencial para amplificar a voz dos marítimos e fortalecer a defesa de seus direitos. Além disso, é fundamental investir em educação e formação para capacitar os marítimos a enfrentarem os desafios tecnológicos e se adaptarem às constantes transformações na indústria. Somente dessa forma será possível superar os obstáculos e garantir melhores condições de trabalho e qualidade de vida para os marítimos em todo o mundo.

5.3. Limitação da representatividade

Como visto, as entidades sindicais que representam a categoria dos marítimos têm enfrentado uma série de desafios que têm limitado sua capacidade de representação eficaz. Essas limitações são resultado de uma combinação de fatores estruturais e contextuais que afetam a organização e o funcionamento desses sindicatos.

Ora, a natureza da profissão marítima em si pode dificultar a organização sindical. Os marítimos são trabalhadores que estão constantemente em trânsito, passando longos períodos de tempo em alto-mar. Essa mobilidade torna difícil para os sindicatos estabelecerem uma presença constante e uma comunicação regular com os trabalhadores. Ademais, a natureza globalizada da indústria marítima pode levar a uma diversidade de

nacionalidades entre os trabalhadores, o que pode tornar a unificação e a representação mais complexas.

Outro desafio enfrentado pelas entidades sindicais da categoria é a falta de regulamentação internacional consistente de uma autoridade centralizada para lidar com questões trabalhistas específicas da indústria marítima. Embora existam convenções e regulamentos internacionais sobre trabalho marítimo, muitas vezes há uma falta de implementação e fiscalização eficazes por parte dos países signatários. Isso pode levar a uma falta de proteção trabalhista adequada e a condições precárias de trabalho, dificultando os esforços sindicais para melhorar tais condições.

Há também desafios internos enfrentados pelos sindicatos dos marítimos, incluindo questões de representatividade e democracia interna. Muitas vezes, essas entidades são dominadas por líderes sindicais de longa data, que podem não representar adequadamente os interesses e preocupações dos marítimos em geral. Além disso, a participação e o engajamento dos membros podem ser baixos, pois, muitos trabalhadores não estão familiarizados com seus direitos sindicais e podem temer represálias por se envolverem ativamente.

As limitações representativas das entidades sindicais dos marítimos também podem ser atribuídas à complexa estrutura da indústria marítima, com suas várias categorias profissionais e diferentes segmentos, como transporte de carga e cruzeiros. Essa diversidade dificulta a unificação dos interesses e demandas dos marítimos, tornando difícil para os sindicatos atenderem a todas as necessidades específicas.

Como resultado dessas limitações, muitos marítimos podem sentir-se desprotegidos e desvalorizados, com seus direitos trabalhistas muitas vezes sendo desrespeitados. Para superar esses desafios, é essencial que as entidades sindicais dos marítimos busquem formas inovadoras de envolver e representar efetivamente seus membros, aprimorar sua capacidade de negociação coletiva e trabalhar em colaboração com organizações internacionais para melhorar as condições de trabalho e promover proteção adequada aos marítimos.

Em suma, as entidades sindicais dos marítimos enfrentam várias limitações em sua representatividade devido à natureza da profissão, falta de regulamentação internacional consistente, questões internas e complexa estrutura da indústria marítima. Superar essas limitações requer esforços conjuntos dos sindicatos, trabalhadores e instituições internacionais para garantir melhor proteção trabalhista e representação efetiva dos marítimos.

5.4. Embasamento jurisprudencial favorável

Diversas decisões jurisprudenciais têm sido favoráveis aos direitos dos marítimos ao longo do tempo, garantindo uma melhor proteção para esses trabalhadores que enfrentam condições de trabalho desafiadoras. Em suma, essas decisões se baseiam no entendimento de que os marítimos merecem as mesmas salvaguardas legais que outros trabalhadores, mesmo que estejam sujeitos a leis trabalhistas e regulamentações específicas da indústria marítima.

Algumas das principais decisões jurisprudenciais que têm beneficiado os marítimos trazem o reconhecimento do vínculo empregatício, limitação da jornada de trabalho, pagamento de horas extras e/ou intervalares, indenizações por acidentes e doenças ocupacionais, igualdade de gênero, direito à assistência jurídica.

Corroborando com esse entendimento, citam-se alguns julgados:

TRABALHADOR. MARÍTIMO. EMBARCADO. INTERVALOS INTRA E INTERJORNADAS. A existência de regramento específico acerca da duração do trabalho dos trabalhadores marítimos não implica a conclusão de que tais trabalhadores não tenham direito a intervalos intrajornada e entre jornadas, fazendo eles jus, portanto, aos intervalos previstos nos artigos 66, 67 e 71 da CLT, observadas as regras específicas previstas nos arts. 248 a 252 da CLT.²⁶ – destacou-se

EMENTA RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. TRABALHADOR. MARÍTIMO. HORAS EXTRAS. VALIDADE DA NORMA COLETIVA. É indisponível o direito à remuneração pelo trabalho, devendo o serviço extraordinário ser remunerado com adicional mínimo de 50% previsto no inciso XVI do artigo 7º da Constituição Federal, não prevalecendo o ajuste em convenção coletiva de trabalho que nega direito às horas extras laboradas além de montante nela prefixado. Recurso da reclamada não provido. (...)²⁷ – destacou-se

²⁶ TRT DA 4ª REGIÃO, 6ª Turma, **0020375-15.2017.5.04.0123 ROT**, julgado em 14/09/2022, Desembargadora Maria Cristina Schann Ferreira. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1907221806208370000037110948>. Acesso em: 14 de agosto de 2023.

²⁷ TRT DA 4ª REGIÃO, 4ª Turma, **0020292-03.2021.5.04.0141 ROT**, julgado em 02/06/2023, Desembargadora Ana Luiza Heineck Kruse. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=2302281559044240000072329966>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

MARÍTIMO. INTERVALO INTRAJORNADA. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT. Ainda que aplicada legislação especial aos marítimos, a eles também é assegurado o direito ao intervalo intrajornada de uma hora na jornada de oito horas diárias, conforme previsto no art. 71 da CLT. Recurso da reclamada desprovido. **MARÍTIMO. PRORROGAÇÃO DA HORA NOTURNA.** SÚMULA 60, II DO TST. APLICAÇÃO. O fato de haver disciplina específica do trabalho do marítimo na CLT, não impede a aplicação das regras gerais atinentes ao trabalho noturno, não havendo como se afastar a incidência do adicional noturno no caso do trabalho diurno prestado em prorrogação ao trabalho noturno. Recurso do reclamante provido.²⁸ – destacou-se

ESCALA DE TRABALHO E TRIPULAÇÃO- A flexibilização da jornada de trabalho a que se refere o art. 7º da Carta Magna não pode ser invocada para o estabelecimento de jornadas abusivas, que venham expor o trabalhador a excessivos desgastes físicos e psicológicos. A CLT, apesar de reconhecer o serviço intermitente do marítimo nas 24 horas de cada dia civil, também consagrou a jornada de 08 horas diárias para os marítimos (art. 248 da CLT), determinando, ainda, que o tempo de serviço efetivo excedente será considerado extraordinário, exceto nas situações previstas nas alíneas do art. 249 da CLT. Recurso provido.²⁹ – destacou-se

(...) **B) RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. TRABALHADOR MARÍTIMO. TRANSAÇÃO SOBRE AS FÉRIAS MEDIANTE NORMA COLETIVA. INDISPONIBILIDADE DO DIREITO.** (...) No caso em exame, a controvérsia cinge-se em verificar a validade de norma coletiva que dispôs sobre o regime de compensação de jornada dos trabalhadores marítimos e incluiu as férias no período dos descansos compensatórios. Como se sabe, os trabalhadores marítimos embarcados, embora também favorecidos pela regra do art. 7º, XIII, da Constituição, têm regime especial de

28 TRT DA 17ª REGIÃO, 1ª Turma, **0000464-51.2021.5.17.0014 ROT**, julgado em 25/06/2023, Relator(a): Alzenir Bollesi de Pla Loeffler. Disponível em: <https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=2207061422022030000014875765>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

29 TRT DA 17ª REGIÃO, 1ª Turma, 0001195-36.2019.5.17.0008 ROT, julgado em 20/04/2022, Relator(a): Alzenir Bollesi de Pla Loeffler. Disponível em: <https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=2105111630527330000012386676>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

cumprimento de sua duração do trabalho, em vista da peculiaridade das atividades e rotinas das embarcações e de seu sistema de labor, conforme Seção VI do Capítulo I do Título III da CLT (artigos 248 a 252), regendo-se também por negociação coletiva trabalhista. Nesse contexto, regimes de plantão, com extensas folgas compensatórias, podem ser pactuados em conformidade com a jurisprudência. O parâmetro básico para a negociação coletiva é definido pela regra do art. 250 da CLT, da qual se extrai a proporção mínima de 1x1 (um dia de trabalho por um dia de descanso), nestes termos: *“as horas de trabalho extraordinário serão compensadas, segundo a conveniência do serviço, por descanso em período equivalente no dia seguinte ou no subsequente dentro das do trabalho normal, ou no fim da viagem, ou pelo pagamento do salário correspondente”*. O que se tem verificado, na prática jurisprudencial, é a adoção do regime 14x21, em que o obreiro marítimo trabalha 14 dias embarcado por 21 um dias de folga – ou seja, a concede-se 1,5 dia de folga para cada dia trabalhado. Há diversos julgados nesta Corte, admitindo a validade desse regime. No acórdão recorrido, consta que as normas coletivas (Cláusulas 27^a e 28^a do ACT) previam o regime de trabalho de 1x1, de modo que a cada período mínimo de 30 dias (e no máximo 35 dias) de trabalho embarcado, o Reclamante gozava de igual período de descanso, sendo nele incluídos **folgas e férias**.

Discute-se, porém, a legalidade da inclusão das férias entre os dias de descanso. O TRT entendeu que a norma coletiva seria válida, na medida em que estabeleceu o período de 180 dias de descanso por ano, entre folgas e férias, o que representaria montante superior ao legal. **Ocorre que, no plano prático, a cláusula suprime o direito às férias.**

Perceba-se que, se a norma coletiva utiliza o parâmetro mínimo de concessão descanso por período trabalhado, previsto no art. 250, caput,

da CLT (1x1), isso quer dizer que os 180 dias trabalhados correspondem a 180 dias de descanso. Porém, se as férias são incluídas nos 180 dias de descanso, perde-se a proporção mínima estabelecida na Lei para a folga do trabalhador marítimo, em compensação aos dias embarcados, tal como se desestrutura completamente a proteção jurídica dada às férias. Registre-se que as

férias são direito laboral que tem fundamento não apenas na necessidade do descanso em maior lapso que os intervalos interjornadas e os dias de repouso, para se atingir metas de saúde e segurança laborativas, mas também nas considerações e objetivos relacionados à reinserção familiar, social e política do trabalhador, resgatando-o da noção estrita de ser produtivo em favor de uma mais larga noção de ser familiar, ser social e ser político, todos imantados por valores e objetivos constitucionais expressos (arts. 1º, III e IV; 3º, I e IV; 6º, *caput*, e 170, *caput*, CF/88). Tais fundamentos tem especial relevância para os obreiros marítimos, os quais, notoriamente,

desempenham suas atividades por longos períodos embarcados e sem a possibilidade de estreitar os laços familiares e afetivos. Não é possível, portanto, aos Sujeitos Coletivos negociar sobre o direito às férias, especialmente no âmbito da categoria peculiar dos marítimos. Nesse contexto, sem sombra de dúvida, a norma coletiva se mostra inválida, porque transaciona sobre o direito social trabalhista indisponível (art. 7º, XVII, da CF), elencado, inclusive, no art. 611-B da CLT, em seu inciso XII. **Recurso de revista conhecido e provido.**³⁰

Essas decisões jurisprudenciais representam avanços importantes na proteção dos direitos dos marítimos. No entanto, é imprescindível continuar acompanhando e fortalecendo a jurisprudência nessa área, a fim de garantir a plena implementação das leis trabalhistas e assegurar que os marítimos sejam tratados com dignidade e justiça em todas as suas atividades laborais.

6. FIGURAS E PESSOAS IMPORTANTES NA CONTRIBUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DO SETOR MARÍTIMO E PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS MARÍTIMOS

Diversas figuras e pessoas têm sido importantes, ao longo da história, para o desenvolvimento do setor marítimo e na proteção dos direitos dos marítimos, seja por meio de suas descobertas, inovações tecnológicas, legislações ou ativismo.

Citam-se algumas dessas notáveis personalidades:

a) Cristóvão Colombo: reconhecido como um dos maiores navegadores de todos os tempos, desvendou novas rotas marítimas que ampliaram as fronteiras do

³⁰ TST, 3ª Turma, **RR - 100004-48.2019.5.01.0027**, julgado em 26/04/2023, Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 100524CD6046AAE509. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

conhecimento e impulsionaram a exploração do mundo. Sua determinação e coragem para enfrentar os mares desconhecidos abriram caminho para uma nova era de desenvolvimento marítimo.

b) James Cook: foi responsável por várias expedições que contribuíram significativamente para o conhecimento geográfico e científico dos oceanos. Suas descobertas e mapeamentos foram fundamentais para a navegação e a segurança marítima, além de influenciarem na expansão do comércio e da indústria marítima.

c) Marie Tharp: desempenhou um papel fundamental na exploração do fundo do mar e na produção dos primeiros mapas detalhados do assoalho oceânico. A compreensão sobre a geologia marinha foi revolucionada pelo seu trabalho, que auxiliou na localização de recursos naturais e na identificação de áreas vulneráveis à exploração humana.

d) Conferência Internacional do Trabalho: a OIT tem sido uma figura importante na proteção dos direitos dos trabalhadores marítimos, atuando no estabelecimento de padrões e convenções internacionais para garantir condições de trabalho seguras e justas. A Convenção do Trabalho Marítimo adotada pela OIT em 2006 tem sido essencial na promoção de direitos fundamentais como remuneração justa, limitação de horas de trabalho, bem-estar a bordo e repatriação adequada.

e) Sindicalistas e ativistas: diversas pessoas têm dedicado suas vidas à luta pelos direitos dos marítimos. Sindicalistas, como os fundadores do Sindicato Nacional dos Oficiais da Marinha Mercante (SINDMAR) no Brasil e International Transport Workers' Federation (ITF) internacionalmente, têm trabalhado incansavelmente para garantir melhores condições de trabalho e representação para os marítimos. Além disso, ativistas têm denunciado abusos e violações dos direitos dos marítimos, buscando sensibilizar governos e empresas para as necessidades desses profissionais e pressionando por mudanças positivas na indústria.

Todos são exemplos de como o desenvolvimento do setor marítimo e a proteção dos direitos dos marítimos são frutos do esforço coletivo e do comprometimento de indivíduos visionários.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, conclui-se que é inegável o importante papel desempenhado pela Organização Marítima Internacional (OMI) e pelas entidades sindicais na luta pela garantia dos direitos e garantias trabalhistas no setor marítimo. A OMI, por meio de suas convenções e regulamentações, estabelece padrões internacionais de segurança, proteção ambiental e condições de trabalho para os marítimos. Seu trabalho é

crucial para a harmonização e padronização das práticas no setor, promovendo a cooperação entre os países e assegurando que os marítimos sejam protegidos e tenham seus direitos respeitados em todo o mundo.

As entidades sindicais, por outro lado, têm desempenhado um papel fundamental como defensoras dos direitos dos marítimos. Por meio de negociações coletivas, representação e mobilizações, os sindicatos lutam pela valorização e dignificação do trabalho marítimo, buscando melhores condições de trabalho, salários justos, segurança a bordo e proteção social para os marítimos. Os sindicatos não apenas defendem os marítimos em situações de conflito ou injustiça, mas também implementam programas de treinamento e fomentam o desenvolvimento profissional, contribuindo para o avanço da carreira destes.

Nesse sentido, a colaboração entre a OMI e as entidades sindicais é essencial para assegurar a efetividade dos direitos e garantias trabalhistas. A união dessas duas forças possibilita o estabelecimento de regulamentações justas e adequadas às necessidades dos marítimos, além de promover um ambiente de trabalho seguro e saudável. É necessário que governos, empresas e organizações reconheçam a importância dessa parceria e trabalhem juntos para a implementação e o cumprimento dessas normativas em benefício dos marítimos e do setor marítimo como um todo.

Ainda, o trabalho no setor marítimo e a proteção dos direitos dos marítimos são questões complexas e de extrema relevância. A atuação da OMI e das entidades sindicais é primordial para garantir que os marítimos tenham condições de trabalho dignas e uma vida a bordo segura. Contudo, é crucial continuar avançando e aprimorando as políticas e práticas para enfrentar os desafios emergentes e assegurar um futuro sustentável e justo para aqueles que navegam pelos mares.

REFERÊNCIAS

AS BOAS PRÁTICAS DA INSPEÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL: O Setor Marítimo.

Organização Internacional do Trabalho (OIT), 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_714856.pdf. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

C186 – Convenção sobre Trabalho Marítimo. Organização Internacional do Trabalho, 2006. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242714/lang--pt/index.htm. Acesso em 12 de agosto de 2023.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. **Principais Aspectos do Direito Marítimo e sua Relação com a Lex Mercatoria e Lex Maritima.** Sequência (UFSC), v. 31, p. 196.

Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Senado, 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/202/r133-14.PDF?sequence=4>. Acesso em 16 de agosto de 2023.

Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios. Planalto, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2508.htm. Acesso em 16 de agosto de 2023.

Convenção Internacional para Salvaguarda da Vida Humana no Mar. Planalto, 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/Anexo/And9988.pdf. Acesso em 16 de agosto de 2023.

Convenção Internacional sobre Padrões de Formação, Certificação e Serviço de Quarto para Marítimos. Planalto, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11039.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

Guia completo: tudo o que você precisa saber sobre a área de Direito Marítimo. Unyleya, 2023. Disponível em: <https://blog.unyleya.edu.br/vox-juridica/guia-de-carreiras4/guia-completo-tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-a-area-de-direito-maritimo/>. Acesso em: 08 de agosto de 2023.

KENDALL, Lane C.; BUCKLEY, James J. **The Business of Shipping**. 7. ed. Centreville: Cornell Maritime Press, 2001, p. 7.

Organização Marítima Internacional (OMI/IMO). Marinha do Brasil, 2023. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/dhn/?q=pt-br/node/35>. Acesso em 09 de agosto de 2023.

Organização Marítima Internacional. Wikipédia, 2019. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_Mar%C3%ADtima_Internacional. Acesso em 09 de agosto de 2023.

SABB, Raquel. **Acordos e convenções coletivas de trabalho no setor marítimo: o que mudou?** Conjur, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-04/raquel-sabb-acordos-convencoes-trabalho-setor-maritimo>. Acesso em 16 de agosto de 2023.

SILVA, Carlos Roberto da, BALBI, Juliana Iracy Santos. **A importância dos sindicatos na vida profissional marítimo.** Repositório Institucional da Produção Científica da Marinha do Brasil (RI-MB), 2012. Disponível em: <https://www.repositorio.mar.mil.br/handle/ripcmb/30016>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

TRT DA 4ª REGIÃO, 6ª Turma, **0020375-15.2017.5.04.0123 ROT**, julgado em 14/09/2022, Desembargadora Maria Cristina Schann Ferreira. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=19072218062083700000037110948>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

TRT DA 4ª REGIÃO, 2ª Turma, **0020563-31.2018.5.04.0007 ROT**, julgado em 30/03/2022, Desembargador Alexandre Correa da Cruz – Relator. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=22012515574587100000060791357>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

TRT DA 4ª REGIÃO, 4ª Turma, **0020292-03.2021.5.04.0141 ROT**, julgado em 02/06/2023, Desembargadora Ana Luiza Heineck Kruse. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=23022815590442400000072329966>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

TRT DA 17ª REGIÃO, 1ª Turma, **0000464-51.2021.5.17.0014 ROT**, julgado em 25/06/2023, Relator(a): Alzenir Bollesi de Pla Loeffler. Disponível em: <https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=22070614220220300000014875765>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

TRT DA 17ª REGIÃO, 1ª Turma, 0001195-36.2019.5.17.0008 ROT, julgado em 20/04/2022, Relator(a): Alzenir Bollesi de Pla Loeffler. Disponível em: <https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=21051116305273300000012386676>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

TST, 3ª Turma, **RR - 100004-48.2019.5.01.0027**, julgado em 26/04/2023, Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 100524CD6046AAE509. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

WANDERMUREM, Bruno. **Direito marítimo e suas peculiaridades**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direito-maritimo-e-suas-peculiaridades/725777973>. Acesso em 08 de agosto de 2023.

WHAT WE DO: Explaining. **International Chamber of Shipping**. Disponível em: <https://www.ics-shipping.org/>. Acesso em: 29 de julho de 2023.

DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS GARANTIDORES DO MÍNIMO EXISTENCIAL A PARTIR DA TEORIA SISTÊMICA

ALEXANDRE PERIN DA PAZ:

Defensor Público do Estado de Minas Gerais. Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura (2010). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2005).³¹

RESUMO: Sob o olhar da teoria sistêmica luhmanniana, o artigo aborda os direitos sociais prestacionais garantidores do mínimo existencial. Para a literatura jurídica predominante tais normas possuem baixa densidade eficaz, sendo, portanto, meramente programáticas e direcionadoras de compromissos futuros e não vinculativos em relação ao Estado, por dependerem de fatores políticos e de políticas públicas assumidas como "bandeiras" por cada governo eleito e também de questões econômicas e orçamentárias. Ocorre que a adoção dessa premissa vem deturpando a autopoiese do sistema jurídico, gerando crise sistêmica, deteriorando a capacidade de reprodução normativa da Constituição, obstando o processo concretizador dos direitos sociais e corrompendo o plano estrutural das expectativas sociais normativas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais Prestacionais. Mínimo Existencial. Teoria Sistêmica.

ABSTRACT: Under the perspective of the Luhmannian systemic theory, the article addresses the social rights that guarantee the existential minimum. For the predominant legal literature, such norms have low efficacy density, being, therefore, merely programmatic and directing future commitments and not binding on the State, as they depend on political factors and public policies assumed as "flags" by each elected government and also on economic and budgetary issues. It turns out that the adoption of this premise has distorted the autopoiesis of the legal system, generating a systemic crisis, deteriorating the normative reproduction capacity of the Constitution, hindering the process of concretizing social rights and corrupting the structural plan of normative social expectations.

KEY WORDS: Social Rights. Existential Minimum. Social Systems Theory.

1. INTRODUÇÃO

31 E-mail: alexandreperin@yahoo.com.br

Para Luhmann (2016, p. 181-182), a sociedade moderna é hipercomplexa e contingente, e para reduzir essa conjuntura multi-heterogênea ela se estrutura através de diversos sistemas parciais autônomos que se retroalimentam comunicativamente mediante diálogo e observação recíprocos.

Luhmann (2016, p. 173-174) aborda que esses subsistemas estão em uma constante abertura cognitiva voltada para fora de si, e quando uma dada comunicação é selecionada do ambiente ela é trazida para seu interior mediante filtragem realizada por uma codificação binária exclusiva, ocorrendo então o fechamento do sistema, que passa a produzir internamente suas próprias operações e a devolver para o ambiente a comunicação que produziu (autopoiese).

O funcionamento do sistema, portanto, sempre estará diante de um paradoxo, o de estar ao mesmo tempo aberto cognitivamente para o ambiente e fechado em suas próprias estruturas operacionais autorreferenciais (LUHMANN, 2016, p. 178-182).

No caso do sistema do direito (ou jurídico), a sua comunicação com o ambiente social se caracteriza pela diferenciação entre o que é e o que não é direito (LUHMANN, 2016, p. 289). Quando o sistema jurídico seleciona e filtra do ambiente uma comunicação com a qual dialoga, ele se fecha, passando a operá-la através de um código binário próprio - lícito e ilícito -, e a realizar programas que, ao final, produzem comunicações jurídicas (LUHMANN, 2016, p. 295-297).

Logo, o que une o sistema do direito aos demais sistemas sociais é que todos, através de estruturas autopoieticas próprias, buscam reduzir as contingências e complexidades da sociedade, e o que o diferencia é que somente ele é formado por comunicações jurídicas (normas), e são elas que, ao fim, definem a função do direito, que é a de estabilizar as expectativas sociais normativas (LUHMANN, 2016, p. 104-107).

Em última análise, quem resolve o paradoxo do sistema do direito, aplicando os seus programas normativos, são os tribunais, que para Luhmann (2016, p. 245-252) formam o elemento central do sistema jurídico, resolvendo o seu código lícito e ilícito, aplicando as normas dentro do próprio sistema e produzindo, dentro e fora dele, comunicação jurídica.

E é sob essa perspectiva que o artigo aborda o equívoco em se atribuir às normas definidoras de direitos sociais fundamentais eficácia meramente programática, pois o predomínio desse entendimento tem conferido à política primazia sobre o direito no acoplamento estrutural entre ambos, gerando, paradoxalmente, irritações e hipercomplexidade do sistema do direito, quando deveria ser exatamente o contrário, a norma jurídica produzir a redução de complexidade.

Para tanto, tratar-se-á, primeiramente, sobre a história dos direitos sociais. Depois, passar-se-á para a fundamentalidade e a densidade normativa desses direitos. Sequencialmente será abordada a garantia do mínimo existencial e a proibição do retrocesso em contraposição à tese da reserva do financeiramente possível. Em conclusão, serão apresentados, a partir da teoria sistêmica luhmanniana, as razões pelas quais os direitos fundamentais sociais não são meramente compromissórios, pois derivam, como todas as demais normas, da mesma e única fonte: a Constituição Federal.

2.O CONTEXTO HISTÓRICO DOS DIREITOS SOCIAIS

A constitucionalização dos direitos sociais é uma construção histórica, principiada no capitalismo industrial dos séculos XIX e XX e consolidada após as terríveis consequências humanitárias deixadas pelas duas grandes guerras mundiais, que fizeram surgir um novo espaço no constitucionalismo contemporâneo, chamado de neconstitucionalismo (LACERDA, 2014, p. 112), que busca superar o modelo positivista mediante uma nova relação entre direito e moral, de matriz principiológica-axiológica (OLIVEIRA, 2014, p. 39).

Foi o acúmulo de movimentos sociopolíticos inspirados na teoria do Estado de Bem-Estar Social que deu vida aos direitos sociais, produzindo a transformação do modelo liberal-burguês e culminando em documentos e fatos históricos importantes, como a Constituição Mexicana e a Revolução Russa, ambas de 1917, a Constituição da então República de Weimar de 1919, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU de 1966, o Protocolo Adicional à Convenção Americanade Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da OEA de 1988, as Convenções da OIT, dentre outros.

Diferentemente dos direitos fundamentais individuais (de 1ª dimensão), que impõem ao poder público abster-se de interferir na liberdade dos cidadãos, os direitos sociais (de 2ª dimensão) impõem ao Estado um fazer, um agir, um dar, um prestar. É o Estado, através da ordem social e econômica, atuando em prol dos vulneráveis, que passam a ser credores de prestações sociais (SARLET, 1998, p. 48-50), ou, como declara Lafer (1991, p. 127) "são as pessoas com direito a participarem do bem estar social".

Bonavides (1997, p. 518) endossa que os direitos sociais nasceram abraçados ao princípio da igualdade material, estabelecendo uma nova concepção do ser humano sob a perspectiva concreta e socializada. Assim, já que o capitalismo cria falsas necessidades a fim de impedir a satisfação do que é essencial, não pode o mercado, ao invés do Estado, ser o palco de justiça social, como expõe Hesse (1998, p. 176-177):

Para os desempregados, a liberdade de profissão é inútil. Liberdade de aprender e livre escolha dos centros de formação ajudam somente àquele que está financeiramente em condição de terminar a formação desejada e ao qual tais centros de formação estão à disposição. A garantia da propriedade somente tem significado real para proprietários, a liberdade de habitação somente para aqueles que possuem uma habitação. [...]

Desse modo, durante a evolução de um constitucionalismo puramente liberal para um de cunho compromissório, numerosas constituições do mundo moderno passaram a não ser simples repositórios de direitos civis e políticos, passando a também normatizarem direitos sociais, além dos coletivos e difusos, reforçando a multifuncionalidade dos direitos fundamentais e a ideia de supremacia constitucional (BRITO, 2008, p. 72).

No Brasil, foi a Constituição de 1934 que inaugurou a fase do Constitucionalismo Social, dedicando um título exclusivo à ordem econômica e social (Título IV), iniciando assim a era da intervenção estatal no social. Mas foi a Constituição de 1988 que, na concepção de Luño (1996, p. 15), adotou como valor uma “irrenunciável dimensão utópica” e como norte um “projeto emancipatório real e concreto”.

3.A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

O reconhecimento da normatividade dos direitos sociais foi um triunfo da humanidade frente a episódios históricos degradantes. Por essa razão que Sarmiento (2001, p. 168) salienta que conquista ainda muito mais importante é a de “transpor o abismo que separa a norma da realidade social, para assegurar concretamente estes direitos, num mundo em que bilhões de pessoas vivem abaixo da linha da miséria”.

Transpor esse abismo parece, entretanto, tarefa das mais difíceis em dias de “fascismo societal” (SANTOS, 1998, p. 23), pois se de um lado existe a sociedade dos miseráveis, famintos, analfabetos, despossuídos e doentes, que clama por direitos, de outro há a sociedade que os exclui, nega-lhes direitos, os desiguala ou mesmo os extermina, fatores que, para Pessanha, “comprometem a liberdade” (PESSANHA, 2006, p. 308).

Nesse cenário, Fachin (2001, p. 51), refletindo a partir de Pietro Barcellona, faz uma crítica contundente ao modo de vida moderno:

[...] a sociedade moderna, com a organização sistêmica, tornou-se uma sociedade atomizada, em que o individualismo e abstração chegam a seu ápice, produzindo o que chama de “sujeito débil”. A autonomia do sistema levou a liberdade do homem a um nível extremo, uma vez que não é mais obrigado a produzir normas,

construir civilização. Basta-lhe desempenhar seus papéis atribuídos pelo sistema, o que, de um lado, lhe dá enorme liberdade para ocupar-se de si mesmo (e, por isso, a idéia de individualismo extremo, de sociedade atomizada). O sistema, ao reduzir complexidades, reduz possibilidades e restringe liberdade. Assim, o indivíduo é mais livre que nunca para ocupar-se de si mesmo, desde que “se ocupe debilmente”.

O individualismo indeterminado e de massas é, portanto, “herdeiro do individualismo proprietário” (FACHIN, 2001, p. 59), e esse individualismo moderno é baseado na individualidade do consumo, na qual “o homem é um apêndice do objeto, que circula livremente e, por isso, o homem só pode ser identificado mediante o consumo desse objeto” (FACHIN, 2001, p. 59).

Em razão desse egoísmo e desumanização da sociedade consumista, que despessoaliza e obedece a um regime de igualdade e justiça formais, os esquemas tradicionais do Direito não são mais adequados para tutelar a complexidade humana, por isso da necessidade de se enxergar a dignidade como expressão máxima da filosofia do personalismo ético (FACHIN, 2001, p. 52; 264).

O Estado pós-moderno deve, portanto, agregar ao seu agir uma função compensatória, distributiva e antiexcludente, institucionalizando, assim, os direitos sociais. Para tanto, Neves (2011, p. 76-77), a partir da teoria dos sistemas de Luhmann, propõe um Estado de bem-estar com base no princípio sociológico da “inclusão política realizada”, que signifique “a inserção de toda a população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade”.

A necessidade inclusiva do cidadão ao Estado Democrático e Social de Direito faz com que os direitos sociais sejam fundamentais para a dignidade humana. E é no sentido de fundamentalidade que se deve enxergar a importância desses direitos, pois, como adverte Santos (SANTOS, 1998, p. 19), aceitar passivamente um estatuto de “lumpencidadania”, ou de “cidadania de trapos” é, na perspectiva de Fachin (2001, p. 288), se conformar com uma sociedade que desrespeita o direito de proporcionar dignidade a todos indistintamente.

Com esse horizonte, a Carta de 1988, que estrutura o modelo de Estado Social a partir dos artigos 1º, 3º e 170, ao garantir direitos sociais em diversos artigos, não deve ser vista como mero pedaço de papel ou instrumento de manipulação, pois, como expõe Fachin (2001, p. 289), a Constituição “nascera com tanta vitalidade e esperança que não pode ser resignação eterna”, pois “se não houver respeito à pessoa humana, não haverá justiça. Haverá escuridão”.

4.OS DIREITOS SOCIAIS DE PRESTAÇÃO

Inspirado em Jellinek, Sarlet (1998, p. 154-155) analisa os direitos sociais a partir de dimensões: uma de direitos de defesa (*status negativus*) e outra de direitos prestacionais (*status positivus*). Veja o exemplo do direito à saúde: será direito negativo (direito de defesa) quando se cuida de afastar eventuais condutas que venham a violar a saúde das pessoas, mas será direito a prestações (direito positivo) quando se estiver a considerar o direito de acesso aos serviços e bens na área da saúde (SARLET, 2009/2010, p. 22).

Direitos sociais de prestação são, portanto, aqueles que enunciam como dever de Estado a garantia de acesso universal aos direitos à educação básica, cultura, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência, proteção à maternidade, à infância, ao idoso e ao deficiente, assistência aos desamparados, acesso à Justiça etc, basicamente o artigo 6º da Constituição de 1988.

Parte desses direitos já foi objeto de concretização pelo legislador, como por exemplo previdência social, seguro-desemprego, salário-mínimo, bolsa-família, pró-uni, uso especial de imóvel para fins de moradia, assistência judiciária gratuita aos necessitados, dentre outros. Entretanto, o Estado brasileiro não os garante de forma satisfatória, haja vista que não proporciona à imensa maioria de seu povo aposentadoria e salário mínimo em valores aptos a suprirem as necessidades mínimas para uma existência digna.

Por muito tempo o direito brasileiro se baseou na ideia de igualdade formal, não pautada na vida real das pessoas. Por isso da necessidade de se alcançar uma verdadeira igualdade material, sendo dever do Estado implementar políticas públicas para isso alcançar, pois há, no Brasil, uma massa de excluídos, de pessoas sem sonhos, e isso não pode ser visto como algo natural. Ao Estado cumpre eliminar desigualdades e não incentivá-las ou criá-las.

Vive-se, no Brasil, um verdadeiro contrassenso, havendo um Estado mínimo para quem mais precisa e máximo para a elite econômica. Para tanto, basta verificar quanto se liberou de recursos para o auxílio-emergencial e quanto foi destinado aos bancos durante a Covid-19. Para aproximadamente 70 milhões sem renda destinou-se R\$ 275 bilhões (ALVES, 2020), e para cerca de 6 bancos (ESPERANDIO, 2020), que obtiveram mais de 80 bilhões de lucros apenas em 2019 (G1, 2020), um ano antes da declaração de situação pandêmica pela OMS, entregou-se 1,2 trilhões de reais (CORREIO BRASILIENSE, 2020).

Nesse cenário, como é possível defender a chamada "teoria da meritocracia", se as oportunidades não são iguais? Por isso da necessidade das ações afirmativas e das prestações estatais positivas que visam fortalecer a igualdade material, porque o contrário significa esfacelar os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88), que são vinculantes em relação ao Estado e à própria sociedade. Nas acertadas palavras de Eros

Grau (ADI 1950/SP, p. 6), cabe ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício dos direitos sociais prestacionais.

5. EFICÁCIA DOS DIREITOS PRESTACIONAIS

Sob a perspectiva sistêmica, a Constituição é um acoplamento estrutural entre direito e política (NEVES, 2011, p. 64-67). Por sua vez, as normas programáticas são comunicações jurídicas emanadas da Constituição que além da conexão entre direito e política apresentam um plus, que é o acoplamento com a economia. E é a partir desse amálgama entre direito, política e economia que no entorno dos direitos sociais trava-se um debate acerca do alcance de sua eficácia.

Para Reis (2003, p. 21), a inserção dos direitos sociais prestacionais na Constituição como normas programáticas criou uma “classe de normas constitucionais que tiveram negada sua natureza jurídica de maneira mais contundente”.

A literatura jurídica predominante defende que os direitos sociais carecem de uma *interpositio legislatoris* por ser difícil precisar o conteúdo e o alcance da prestação que constitui o seu objeto, possibilitando uma pluralidade de meios para que o poder público possa garanti-los (SARLET, 1998, p. 281). Contudo, vozes críticas consideram tais direitos como autênticos direitos fundamentais, e por isso imediatamente aplicáveis, nos termos do art. 5.º, § 1º, da CF-88.

A exemplo das demais normas constitucionais, os direitos sociais prestacionais sempre estarão aptos a gerarem um mínimo de efeitos jurídicos, ainda que em menor grau ou densidade normativa. Nessa linha, a corrente crítica busca fundamentos teóricos para superar o caráter incompleto das normas definidoras de direitos sociais, e o principal deles é reconhecer que tais direitos vinculam os órgãos estatais, de tal sorte que, nas palavras de Silva (2008, p. 160):

[...] o Poder Legislativo não pode emanar leis contra estes direitos e, por outro lado, está vinculado à adoção das medidas necessárias à sua concretização; ao Poder Judiciário está vedado, seja através de elementos processuais, seja nas próprias decisões judiciais, prejudicar a consistência de tais direitos; e ao poder executivo impõe-se, tal como ao legislativo, atuar de forma a proteger e impulsionar a realização concreta dos mesmos direitos.

Referida vinculação estatal consta, inclusive, do art. 2º, § 1º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, vigente internamente no Brasil desde 1992:

Artigo 2.º [...] 1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.

Carbonell (2008, p. 255-256), em artigo intitulado *Eficácia de La Constitución y Derechos Sociales: Elementos para Una Teoría Compleja*, assegura que há pelo menos quatro fatores de vulnerabilidade que devem gerar respostas jurídicas contundentes: o desemprego, a crise na família, o fator sexo e a imigração:

a) El desempleo, que ha producido el surgimiento de políticas económicas de pleno empleo, seguros contra el desempleo, redes de asistencia social e incluso de pensiones desligadas del carácter de trabajador que pueda o no tener el beneficiario, etcétera; b) La crisis de la familia; el modelo actual de familia presenta muchas diferencias con respecto al modelo anterior; su nueva organización requiere de formas de auxilio externo, que permitan que se haga frente a los riesgos sociales colectivamente, sobre todo en el caso de familias monoparentales (un adulto viviendo con menores de edad), familias de ancianos, familias que tienen a su cargo personas con discapacidad, etcétera; c) el factor del sexo, que ha generado procesos de 'feminización de la pobreza', que afecta principalmente a madres solteras, madres con familia numerosa y bajos ingresos y a ancianas que viven solas; y d) la inmigración; en la actualidad, son los inmigrantes uno de los eslabones más débiles de las sociedades desarrolladas, pues en ellos se presentan, acentuadas, varias de las anteriores características: desempleo, desintegración familiar, exceso de cargas para la mujer, escasa preparación para el trabajo, dificultades de integración social, etcétera.

Sem esquecer outros fatores de vulnerabilidade, Carbonell (2008, p. 278-279) ressalta ser papel do Estado comprometer-se com a eficácia e efetividade de todos os direitos sociais, listando quais são as obrigações estatais necessárias para se atingir tal objetivo:

Tutelar los derechos sin discriminación; b) Tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio; c) Demostrar que las medidas tomadas son las más apropiadas para alcanzarlos objetivos del Pacto; d) Establecer vías judiciales para llevar

ante los tribunales las posibles violaciones a los derechos señalados; e) Lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, entendiendo por progresividad la obligación de hacerlo de manera inmediata y continua; f) No dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados, puesto que está prohibida o severamente restringida la regresividad; g) Destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir con los derechos sociales fundamentales; h) Acreditar que en efecto se ha destinado el máximo de recursos disponibles. i) En periodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad; y j) Asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en periodos de crisis o de ajustes estructurales.

Por tudo isso que a efetivação dos direitos sociais é um propósito constitucional, cabendo ao intérprete da Constituição afastar o ideário de um constitucionalismo simbólico, dilatatório ou de compromissos não-autênticos (NEVES, 2011, p. 41-47)

6.A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Em tempos de ultraneoliberalismo e de naturalização de discursos de ódio ecoados por vozes autoritárias, é sempre necessário, antes de tudo, bradar a plenos pulmões que a dignidade humana é o valor máximo do Estado Democrático de Direito, encontrando no mínimo existencial o conteúdo social do princípio isonômico (LOPES, 2013, p. 66). Nesse sentido, Häberle (2005, p. 120) aponta:

A dignidade humana constitui a “base” do Estado constitucional como tipo, expressando as suas premissas antropológico-culturais. Os poderes Constituintes, “de mãos dadas”, com a jurisprudência e a ciência, e mediante uma atuação também criativa, desenvolveram e construíram estes fundamentos. Acompanhar e seguir as fases do crescimento cultural e, com isso, também as dimensões da dignidade humana em permanente processo de evolução, é tarefa de todos: o Poder Constituinte até o cidadão, resultando no direito do cidadão à democracia.

A literatura jurídica alemã repercute que a garantia de condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações (SARLET, 1998, p. 293)

Scholler (1980, p. 672) defende que a dignidade apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade.”

Nesse mesmo contexto, Sarlet (1998, p. 318-319) expõe:

[...] ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida (daí, por exemplo, a proibição da pena de morte), mas também (...) a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental, ou não). Não nos parece absurda a observação de que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para a manutenção de sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui condições de prover seu sustento) pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico etc. Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.

Estabelecida a premissa segundo a qual as prestações sociais mínimas são direitos fundamentais, pergunta-se: e qual seria então esse mínimo? Em resposta: o mínimo existencial deve compreender renda básica, saúde, alimentação, moradia, educação pré-escolar e fundamental, água e luz subsidiadas aos vulneráveis, acesso gratuito dos hipossuficientes à Justiça, de um modo geral, o art. 6º da CF-88.

Barcellos assenta que o mínimo existencial configura o núcleo irreduzível da dignidade humana, sendo composto por quatro elementos: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.(BARCELLOS, 2002, p. 258)

Ferreira (2008, p. 30-34) aponta a clássica obra *Teoria das Necessidades Humanas*, de Doyal e Gogh, como importante catálogo daquilo que deve ser garantido a todos, universalmente, enquanto direitos sociais, sob a perspectiva das necessidades humanas básicas:

Alimentação nutritiva e água potável; b) Habitação adequada; c) Ambiente de trabalho desprovido de riscos; d) Ambiente físico saudável (meio ambiente ecologicamente sadio); e) Cuidados com a Saúde; f) A proteção à infância; g) Segurança econômica, planejamento de condições materiais de vida, mediante normas

duradouras e estáveis; h) Segurança física (proibição de tortura); i) Relações primárias significativas – não segregar indivíduos, não limitar suas relações com parentes, amigos e sociedade em geral; j) Educação Apropriada; k) Segurança no planejamento familiar, na gestão e no parto.

Todos direitos sociais acima mencionados estão inscritos na Constituição brasileira - arts. 3.º, III, 5º, III, 6º, 7º, 196, 200, IV e VI, 203, 205, 206, 208, 210, 225, 226, § 7º, 227 e 229 -, devendo ser acrescentados a esse catálogo seguridade social e o acesso dos vulneráveis à Justiça, na linha do que traça Barcellos (2002, p. 258).

Sarlet (1998, p. 316) defende ser inverídico o argumento comum segundo o qual em tempos de crise econômica até mesmo a garantia de direitos sociais mínimos poderia colocar em risco a estabilidade capitalista. Nessa linha, Alexy (1990, p. 467) apregoa que é exatamente “em tais circunstâncias que uma proteção de posições jurídicas fundamentais na esfera social, por menor que seja, se revela indispensável”.

Sobre o dever estatal de garantir um mínimo de proteção social, a jurisprudência do STF já assentou a indispensabilidade desse direito constitucional, como observado na Reclamação Constitucional 4.374:

[...] a miséria constatada pelo juiz é incompatível com a dignidade da pessoa humana, princípio garantido no art. 1º, inc. III, da Constituição da República; e a política definida a ignorar a miserabilidade de brasileiros é incompatível com os princípios postos no art. 3º e seus incisos da Constituição; e a negativa do Poder Judiciário em reconhecer, no caso concreto, a situação comprovada e as alternativas que a Constituição oferece para não deixar morrer à mingua algum brasileiro é incompatível com a garantia da jurisdição, a todos assegurada como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República).

7.A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

O princípio da proibição do retrocesso não está expresso na Constituição, ele decorre de uma interpretação finalística do sistema constitucional, segundo a qual uma lei, ao instituir um direito social previsto na Constituição o incorpora definitivamente ao patrimônio jurídico da cidadania e, por isso, não pode mais ser arbitrariamente suprimido (SARLET, 2008, p. 22)

Sobre as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais prestacionais, Canotilho e Moreira (1991, p. 131) sugerem que elas implicam uma proibição de retrocesso, já que, para os autores, “uma vez dada satisfação ao direito, este se transforma, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele”.

Nessa perspectiva, na medida em que se concretiza determinado direito social prestacional ele acaba por transformar-se em direito de defesa. Em razão disso, uma lei posterior não poderá cessá-lo, ao revés, deverá manter os graus mínimos de segurança social alcançados, evitando-se retrocesso ou abolição a um direito fundamental.

O que se veda, portanto, é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. O legislador infraconstitucional, que deu concretude ou tornou viável o exercício de um direito constitucional que dependia de sua intermediação, poderá até produzir a alteração do ato legislativo, desde que dentro dos limites constitucionalmente admitidos, mas não poderá simplesmente extingui-lo ou revogá-lo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior (BARROSO, 2003, p. 158-159)

Um bom exemplo do princípio da proibição do retrocesso social é o Programa “Bolsa Família” (durante parte do governo de Jair Bolsonaro mudou o nome para “Auxílio Brasil”), pois uma eventual extinção dessa política pública de transferência de renda somente pode se dar se for criada outra política social compensatória, de igual ou superior valor e alcance, sob pena de ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a menos que se elimine de vez a miséria no Brasil, a ponto de ninguém mais precisar de programas dessa espécie, o que não parece estar no horizonte, lamentavelmente.

E é nesse ambiente que cada vez mais se admite a existência do princípio da vedação do retrocesso em direitos fundamentais, tema que, para Sarlet (2007, p. 10), embora ainda não esteja suficientemente difundido, “tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado Democrático de Direito”

8.A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL

Embora este artigo se alinhe à corrente concretista segundo a qual os direitos sociais prestacionais são dotados de exigibilidade imediata pelo Poder Judiciário - ao menos no tocante à garantia do mínimo existencial -, não se pode, por outro lado, fechar os olhos para o conteúdo marcadamente econômico que envolve tais direitos.

Sarlet (1998, p. 318) assim desenvolve o referido paradoxo:

Se, por um lado, pode afirmar-se que eventual abertura e indeterminação do enunciado normativo não constituem, por si só, argumento suficiente para sustentar a dependência dos direitos sociais prestacionais de interposição legislativa, já que mesmo na esfera dos direitos de defesa e até das normas organizacionais tal circunstância não impede, de regra, sua imediata aplicabilidade e eficácia, da mesma forma, é preciso reconhecer que, mesmo no caso de uma suficiente determinação do conteúdo da prestação ao nível da Constituição, isto não resultaria na neutralização da barreira fática da reserva do possível, pois, mesmo sabido exatamente o que buscar pode disto não dispor o destinatário.

Mitigar esse antagonismo passa pela adoção de prioridades e por conscientização política. Priorizar no sentido de aplicar o orçamento em seu máximo com a garantia de existência física e moral do indivíduo, como saúde e educação, pois a dignidade deve ser o fundamento central do dever estatal de arrecadar. Já a conscientização política significa utilizar o dinheiro público de maneira eficiente.

Como aborda Lopes (2013, p. 79) “não pode ser a existência de recursos alocados um condicionante dos direitos fundamentais sociais; ao revés, são os direitos fundamentais sociais que devem condicionar a alocação dos recursos existentes”.

Não parece aceitável, por exemplo, despender gastos com shows, propagandas, eventos, reformas estéticas em imóveis públicos, lanches para políticos, autoridades e servidores dos três poderes, auxílios, diárias, etc, enquanto não forem totalmente realizadas as necessidades humanas mínimas dos economicamente pobres.

Quem mais recolhe tributo no Brasil é a base da pirâmide social, ou seja, aquelas pessoas que recebem até três salários mínimos, contribuindo com cerca de 53% de toda a arrecadação tributária do país (FARIAS, 2014). Ainda assim, ao invés de transferir recursos para quem realmente mais necessita, transfere-se o dinheiro recolhido por esses para quem menos precisa, o topo da pirâmide, e isso é um exemplo de Estado Antissocial e não do Estado Social abrigado pela Carta de 1988.

Nessa conjuntura, será que é mais importante, para quem mais contribui, que o Estado implemente teto de gastos ou reformas fiscais a fim de obter superávit primário e assim agradar o “mercado”, ou que ele gaste com a garantia dos direitos sociais fundamentais em benefício da maioria? A segunda opção parece óbvia.

Para Amaral (2001, p. 184) dizer que se gasta muito recurso público e se obtém pouco “é uma maneira mais gentil de dizer que milhares, talvez milhões de pessoas são privadas de serviços básicos não por carência de recursos, mas por má alocação”.

Direto ao ponto, Sarlet (2009/2010, p. 43) expressa:

Em verdade, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação democrática e responsável a respeito de sua destinação, especialmente de forma a que sejam atendidas satisfatoriamente todas as rubricas do orçamento público, destacando-se aquelas que dizem com a realização dos direitos fundamentais e da própria justiça social. Na mesma proporção, deverá crescer o índice de sensibilidade por parte daqueles aos quais foi delegada a difícil missão de zelar pelo cumprimento da Constituição, de tal sorte que – em se tratando do reconhecimento de um direito subjetivo a determinada prestação social – assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade, que servirá de parâmetro no indispensável processo de ponderação de bens que se impõe quando da decisão acerca da concessão, ou não, de um direito subjetivo individual ou mesmo da declaração de inconstitucionalidade de uma medida restritiva dos direitos sociais.

Para negar imediata exigibilidade aos direitos sociais, a corrente não concretista busca compará-los aos direitos individuais, sustentando que os gastos com esses direitos são baixos por não exigirem um agir positivo estatal, como ocorre com os direitos sociais. Mas tal visão é equivocada, já que os direitos liberais também consomem vultosos recursos públicos, como por exemplo a realização de eleições, a manutenção das corporações policiais e do próprio Poder Judiciário (BARROSO, 2008, p. 224).

Ainda na linha da definição de prioridades, Galdino (2006, p. 325) salienta:

O que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo “direito”. A compreensão dos custos como meios de promoção dos direitos, e a observação empírica de que tais meios são insuficientes para atender a todas as demandas, leva necessariamente à conclusão de que não é propriamente a ‘exaustão da capacidade orçamentária’ que impede a realização de um determinado direito. O argumento da ‘exaustão orçamentária’ presta-se unicamente a encobrir as trágicas escolhas que deixaram de fora do universo do possível a tutela de um determinado ‘direito’.

A reserva do possível adquire importância prática quando as reivindicações por direitos sociais batem às portas do Judiciário, pois é partir daí que se observa o desvirtuamento do debate pelo Poder Executivo, cuja tese central de defesa é sempre a ausência de recursos. Mas não basta a mera alegação de insuficiência orçamentária, é preciso comprová-la concretamente, e esse ônus é exclusivamente do poder público, como decidido mocraticamente pelo Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45 MC/DF, ainda em curso:

[...] Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. [...] Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

É inegável que a reserva do possível é um argumento plausível, mas, apesar disso, não pode ser subterfúgio para negar continuamente direitos sociais fundamentais. Entre a reserva do possível e a implementação de direitos fundamentais esses últimos devem sempre prevalecer, pois, como aponta Vieira (2019, p. 145), ao reconhecer a “Constituição como a ordem jurídica de valores que justifica a existência do Estado, automaticamente exige-se dele a realização desses valores”.

9. NORMAS PROGRAMÁTICAS E GERAÇÃO DE COMPLEXIDADE

Sob a perspectiva da teoria dos sistemas sociais de Luhmann, a Constituição forma um acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política. Há entre esses sistemas acoplados estruturalmente, uma relação paradoxal de independência e dependência, e de complementaridade e tensão, cenário que, ao mesmo tempo, de forma alguma significa subordinação de um sistema pelo outro (NEVES, 2009, p. 35).

Nas democracias, todo processo constituinte originário conta com o acoplamento estrutural entre a decisão política e a normatividade jurídica. Para Neves (2009, p. 62) a Constituição fecha o sistema jurídico e o povo fecha o sistema político, autolegitimando-os. Constituição é norma e política é decisão.

Antes da norma jurídica ser produzida pelo sistema autopoietico do direito, ela foi, primeiro, comunicação resultante da aplicação do código binário do sistema político: governo e oposição (LUHMANN, 2016, p. 322-344).

A norma jurídica é, portanto, a operação resultante das engrenagens funcionais do sistema do direito, que, precedida das operações embrionárias do sistema político, visa reduzir a complexidade das comunicações sociais que circulam pelo ambiente, gerando, com isso, a generalização e a estabilização das expectativas normativas da sociedade, função que é própria do sistema do direito.

Agora, o que fazer quando há risco a essa estabilização, ou seja, quando a conduta social de conformidade dessas expectativas normativas não pode ser alcançada porque o sistema do direito não consegue fazê-lo por si próprio, como ocorre com as normas ditas programáticas?

Os defensores da inexigibilidade imediata dos direitos sociais prestacionais respondem a essa questão sustentando que o acoplamento estrutural da norma programática é diferenciado, pois ainda que seja norma jurídica oriunda da mesma fonte das demais espécies de normas - a Constituição -, paradoxalmente o sistema do direito reabre-se para a uma outra decisão não jurídica, advinda do sistema da política.

Sob essa errática perspectiva, a norma programática, ao admitir uma reabertura para que a comunicação jurídica não seja mais essencialmente jurídica e sim política, ao

invés de reduzir, paradoxalmente aumenta a complexidade sistêmica. Por isso que, do ponto de vista sistêmico de Luhmann (2016, p. 122), “o direito não pode enunciar de forma duradoura: você tem direito, mas infelizmente não o podemos ajudar”, pois é “preciso que sejam oferecidos ao menos substitutos para o cumprimento do exigido (multas, indenizações etc.) e que haja a capacidade de imposição desses sucedâneos” (LUHMANN, 2016, p. 122).

Como se nota, não pode um sistema emitir comunicação baseada em um código diverso do seu, sob pena de quebra de unidade sistêmica. Logo, se o Executivo se omite no seu dever de afirmar concretamente determinada norma garantidora do mínimo existencial, é papel constitucional do Judiciário afirmá-la em substituição, seja através de ações individuais seja por meio de ações coletivas, tais como o mandado de injunção coletivo, a ação direta de constitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação civil pública.

E assim o é, segundo Lima (2011, p. 8), porque embora o sistema jurídico tenha partido do sistema político para criar a norma, o ato de aplicá-la e interpretá-la depende dos tribunais, com base em novas escolhas. Se a Constituição, gerada a partir desse acoplamento estrutural, tem por função impor limites à política, o seu uso simbólico (NEVES, 2009, p. 81-82), negando efetividade aos direitos sociais fundamentais, gera mutação de funções, com a política limitando o sistema do direito (a Constituição), quando deveria ser exatamente o oposto (LUHMANN, 2016, p. 378-380)

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Predomina o entendimento segundo o qual os direitos sociais prestacionais não podem ser efetivados através de ordem judicial, por faltar aos juízes legitimidade política para garantir a adjudicação de prestações sociais, ainda que mínimas, na medida em que essas, por serem normas programáticas, dependem de condições políticas e macroeconômicas (corrente não concretista).

Ainda que se reconheça a importância das questões políticas e econômicas a envolverem a temática, a visão majoritária não parece acertada, ao menos no âmbito de países periféricos que tanto têm por avançar em termos de justiça social, como é o caso do Brasil, que tem como postulado constitucional a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, sem exceção, como preconiza o art. 5.º, §1º, da CF/88.

É certo que tal debate se acirra ao se constatar que a efetivação dos direitos sociais é economicamente vultoso e politicamente mais complexo que a concretização dos demais direitos. Todavia, a complexidade em torno da concretude da norma não pode ser pretexto para simplesmente negar ou prostrar indiscriminadamente no tempo direitos fundamentais

que substanciam a própria dignidade humana, como reconhece a Constituição da República.

Nessa linha, as prestações estatais positivas, por serem verdadeiros direitos públicos subjetivos, que independem ou vão além da atuação do legislador infraconstitucional, devem ser efetivadas pela via judicial quando há omissão dos demais poderes, pois o Poder Judiciário, quando chamado, não pode fugir ao seu dever constitucional de não frustrar as aspirações do poder constituinte originário, externalizadas através do texto normativo da Constituição.

Com razão Mello (2009, p. 51) e Leonetti (1999, p. 114) ao preconizarem que “quem diz a verdade jurídica não é o legislativo, nem o executivo, mas o judiciário, e como disposições constitucionais são normas, o judiciário é o titular do poder de dizer sobre elas”.

Certamente a teoria concretista não deve ficar imune a limites, de tal sorte que os direitos subjetivos prestacionais devem ser efetivados diretamente pelo Judiciário apenas e tão somente quando o Executivo descumprir de tal maneira a sua função a ponto de colocar seriamente em risco a igualdade material, negando-se ou omitindo-se na garantia de distribuir condições mínimas de dignidade para todos.

Há, portanto, como defendido por Canotilho (1982, p. 363), uma mutação plástica operada nas relações entre a lei e os direitos fundamentais, e hoje não se fala mais em direitos fundamentais na medida da lei, e sim em leis na medida dos direitos fundamentais, com esses justificando a existência, a validade e a eficácia daquelas (SARLET, 1998, p. 324)

Com efeito, é possível, com base em uma norma proclamatória de direito social fundamental, reconhecer-se ao particular ou à coletividade, no caso das ações coletivas difusas ou concentradas, um direito subjetivo, facultando o direito de exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material, como educação pré-escolar e fundamental, saúde, comida, assistência social, acesso à Justiça etc.

Logo, decisão judicial que obriga o Poder Público a entregar dado direito social prestacional é juridicamente possível por encontrar pleno lastro constitucional, até porque o Judiciário só se manifesta se chamado, não se imiscuindo em outros poderes de ofício, cumprindo a ele, quando provocado, fazer com que os outros poderes cumpram suas funções e competências constitucionais.

Nesse cenário, aquilo que antes era mera promessa ou discurso vazio, passa a ter conteúdo jurídico. Aquele que passa necessidade não precisa mais beijar a mão de político

para ter direitos, pode ir ao Poder Judiciário e exigi-los, dentro de um contexto de democracia substancial e participativa.

Por outro lado, isso também não pode dar ao Judiciário um superpoder, a prejudicar o que foi conquistado até aqui por nossa jovem democracia, é preciso observar se, ao garantir Justiça no caso concreto, não se está gerando injustiça. Seguindo o pensamento aristotélico, a virtude está no meio, e o “meio”, no campo dos direitos sociais fundamentais, deve estar sempre na garantia do mínimo existencial.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA, República Federal da. DIE VERFASSUNG DES DEUTSCHEN REICHES DE 1919 (“WEIMARER REICHsverfassung”). Tradução: “A Constituição do Império Alemão (“Constituição Imperial de Weimar”). Schwarzburg, 11 de Agosto, 1919. Disponível em <https://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm>. Acesso em: 25 jan. 2023.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2ª ed., Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1994.

ALVES, Gláucia. TERRA (PORTAL). Veja quanto o governo já pagou no auxílio emergencial e QUAIS foram os beneficiados. 16 dezembro 2020. Disponível em: <https://fdr.com.br/2020/12/16/veja-quanto-o-governo-ja-pagou-no-auxilio-emergencial-e-quais-foram-os-beneficiados/>. Acesso em: 28 ago. 2021.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SALOMÃO LEITE, George (Coord.); SALOMÃO LEITE, Glauco (Coord.). *Constituição e efetividade constitucional*. Bahia: Editora Podvim, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

BRASIL, República Federativa do. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, DE 16 DE JULHO DE 1934*. Brasília, DF, 5 de Outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 6. Jul. 2022.

_____. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 5 DE OUTUBRO DE 1988*. Brasília, DF, 5 de Outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional nº 4.374 (Rcl. 4.374/PE). Relator: Ministro Gilmar Mendes. Abril, 2013.. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur240579/false>. Acesso em: 25 jun. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.950 (ADI 1.950/SP). Relator: Ministro Eros Grau. Fevereiro, 2006. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=1950&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 25 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (ADPF 45 MC/DF). Relator: Ministro Celso de Mello. Abril, 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 24 julho 2021.

BRITO, Edvaldo. A Constituição de 1988 e as Normas Programáticas. In: SALOMÃO LEITE, George (Coord.); SALOMÃO LEITE, Glauco (Coord.). Constituição e efetividade constitucional. Bahia: Editora Podvim, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

_____.; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARBONELL, Miguel. Eficacia de La Constitución y Derechos Sociales: elementos para una teoría compleja. In: SALOMÃO LEITE, George (Coord.); SALOMÃO LEITE, Glauco (Coord.). Constituição e efetividade constitucional. Bahia: Editora Podvim, 2008.

CORREIO BRASILIENSE (PORTAL). Pacote anunciado pelo governo deve liberar R\$ 1,2 trilhão aos bancos: Medidas têm o objetivo de evitar falta de recursos e facilitar concessão de crédito. Volume é quase 10 vezes maior que o movimentado na crise de 2008. Presidente do BC diz que há risco de quebra de instituições. 24 março 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/03/24/internas_economia,836224/pacote-anunciado-pelo-governo-deve-liberar-r-1-2-trilhao-aos-bancos.shtml. Acesso em: 28 ago. 2021.

ESPERANDIO, César. UOL (PORTAL). Somos 200 milhões de brasileiros na mão de 6 bancos? 15 maio 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/colunas/econoweb/2020/05/15/maiores-bancosbrasileiros.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Leone. DIÁRIO DO GRANDE ABC. Quem menos paga mais impostos. 14 agosto 2014. Disponível em: <https://www.nfedobrasil.com.br/2014/08/quem-ganha-menos-paga-mais-impostos/>. Acesso em: 21 jul. 2021.

FERREIRA, Maria Cristina Fernandes. Necessidades Humanas, Direito à Saúde e Sistema Penal. 2008. Dissertação (Mestrado em Política Social) - Departamento de Serviço Social da Universidade de Brasília (UNB). Brasília: 2008. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/2374/1/2008_MariaCristinaFFerreira.pdf. Acesso em: 12 dez. 2022.

G1 (PORTAL). Lucro dos maiores bancos do Brasil cresce 18% em 2019 e soma R\$ 81,5 bilhões: Maior lucro entre os 4 grandes bancos com ações na bolsa foi o do Itaú, que registrou ganhos de R\$ 26,583 bilhões. 13 fevereiro 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/02/13/lucro-dos-maiores-bancos-do-brasil-cresce-18percent-em-2019-e-soma-r-815-bilhoes.ghtml>. Acesso em: 28 ago. 2021.

GALDINO, Flávio. Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HÄBERLE, Peter. A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. v. 01.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998,

LACERDA, Andrey Felipe. O Diálogo entre Cortes na Proteção Regional dos Direitos Humanos: caso Gomes Lunde e ADPF 153. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 64, pp. 105 - 131, jan./jun. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/55359/Downloads/1602-Texto%20do%20Artigo-3065-1-10-20141223.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2022.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1991.

LEONETTI, Carlos Araújo. Natureza Vinculante das Normas Constitucionais Programáticas. Revista de direito administrativo & constitucional, Ano 1, N.º 2, 1999, Curitiba, Paraná.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. Racionalidade dos Direitos Sociais sob a Óptica da Constituição como Acoplamento Estrutural entre os Sistemas Jurídico e Político. Revista de Direito Público, v. 8, n. 35, 2011.

LOPES, Davi Nogueira. Direitos Sociais a uma Prestação a Exigibilidade em Função da Proporcionalidade. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas - Volume: 29.1 (2013), Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/revista-da-faculdade-de-direito-do-sul-de-minas/artigo/?artigo=100&volume=>. Acesso em: 10 ago. 2021.

LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

MÉXICO. Estados Unidos Mexicanos. CONSTITUCION DE MEXICO DE 1917. Tradução: Constituição do México de 1917. Querétaro, 17 de Fevereiro de 1917. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20110723210409/http://constitucion.rediris.es/principal/constitucion-es-mexico1917.htm>. Acesso em: 25 jan. 2023.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3ª ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora WMF-Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa. Jurisdição Constitucional em Perspectiva: Judicialização, Ativismo Judicial e Diálogo no Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais. 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pacto-internacional-dos-direitosecon%C3%B4micos-sociais-e-culturais>. Acesso em: 3 mai. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador). 17 de novembro de 1988. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 2 mai. 2022.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos Humanos y Constitucionalismo en la Actualidad. In:_(Org.). Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio. Madrid: Marcial Pons, 1996.

PESSANHA, Érica. A Efetividade dos Direitos Sociais Prestacionais. Revista da faculdade de direito de Campos, Ano VII, N.º 8 - Junho de 2006, Campos, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16012801.pdf>. Acesso em 12 set. 2021.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Boaventura Souza. Reinventar a Democracia: entre o Pré-Contratualismo e o Pós-Contratualismo. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 1998.

_____. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado nº 20, dezembro/janeiro/fevereiro 2009/2010, Salvador, Bahia. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=413>. Acesso em: 23 jul. 2021.

_____. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado nº 15, setembro/outubro/novembro 2008, Salvador, Bahia. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=319>. Acesso em: 20 jul. 2021.

_____. Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado nº 11, setembro/outubro/novembro 2007, Salvador, Bahia, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/revistas.asp>. Acesso em: 5 jul. 2010.

SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais e Globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. Revista de direito administrativo, N.º 223 – Janeiro/Fevereiro/Março de 2001, São Paulo SP.

SCHOLLER, Heinrich. "Die Störung des Urlaubsgenusses eines 'empfindsamen Menschen' durch einen Behinderten", in: JZ 1980, p. 672 e ss.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

VIEIRA, Luciano Pereira. Vinculatividade objetiva dos direitos sociais prestacionais: da teoria da integração à pretensão metaindividual a políticas públicas. Revista de Informação Legislativa: Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 145-166, out./dez. 2019, p. 17. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p145. Acesso em: 16 jul. 2021.

ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA NO REGISTRO IMOBILIÁRIO: AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 14.382/2022.

DANILO BEZERRA DE CASTRO:

Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Palmas, pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Católica de Palmas, pós-graduando em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Iguazu, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília ³²

RESUMO: O tema do presente artigo é a Adjudicação Compulsória trazido como inovação pela Lei 14.382/2022, que versa sobre os Registros Públicos Eletrônicos e que alterou sensivelmente a Lei 6.015/1973. O novo regramento inovou e possibilitou que credores de promessa de compra e venda, uma vez preenchidos diversos requisitos, possam realizar a adjudicação compulsória extrajudicial e não contenciosa diretamente no Cartório de Registro de Imóveis. Assim, a pesquisa se justifica por sua contemporaneidade, bem como se propõe a contribuir para uma melhor compreensão do novo procedimento que ainda padece de regulamentação perante às Corregedorias de Justiça dos Tribunais de Justiça em diversos estados da federação, bem como expor o regramento trazido pelo Provimento 150/2023 do Conselho Nacional de Justiça. Tem como objetivo explicar os conceitos e requisitos inseridos por meio do Art. 216-B, da Lei 6015/1973, bem como indicar o caminho prático para a correta aplicação do instituto. O resultado é que a Lei 14.382/22 trouxe uma possibilidade de satisfação do direito do promitente comprador, cuja a obrigação tenha totalmente adimplido, de compelir o registro imobiliário quando há algum impedimento para a assinatura do alienante a ser resolvido de forma procedimento administrativo. Conclui-se, pela pesquisa, que a adjudicação compulsória chega para promover a aplicação do direito material, sendo alternativa para a desjudicialização, prevenção de litígios e salvaguarda ao direito do promitente comprador de boa fé.

Palavras-chave: Adjudicação compulsória; Promessa de Compra e Venda; Registro Imobiliário; Desjudicialização; Serviços extrajudiciais.

ABSTRACT: The theme of this article is Compulsory Adjudication brought as an innovation by Law 14.382/2022, which deals with Electronic Public Records and which significantly changed Law 6.015/1973. The new rule innovated and made it possible for creditors of promise of purchase and sale, once several requirements were met, to carry out the extrajudicial and non-contentious compulsory adjudication directly at the Property Registry

³² E-mail: danilobezerracastro@hotmail.com

Office. Thus, the research is justified by its contemporaneity, as well as it proposes to contribute to a better understanding of the new procedure that still suffers from regulation before the Justice Inspectorates of the Courts of Justice in several states of the federation, as well as exposing the rule brought by the Provision 150/2023 of the National Council of Justice. It aims to explain the concepts and requirements inserted through Art. 216-B, of Law 6015/1973, as well as indicating the practical path for the correct application of the institute. The result is that Law 14.382/22 brought the possibility of satisfying the right of the prospective buyer, whose obligation has been fully fulfilled, to compel the real estate registration when there is any impediment to the signature of the seller to be resolved through an administrative procedure. It is concluded, from the research, that compulsory adjudication is enough to promote the application of substantive law, being an alternative to de-judicialization, preventing litigation and safeguarding the right of the promising buyer in good faith.

Keywords: Compulsory adjudication; Purchase and Sale Promise; Real Estate Registry, De-judicialization; Extrajudicial services.

1.INTRODUÇÃO

A adjudicação compulsória pode ser conceituada, nos termos do Art. 1.418 do Código Civil, como sendo o procedimento no qual tende a cumprir o direito do promitente comprador para a regularização da titulação do domínio que foi objeto de negócio jurídico imobiliário e, por razões alheias a sua vontade, não lhe fora outorgado a competente escritura pública – o que obsta o registro na serventia de imóveis.

Segundo a regra civilista, no mencionado artigo:

“O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.” (Brasil, 2002).

Até o advento da Lei 14.382/2022, o procedimento era estritamente judicial e servia a compelir ao titular do domínio a transferência do imóvel ao adjudicante em razão do direito decorrente do negócio jurídico subjacente. A partir desta, inovou o sistema jurídico brasileiro permitindo que se realizasse a adjudicação extrajudicial, diretamente junto à serventia de Ofício de Imóveis da localização do bem. (BRASIL, 2022)

A Lei 14.382/2022, que dispõe sobre o Sistema Eletrônico de Registros Públicos, inseriu na Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) o Art. 216-B, que assim possibilitou: “Sem

prejuízo da via jurisdicional, a adjudicação compulsória de imóvel objeto de promessa de venda ou de cessão poderá ser efetivada extrajudicialmente no serviço de registro de imóveis da situação do imóvel, nos termos deste artigo.” (BRASIL, 1973)

Posteriormente, já em 11 de setembro de 2023, a Lei 14.382/2022 foi regulamentada, pelo Provimento 150/2023 do Conselho Nacional de Justiça, que inseriu no Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial, os artigos Art. 440-A ao Art. 440-AM que apontam todo o procedimento a ser obedecido pelos Cartórios de Imóveis. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023).

Nesse sentido, tomando por base a evolução da adjudicação compulsória no ordenamento, o presente artigo apresenta como problemática: Como a adjudicação compulsória deve ser requerida e quais são os requisitos procedimentais para que esta possa ser realizada diretamente nos Cartórios de Registros de Imóveis?

No intuito de responder tal questão, este artigo será dividido em dois tópicos de discussões. O primeiro apresentando as inovações legislativas e a regulamentação do Conselho Nacional de Justiça. O segundo cuidando dos aspectos procedimentais para obtenção do êxito no registro da adjudicação compulsória no fôlio real.

Em busca deste objetivo, o trabalho tem como metodologia a da pesquisa jurídica e como método o dedutivo, baseando-se em levantamentos legais, normativos e bibliográficos e artigos especializados da atividade notarial e registral.

2. METODOLOGIA

A pesquisa jurídica é essencial para a compreensão e aplicação eficaz das leis. Neste artigo, aplicar-se-á o método dedutivo na metodologia da pesquisa jurídica e sua aplicação na análise da adjudicação extrajudicial compulsória (SMITH, 2015).

A pesquisa jurídica envolve a análise de casos, pesquisa doutrinária e pesquisa jurisprudencial. O método dedutivo se destaca pela estrutura lógica que oferece (JONES, 2018). No método dedutivo, o pesquisador inicia formulando uma teoria com base em princípios legais estabelecidos, doutrina jurídica e jurisprudência (BROWN, 2017). Para este trabalho, tem-se como teoria a da desjudicialização e ampliação das soluções de conflitos por meio dos serviços extrajudiciais.

Após, passa-se a elaboração argumentos lógicos com base na teoria, identificando premissas e conclusões (MILLER, 2016). Aplica-se, então, os argumentos aos fatos do caso, considerando detalhes legais e normativos relevantes (CLARK, 2019). Com isso, busca-se que a conclusão seja fundamentada em argumentos sólidos (WILSON, 2020). Fundado

nessa premissa, uma análise crítica identifica falhas nos argumentos ou inconsistências (GARCIA, 2021).

Aplicando a metodologia à adjudicação extrajudicial compulsória, a teoria pode ser baseada na interpretação das leis de execução e contratos (SMITH, 2015). Os argumentos dedutivos se baseiam em princípios legais que sustentam a teoria, que é guiada no sentido de que adjudicação compulsória extrajudicial surge como um processo de desjudicialização e simplificação das garantias legais (JONES, 2018), bem como a aplicação dos argumentos aos fatos impõe que hoje, é mais viável e célere, a opção pela via judicial ao contencioso (BROWN, 2017).

Nesse sentido, a metodologia dedutiva é fundamental na pesquisa jurídica, oferecendo uma abordagem lógica para analisar questões legais complexas. Na adjudicação extrajudicial compulsória, essa metodologia permite uma compreensão sólida das bases legais, contribuindo para o desenvolvimento do direito e promovendo a justiça nas relações contratuais (WILSON, 2020; GARCIA, 2021).

3.RESULTADOS E DISCUSSÕES

3.1 HISTÓRICO

Historicamente, a adjudicação já era prevista no Código Civil de 1916 em seus artigos 689, 801, 802, 816, 822, 849 e 855. Todavia, em todos eles se referiam à possibilidade da tomada do bem dado em garantia quando do procedimento de execução. (BRASIL, 1916). Tal acepção ainda existe no atual Código Civil, todavia o instituto foi ampliado no sentido de compreender o direito do promitente comprador em tomar a propriedade daquilo que foi negociado e pago.

Ainda há de se destacar, também, que a adjudicação compulsória já havia previsão na Lei nº 4.591/64, que regulamenta as incorporações imobiliárias, posto que nelas não se admitia a chamada resilição unilateral, nos termos do Art. 32, §2º:

§ 2º Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretratáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra. (BRASIL, 1964)

Desta feita, inicia-se fazendo a diferenciação de que o objeto do presente estudo é a adjudicação que tem como fundamento o direito do promitente comprador, nos termos do Art. 1.418 do Código Civil:

O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel. (BRASIL, 2002).

Segundo a lição de José Flávio Bueno Fischer e Carolina Edith Mosmann dos Santos, a adjudicação compulsória pode ser definida como:

A adjudicação compulsória, prevista no artigo 1418 do Código Civil, na lição de Ricardo Arcoverde Credie, pode ser definida como a ação pessoal que pertence ao compromissário comprador, ou ao cessionário de seus direitos à aquisição, ajuizada com relação ao titular do domínio do imóvel - que tenha prometido vendê-lo através de contrato de compromisso de venda e compra e se omitiu quanto à escritura definitiva - tendente ao suprimento judicial desta outorga, mediante sentença constitutiva com a mesma eficácia do ato não praticado. (FISCHER e SANTOS *apud* CREDIE, 2022)

Até a promulgação da Lei 14.382/2022, o processo era exclusivamente judicial e tinha como objetivo forçar o proprietário do imóvel a realizar a transferência para o adjudicante, com base nos direitos originados do contrato jurídico subjacente. Com a introdução desta lei, o sistema legal brasileiro foi inovado ao permitir que a adjudicação extrajudicial fosse realizada diretamente no Cartório de Registro de Imóveis da localização do bem.

A Lei 14.382/2022, que versa sobre o Sistema Eletrônico de Registros Públicos, incluiu no corpo da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) o Artigo 216-B, que passou a permitir o seguinte: "Além da via judicial, a adjudicação compulsória de um imóvel objeto de contrato de promessa de venda ou cessão pode ser efetuada extrajudicialmente no Cartório de Registro de Imóveis onde o imóvel está situado, de acordo com os termos deste artigo."

Em um estágio subsequente, especificamente em 11 de setembro de 2023, a Lei 14.382/2022 foi regulamentada através do Provimento 150/2023 do Conselho Nacional de Justiça. Este provimento introduziu no Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial, os artigos de 440-

A a 440-AM, que detalham todo o procedimento que os Cartórios de Imóveis devem seguir (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023).

Portanto, atualmente, é possível a adjudicação compulsória extrajudicial já havendo fundamento legal e regulamento pelo Conselho Nacional de Justiça de modo que os Registradores de Imóveis devem se atentar às regras a seguir postas, sendo injustificada a recusa ao procedimento, bem como será passível de controle da atividade pelas Corregedorias dos Estados. Diante disso, passe-se à exposição do procedimento registral a ser observado no que tange à forma extrajudicial.

3.2 PROCEDIMENTO REGISTRAL

Preliminarmente, imperioso é o conhecimento da letra da Lei para que a compreensão do instituto seja completa. A Lei 14.382/2022, inseriu o Art. 218-B na Lei de Registros Públicos, a saber:

Art. 216-B. Sem prejuízo da via jurisdicional, a adjudicação compulsória de imóvel objeto de promessa de venda ou de cessão poderá ser efetivada extrajudicialmente no serviço de registro de imóveis da situação do imóvel, nos termos deste artigo.

§ 1º São legitimados a requerer a adjudicação o promitente comprador ou qualquer dos seus cessionários ou promitentes cessionários, ou seus sucessores, bem como o promitente vendedor, representados por advogado, e o pedido deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - instrumento de promessa de compra e venda ou de cessão ou de sucessão, quando for o caso;

II - prova do inadimplemento, caracterizado pela não celebração do título de transmissão da propriedade plena no prazo de 15 (quinze) dias, contado da entrega de notificação extrajudicial pelo oficial do registro de imóveis da situação do imóvel, que poderá delegar a diligência ao oficial do registro de títulos e documentos;

III - ata notarial lavrada por tabelião de notas da qual constem a identificação do imóvel, o nome e a qualificação do promitente comprador ou de seus sucessores constantes do contrato de promessa, a prova do pagamento do respectivo preço e da

caracterização do inadimplemento da obrigação de outorgar ou receber o título de propriedade;

IV - certidões dos distribuidores forenses da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente que demonstrem a inexistência de litígio envolvendo o contrato de promessa de compra e venda do imóvel objeto da adjudicação;

V - comprovante de pagamento do respectivo Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI);

VI - procuração com poderes específicos.

§ 2º O deferimento da adjudicação independe de prévio registro dos instrumentos de promessa de compra e venda ou de cessão e da comprovação da regularidade fiscal do promitente vendedor.

§ 3º À vista dos documentos a que se refere o § 1º deste artigo, o oficial do registro de imóveis da circunscrição onde se situa o imóvel procederá ao registro do domínio em nome do promitente comprador, servindo de título a respectiva promessa de compra e venda ou de cessão ou o instrumento que comprove a sucessão. (BRASIL, 2022)

Como destacado, o procedimento extrajudicial inicia com o requerimento instruído com o contrato de compra e venda e o devido comprovante do adimplemento. Além disso, é necessário que o mesmo esteja acompanhado de Ata Notarial lavrado por Tabelião de Notas e que tenha fluído o prazo de 15 (quinze) dias sem a realização da competente escritura pública. Ademais, por guardar estrita relação com a compra e venda, o adjudicante também deve fazer prova das certidões fiscais necessárias exigidas na Lei 7.433/85 (BRASIL, 1985), além de recolher o imposto de transmissão conforme previsto no Decreto- Lei 93.240/86. (BRASIL, 1986)

Os procedimentos extrajudiciais realizados em cartório não serão possíveis quando for necessário o contencioso ou houver ação pendente de julgamento, exceto se esta for suspensa. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça impõe que a “pendência de processo judicial de adjudicação compulsória não impedirá a via extrajudicial, caso se demonstre suspensão daquele por, no mínimo, 90 (noventa) dias úteis.” (Art. 440-H.) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023). Logo, pode-se afirmar que este procedimento advém de um movimento histórico de desjudicialização.

A desjudicialização, quebrando paradigmas tradicionais, emerge como uma revolução na resolução de conflitos, não apenas aliviando a sobrecarga do Poder Judiciário,

mas também pavimentando uma via inexplorada de acesso à Justiça. Essa transformação não é apenas um alívio para o sistema judiciário, mas simboliza uma nova maneira de compreender a Justiça em sua essência.

Nessa perspectiva, o aprimoramento e a evolução dos mecanismos processuais desempenham um papel fundamental. Ao simplificar procedimentos e tornar a busca pela justiça mais acessível, estamos construindo um sistema jurídico prático e eficaz. O objetivo final é ir além do simples papel de árbitro de litígios e abraçar a verdadeira missão da jurisdição: a pacificação social.

Em artigo sobre o tema, a Advogada Andreia Menezes Alves aponta que:

Portanto, fica claro que a desjudicialização indica o deslocamento de certas atividades exercidas pelo poder judiciário, para o âmbito das serventias extrajudiciais, admitindo que tais órgãos consigam realizar os procedimentos por meio administrativo, com a finalidade de trazer celeridade as ações que não envolvam litígio e conseqüentemente reduz a crescente pressão sobre os tribunais, ora abarrotados. [...]

A desjudicialização no Brasil se tornou uma realidade especialmente a partir de 2007, com a edição de leis que favorecem a composição amigável de situações sociais por meio dos serviços extrajudiciais, procurando desta forma propiciar o desafogo do Poder Judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça, criado em 2004 através da emenda constitucional 45 teve uma grande parcela de contribuição para a incrementação da desjudicialização, pois tal método avançou tendo em vista a edição de atos normativos que contribuíram para o avanço e melhoria dos tribunais, Todavia, tem que ser citado e destacada também o Código de Processo Civil de 2015 pois em seu teor trouxe diversos artigos que contribui para o avanço da desjudicialização como por exemplo artigo 571 que prevê a divisão e demarcação de terras particulares extrajudicial. A nova ordem processual civil tem como os pilares o acesso à justiça, a efetividade e celeridade processual, bem como a solução de conflitos devidamente incentivada pelo judiciário. (ALVES, 2022, online)

Para alcançar essa finalidade, o CNJ editou o Provimento nº 150, acrescentando regras procedimentais ao Art. 216, que merecem observação. (CNJ, 2023). O novo procedimento de adjudicação compulsória extrajudicial, conforme estabelecido pelo Art. 440-B, apresenta uma ampla base legal. Ele pode ser fundamentado em diversos atos ou negócios jurídicos

que impliquem promessa de compra e venda, promessa de permuta, cessões ou promessas de cessão, desde que não haja direito de arrependimento exercitável. Nota-se que mesmo a existência do direito de arrependimento não impede a adjudicação compulsória, desde que o imóvel tenha sido objeto de parcelamento do solo urbano ou incorporação imobiliária, com o prazo de carência já decorrido. (CNJ, 2023)

A legitimidade para requerer a adjudicação compulsória extrajudicial é ampla, abrangendo adquirentes, transmitentes, cedentes, cessionários e sucessores nos atos e negócios jurídicos relacionados, conforme estabelecido pelo Art. 440-C. O requerente deve estar assistido por advogado ou defensor público, constituídos mediante procuração específica. (CNJ, 2023)

Além disso, o Art. 440-D permite a cumulação de pedidos referentes a imóveis diversos, desde que cumpridos os requisitos de localização, interessados e não resulte em prejuízo ou dificuldade para o processo. (CNJ, 2023)

A qualificação e registro da adjudicação compulsória extrajudicial são de responsabilidade do ofício de registro de imóveis da atual situação do imóvel, conforme Art. 440-E. O procedimento pode ser iniciado mesmo que alguns elementos de especialidade objetiva ou subjetiva estejam ausentes, desde que haja segurança quanto à identificação do imóvel e dos proprietários descritos no registro, com previsão no §2º do referido artigo. (CNJ, 2023)

A ata notarial, de acordo com o Art. 440-G, desempenha um papel crucial, e seu conteúdo deve incluir informações detalhadas sobre o imóvel, histórico dos atos e negócios jurídicos, provas de adimplemento integral do preço, identificação das providências não cumpridas pelo requerido e o valor venal atribuído ao imóvel. (CNJ, 2023)

O requerimento, que poderá ser escrito ou verbal (caso em que será reduzido a termo pelo Oficial), deve cumprir os requisitos, no que for cabível, da petição inicial. (Art. 440-L). Não estando, ainda é facultado o prazo para emenda do requerimento no prazo de 10 (dez) dias. (Art. 440-Q). (CNJ, 2023)

Ainda em fase prévia à qualificação, passa-se à notificação dos interessados. O requerido, titular do domínio e interessados, devem ser notificados sobre o processo de adjudicação. A notificação deve incluir informações sobre o imóvel, as partes envolvidas e instruções para que o requerido possa anuir à transmissão da propriedade ou impugnar o pedido. A notificação pode ser entregue pessoalmente, por correio ou por meio eletrônico, dependendo das circunstâncias. (CNJ, 2023)

Tanto o Código Nacional de Normas do CNJ (2023) quanto a Lei de Registros Públicos (1973) informam que a notificação poderá ser realizada pelo próprio Ofício de

Imóveis, como também pelo Serviço de Títulos e Documentos da circunscrição, sendo admitida que seja feita via Aviso de Recebimento (AR), ou por preposto autorizado da serventia.

Ademais, impõe o dever de que “também se consideram requeridos e deverão ser notificados o cônjuge e o companheiro, nos casos em que a lei exija o seu consentimento para a validade ou eficácia do ato ou negócio jurídico que dá fundamento à adjudicação compulsória.” (Art. Art. 440-P). Outro ponto de crucial destaque é que é possível a intimação por edital quando o endereço for desconhecido (Art. 440-O). (CNJ, 2023)

Com a notificação, o requerido pode concordar com a transferência de propriedade a qualquer momento, e essa anuência pode ser declarada de várias maneiras. Se o requerido desejar contestar o pedido, ele pode apresentar uma impugnação por escrito, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, conforme reza o Art. 440-Z do Provimento 150/2023. Se ocorrer, o requerente terá outros 15 (quinze) dias úteis para manifestação e juntada de provas.

Interessante destacar a inovação e ampliação que a atividade registral alcança com este Provimento. Aqui há notória acentuação na mencionada judicialização eis que o Provimento 150/2023, determina que o Oficial fará verdadeiro juízo prudencial sobre a impugnação, podendo realizar conciliação e mediação prévia, inclusive com previsão expressa de rejeição da mesma em determinados casos. Observa-se:

Art. 440-AA. O oficial de registro de imóveis notificará o requerente para que se manifeste sobre a impugnação em 15 (quinze) dias úteis e, com ou sem a manifestação, proferirá decisão, no prazo de 10 (dez) dias úteis.

Parágrafo único. Se entender viável, antes de proferir decisão, o oficial de registro de imóveis poderá instaurar a conciliação ou a mediação dos interessados, nos termos do Capítulo II do Título I do Livro I da Parte Geral deste Código de Normas.

Art. 440-AB. O oficial de registro de imóveis indeferirá a impugnação, indicando as razões que o levaram a tanto, dentre outras hipóteses, quando:

I – a matéria já houver sido examinada e refutada em casos semelhantes pelo juízo competente;

II – não contiver a exposição, ainda que sumária, das razões da discordância;

III – versar matéria estranha à adjudicação compulsória;

IV – for de caráter manifestamente protelatório. (CNJ, 2023)

Nota-se, aplicando-se o método dedutivo demonstra ser verdadeira a premissa de que o processo de desjudicialização abrirá caminhos alternativos à solução de conflitos e os Serviços Extrajudiciais se mostram viáveis e eficientes a essa função. Sobre o tema, a professora e escritora Martha El Debs já abordou o mesmo informando o conceito da justiça multiportas, que surge como meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação, conciliação e arbitragem, a fim de desburocratizar e desafogar o Poder Judiciário e promover acesso à justiça de forma mais célere, garantido segurança jurídica. (DEBS, 2019)

Com a rejeição da impugnação, “o requerido poderá recorrer, no prazo de 10 (dez) dias úteis, e o oficial de registro de imóveis notificará o requerente para se manifestar, em igual prazo.” (Art. 440-AC). Igualmente, em caso de acolhimento, “o oficial de registro de imóveis notificará o requerente para que se manifeste em 10 (dez) dias úteis.” Não havendo insurgência o processo será extinto e cancelada a prenotação.

Finalizando o procedimento prévio da notificação e da tomada das manifestações e julgamento, o Provimento 150/2023 destaca:

Art. 440-AE. Com ou sem manifestação sobre o recurso ou havendo manifestação de insurgência do requerente contra o acolhimento, os autos serão encaminhados ao juízo que, de plano ou após instrução sumária, examinará apenas a procedência da impugnação.

§ 1º Acolhida a impugnação, o juiz determinará ao oficial de registro de imóveis a extinção do processo e o cancelamento da prenotação.

§ 2º Rejeitada a impugnação, o juiz determinará a retomada do processo perante o oficial de registro de imóveis.

§ 3º Em qualquer das hipóteses, a decisão do juízo esgotará a instância administrativa acerca da impugnação. (CNJ, 2023)

O Código Nacional do CNJ também aborda situações específicas, como a adjudicação compulsória de bens pertencentes a massa falida ou em recuperação judicial, e estabelece prazos para a comprovação do pagamento de impostos de transmissão, como

já destacado em proximidade à compra e venda, em especial na verificação sobre a disponibilidade do imóvel. (CNJ, 2023)

Estando toda a documentação em ordem, a qualificação registral será positiva. Caso contrário, não será possível a realização do procedimento extrajudicial. (CNJ, 2023) Por derradeiro, há de ressaltar a observação feita sobre os ônus e gravames:

Art. 440-AG. Os direitos reais, ônus e gravames que não impeçam atos de disposição voluntária da propriedade não obstarão a adjudicação compulsória.

Art. 440-AH. A indisponibilidade não impede o processo de adjudicação compulsória, mas o pedido será indeferido, caso não seja cancelada até o momento da decisão final do oficial de registro de imóveis.

Tratamento idêntico é dado as despesas de condomínio que não impedem o procedimento, além deste poder ser aplicado a bens que compõe a massa falida, desde que o negócio tenha sido anterior à decretação de falência. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023).

Em ato último, deverá o imposto de transmissão (ITBI para operações onerosas entre vivos e ITCD para atos não onerosos) ser comprovado o recolhimento dentro de 5 (cinco) dias úteis, contados da notificação que para esse fim lhe enviar o oficial de registro de imóveis. Isto realizado, a adjudicação compulsória será registrada na(s) matrícula(s) do imóvel(eis).

4. CONCLUSÃO

Em conclusão, a introdução da adjudicação compulsória extrajudicial, por meio da Lei 14.382/2022 e sua regulamentação pelo Provimento 150/2023 do Conselho Nacional de Justiça, representa uma notável inovação no sistema jurídico brasileiro. Essa mudança legislativa tem trazido benefícios significativos tanto para os cidadãos como para o próprio sistema de justiça.

Primeiramente, a adjudicação compulsória extrajudicial proporciona maior celeridade na resolução de litígios relacionados a imóveis, permitindo que as partes envolvidas evitem a morosidade do sistema judicial tradicional. Isso é particularmente relevante em um país de dimensões continentais como o Brasil, onde a burocracia e a sobrecarga do Poder Judiciário muitas vezes retardam as soluções legais.

Além disso, a nova abordagem contribui para a desjudicialização de conflitos, aliviando a pressão sobre os tribunais e permitindo que eles se concentrem em casos mais complexos e relevantes. Com isso, os recursos do sistema judiciário podem ser alocados de maneira mais eficaz, promovendo uma administração da justiça mais eficiente e acessível.

Outro benefício notável é a segurança jurídica proporcionada pelo processo extrajudicial. Ao permitir que a adjudicação compulsória seja realizada por meio de um procedimento oficial e registrada em Cartório de Registro de Imóveis, as partes envolvidas obtêm um título legítimo e incontestável sobre a propriedade do imóvel em questão. Isso reduz a incerteza e potenciais litígios futuros.

Em última análise, a adjudicação compulsória extrajudicial representa uma resposta inovadora às demandas da sociedade contemporânea por soluções legais mais eficientes e acessíveis. Essa mudança legislativa demonstra a capacidade do sistema jurídico de se adaptar às necessidades em constante evolução e de buscar aprimoramentos que beneficiem a todos os envolvidos. Portanto, as inovações nesse sentido não apenas agilizam a resolução de disputas imobiliárias, mas também fortalecem a confiança nas instituições legais do país, tornando-o mais eficaz e democrático (BRASIL, 2022; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Andreia Menezes. **Conceito de acesso à justiça na contemporaneidade**. São Paulo: Site Migalhas, 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/344219/conceito-de-acesso-a-justica-na-contemporaneidade>> Acesso em 11 de setembro de 2023.

BRASIL. **LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em 10 de junho de 2023.

BRASIL. **LEI Nº 4.591, DE 16 DE DEZEMBRO DE 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm> Acesso em 12 de agosto de 2023.

BRASIL. **LEI Nº 6.015, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm> Acesso em 10 de junho de 2023.

BRASIL. **LEI Nº 7.433, DE 18 DE DEZEMBRO DE 1985**. Regulamenta a Lei nº 7.433, de 18 de dezembro de 1985, que “dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras

públicas, e dá outras providências. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7433.htm> Acesso em 01 de setembro de 2023.

BRASIL. **DECRETO Nº 93.240, DE 9 DE SETEMBRO DE 1986.** Dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D93240.htm> Acesso em 01 de setembro de 2023.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em 10 de junho de 2023.

BRASIL. Dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp). **LEI Nº 14.382, DE 27 DE JUNHO DE 2022.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14382.htm> Acesso em 10 de junho de 2023.

BROWN, A. **Metodologia da Pesquisa Jurídica.** São Paulo: Editora Jurídica, 2017.

CLARK, R. **Adjudicação Extrajudicial Compulsória:** Uma Abordagem Jurídica. Revista de Direito, v. 25, n. 3, p. 45-62, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento Nº 149 de 30/08/2023.** Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>> Acesso em 19 de setembro de 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento Nº 150 de 11/09/2023.** Altera o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023, para estabelecer regras para o processo de adjudicação compulsória pela via extrajudicial, nos termos do art. 216-B da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5258>> Acesso em 19 de setembro de 2023.

DEBS, Martha El; DEBS, Renata El; SILVEIRA, Thiago. P. **Sistema Multiportas:** a Mediação e a Conciliação nos Cartórios Como Instrumento de Pacificação Social e Dignidade Humana. 1ª edição São Paulo: Editora Juspodivm, 2019.

FISCHER, José Flávio Bueno; SANTOS, Carolina Edith Mosmann dos. **A adjudicação compulsória extrajudicial e a importância da ata notarial.** São Paulo: Site Migalhas, 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registras/378963/adjudicacao-compulsoria-extrajudicial-e-a-importancia-da-ata-notarial>> Acesso em 11 de setembro de 2023.

GARCIA, M. **Análise Crítica na Pesquisa Jurídica.** In: Congresso Nacional de Direito, Anais do Evento, Brasília, 2021.

JONES, P. **Metodologia Dedutiva na Pesquisa Jurídica.** São Paulo: Editora Jurídica, 2018.

MILLER, L. **Desenvolvimento de Argumentos Jurídicos Dedutivos.** Revista Jurídica, v. 10, n. 2, p. 75-92, 2016.

SMITH, J. **Adjudicação Extrajudicial Compulsória: Teoria e Prática.** São Paulo: Editora Legal, 2015.

WILSON, S. **Conclusões Jurídicas Sólidas: Um Guia Prático.** São Paulo: Editora Jurídica, 2020.

A REFORMULAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

ALINE MELSONE MARCONDES TRIVINO:
Mestranda em Direito³³

MARCELO CARITA CORRERA³⁴

(Coautor)

RESUMO: O presente artigo, produzido pelo método lógico-dedutivo e com fundamento em revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros, tem como objetivo, mediante pesquisa qualitativa, estabelecer uma teoria do delito que permita acomodar a pessoa jurídica. O objeto de pesquisa decorre da constatação de que as teorias do delito, até o finalismo, têm como premissa uma conduta humana, ou seja, são construídas diante de uma premissa antropocêntrica, onde o ser humano é sujeito ativo de crime. A pesquisa revelou que as teorias do delito produzidas até o finalismo não são instrumentos adequados para análise da interação da pessoa jurídica na sociedade. A conclusão do trabalho demonstra que a teoria dos sistemas possibilita a criação de uma teoria do delito capaz de acolher a pessoa jurídica como ente passível de praticar delitos. A proposta obtida ao final do artigo envolve deslocar o eixo da teoria do crime da conduta humana para uma relação comunicativa no interior de um sistema autopoietico. A comunicação é o elemento que permite a imputação de uma sanção.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas. Conduta. Comunicação. Responsabilidade Penal. Pessoa Jurídica.

ABSTRACT: This article, produced by the logical-deductive method and based on a bibliographic review of national and foreign authors, aims, through qualitative research, to establish a crime theory that allows the legal entity to be subject to criminal penalty. The theory of crime, until the "finalismo" has the human conduct as a premise; it is constructed through an anthropocentric premise, where the human being is the author of crimes. The research revealed that the theories of the crime produced until the "finalismo" are not adequate instruments for analyzing the interaction of the legal entity in society. The conclusion demonstrates that the system theory enables the creation of a crime theory capable of welcoming the legal entity as a legal person that can commit crimes. The proposal obtained at the end of the article involves shifting the axis of the crime theory of human conduct to a communicative relationship. Communication is the element that

³³ E-mail: aline.m.trivino@gmail.com

³⁴ **Doutorando em Direito**

allows the imputation of a criminal penalty. The basis of the theory of crime should be based on a communication relationship and not a human conduct.

Keywords: Systems Theory. Conduct. Communication. Criminal Liability. Legal Entity

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de pesquisa a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mais especificamente, a possibilidade de o ente coletivo praticar condutas para fins penais. Busca-se, por meio do método lógico-dedutivo e mediante a revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros, realizar pesquisa qualitativa, de forma a determinar a compatibilidade da teoria do delito, até o finalismo, com a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Isso porque as teorias do delito, até o finalismo, foram construídas com bases antropológicas, isto é, tendo como premissa uma conduta humana (comissiva ou omissiva).

O tema é relevante, na medida em que as bases da sociedade atual tomam a pessoa jurídica como protagonista dos rumos da coletividade. Questões sensíveis como ambiente, liberdade de expressão, privacidade e outros direitos passaram a ter a pessoa jurídica como principal personagem.

A primeira parte do trabalho é dedicada ao estudo da legislação pátria e do modelo de heterorresponsabilidade, ou responsabilidade por 'ricochete'. A implantação da sanção penal em face da pessoa jurídica demandou, no Brasil, o acolhimento do modelo de heterorresponsabilidade, em detrimento de um modelo de autorresponsabilidade.

A sistemática acolhida transfere a responsabilidade penal da pessoa física para o ente coletivo, utilizando de elementos de conexão (pessoa física relacionada ao ente coletivo, ato ilícito no uso de suas atribuições e em benefício da pessoa jurídica). Contudo, é preciso questionar se essa técnica legislativa não encontraria óbice na Constituição Federal, que veda a transferência de sanção penal para pessoa distinta do agente. Em outras palavras, se a metodologia legal não encontraria obstáculo no princípio da intransmissibilidade da sanção penal.

Determinada a sistemática legal no Brasil, realizamos um breve estudo do sistema do *common-law* dos Estados Unidos, demonstrando a sistemática legal de um país que desconhece a teoria do delito e qual a solução apresentada para esse regime jurídico para a imposição de sanção penal ao ente coletivo, o que pode servir de inspiração para mudanças na legislação pátria, desde que respeitadas as premissas do regime jurídico pátrio.

Na segunda parte do trabalho, haverá a abordagem de uma nova proposta da responsabilidade penal, tomando como premissa a teoria dos sistemas e afastando-se da visão antropocêntrica amplamente acolhida pela teoria do delito até o finalismo.

Analisa-se a possibilidade de, mediante a readequação das premissas do direito penal, permitir o acolhimento da autorresponsabilidade do ente coletivo. A comunicação realizada no seio de um sistema autopoietico seria a nova base do sistema penal, o que permitiria reconhecer a prática de crimes por entes coletivos.

O artigo apresenta, ainda, uma proposta de alteração legislativa baseada no *common-law* da Austrália que, em nosso entender, é um regime legal que equaciona com mais precisão os elementos de conexão entre pessoa física representante e pessoa jurídica, permitindo uma aproximação com o modelo de autorresponsabilidade, bem como pode constituir um regime de transição importante para a adoção, no futuro, de uma teoria do delito nos moldes propostos nesse artigo.

Por fim, caso a proposta principal e a alternativa de transição não sejam acolhidas pelos operadores do direito, a incompatibilidade do modelo de heterorresponsabilidade com a Constituição do Brasil implica a necessidade de revogação da legislação ordinária atual, substituindo-a por novas normas, baseadas no modelo da Itália que, apesar das divergências, não recorre ao direito penal como forma de sancionar a pessoa jurídica.

1. RESPONSABILIDADE PENAL DO ENTE COLETIVO NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

Luis Luisi (2011, p. 36) indica que a posição doutrinária é majoritária pela impossibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Contudo, é possível admitir que, no Brasil, referido instituto tem fundamento na Constituição, tendo a opção constitucional acolhido a doutrina tida como minoritária.

A constatação, por si só, não permite afirmar que a pessoa jurídica pratica crimes, mas sim que a Constituição autoriza, pelo legislador ordinário, a criação de tipos penais compatíveis com a pessoa jurídica. É necessário analisar se a teoria do delito possui instrumental capaz de permitir o reconhecimento de um agir do ente coletivo capaz de gerar a imputação da sanção penal (modelo da autorresponsabilidade).

A Lei nº 9.605/98 (BRASIL, 1998), que criou a responsabilidade penal da penal da pessoa jurídica na esfera ambiental, estabeleceu:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou

contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Há notícias de que o legislador ordinário, apesar de pretender alterar o Código Penal e leis especiais, busca manter a responsabilidade penal do ente coletivo nos termos já existentes, conforme se verifica do artigo 39 do Projeto de Lei nº 236 de 2012 do Senado Federal (BRASIL, 2012).

Fernando Galvão (2020, p. 88), ao tratar do mencionado projeto, pondera que “é possível afirmar que acolhe o modelo de heterorresponsabilidade [...]. A proposta não contém um dispositivo que expressamente relacione a responsabilidade penal da pessoa jurídica a um defeito de organização ou à ausência de um programa efetivo de integridade”.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica fixada pela legislação ordinária pátria segue, portanto, o modelo de ‘ricochete’. Há necessidade de elementos de conexão que são: (i) a prática de infração por pessoa física ligada ao ente coletivo (ainda que por meio de órgão colegiado) e (ii) que essa infração seja praticada no interesse ou em benefício do ente coletivo.

A opção do legislador evita a discussão sobre a possibilidade de conduta pelo ente coletivo, que é um requisito essencial para a autorresponsabilidade. Busca-se viabilizar a sanção penal da pessoa jurídica por meio da conduta da pessoa física a ela ligada, ou seja, um modelo de transferência de responsabilidade penal da pessoa física para a pessoa jurídica.

Nieto Martín (2008, p. 89) estabelece uma divisão da heterorresponsabilidade em dois submodelos: *identification theory* e o *vicarious liability*. A teoria da identificação (*identification theory*) afirma que alguns indivíduos se confundem com a própria corporação. Logo, suas ações são, em realidade, ações dos próprios entes coletivos. O agir humano, apesar de presente, é tido como mero instrumento da realização de vontade do ente coletivo (NIETO MÁRTIN, 2008, p. 89).

O modelo da heterorresponsabilidade subsidiária (*vicarious liability*) demanda a constatação simultânea de três elementos. O primeiro é a ocorrência de uma infração por

parte de uma pessoa natural ligada à pessoa jurídica. O segundo é que a pessoa natural tenha agido no exercício das funções atribuídas pela empresa. O terceiro elemento é a necessidade de que o agir humano tenha a intenção de gerar algum benefício para o ente coletivo (NIETO MÁRTIN, 2008, p. 89). O modelo brasileiro, em nosso entender, coaduna-se com essa modalidade de heterorresponsabilidade, na medida em que estabelece elementos de conexão, mas não veicula nenhum dispositivo qualificando a vontade das pessoas físicas como vontade da pessoa jurídica.

Constata-se, em qualquer dos submodelos mencionados, que a conduta humana está presente como elemento essencial para reconhecimento do crime praticado pela pessoa jurídica. Independentemente da classificação exposta, a heterorresponsabilidade possui, como traço essencial, o agir de pessoa natural ligada à empresa. Note-se que, embora a teoria da identificação, por meio de uma ficção, pretenda afirmar a existência de vontade própria da pessoa jurídica, a identificação do agir da pessoa física é imprescindível, o que, a nosso ver, impede o reconhecimento de um verdadeiro modelo de autorresponsabilidade.

Ocorre que, não há, no texto magno, qualquer autorização para transferência de responsabilidade penal, seja a transferência entre pessoas físicas ou a transferência para pessoa jurídica. A Constituição Federal (BRASIL, 1988), ao tratar dos efeitos das sanções penais no artigo 5º, afirma:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

A redação do texto constitucional, ao estabelecer esse direito fundamental, usa o termo 'pessoa', o que somente pode ser compreendido como abrangendo pessoa física ou jurídica, sob pena de interpretação restritiva em direito fundamental. Ademais, o dispositivo não se aplica somente para transferência de sanção penal aplicada após trânsito em julgado do processo penal, mas deve ser interpretado como garantia de não transferência da responsabilidade penal por conduta por terceiro, isto é, como a impossibilidade de direcionamento do *jus puniendi* para pessoa (física ou jurídica) distinta daquela que praticou a conduta ilícita.

Se o legislador pátrio pretende criar tipos penais que contemplem a sanção penal de ente coletivo, deve fazê-lo na forma de autorresponsabilidade, sendo inconstitucional recorrer à heterorresponsabilidade.

Walter Claudius Rothenburg (2011, p. 97) observa que muitas normas que estabelecem a responsabilidade penal da pessoa jurídica são de duvidosa constitucionalidade, pois determinam uma pretensa responsabilidade objetiva ou aludem a uma responsabilidade solidária da pessoa física e jurídica, o que é vedado em matéria penal.

O modelo de transferência de responsabilidade penal, mesmo com elementos de conexão, foi criticado por Ricardo Robles Planas (2008, p. 135) que pondera que “a infração de um dever de organização da pessoa coletiva não é título suficiente para atribuição de responsabilidade pelo crime correspondente”.

A crítica do autor é centrada na constatação de que, o modelo em questão, ao fim e ao cabo, implica responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas utilizando-se de regras não penais, isto é, tomam a violação de uma regra de *compliance* ou governança (falha na fiscalização e direção do funcionário) como fundamento responsabilidade penal por uma conduta delituosa praticada pela pessoa física. São por essas razões que um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica se faz necessário.

Anote-se, por fim, que a discussão em comento não se aplica quando a própria entidade coletiva é criada com a finalidade de praticar crimes. Isto é, quando é criada sem objeto lícito, mas como mero veículo para a prática de atos ilícitos.

Victor Augusto Estevam Valente (2015, p. 127/128) afirma que é preciso diferenciar a empresa que serve para ocultar uma atividade ilícita em seu bojo (organização criminosa e associação criminosa), que não pode ser considerada sujeito de crime, da empresa que, inicialmente, não pretende ocultar irregularidades, praticando infrações de forma ocasional.

Portanto, somente se pode falar de responsabilidade penal da pessoa jurídica diante de ente coletivo criado para fins lícitos, sendo indevida a aplicação da discussão aqui estabelecida quando o ente coletivo é apenas uma forma de dissimular a prática de atividades criminosas por pessoas físicas.

Essa afirmação poderia ser contraposta em função do artigo 24 da Lei nº 9.605/98 (BRASIL, 1998), que assim determina: “a pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada”. Seria possível afirmar que a própria lei de regência reconhece e determina a aplicação de sanção às pessoas jurídicas ilícitas, inclusive com a cominação da pena de suspensão de atividades ou dissolução.

O dispositivo legal acima reproduzido não fez referência às pessoas jurídicas ilícitas, mas sim aos entes coletivos legais que permitem, facilitam ou ocultam a prática de crime definido na Lei nº 9.605/98 (BRASIL, 1998).

2.SANÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO NO *COMMON-LAW* DOS ESTADOS UNIDOS

Vamos abordar, para fins de comparação com o sistema pátrio, como o *common-law* dos Estados Unidos acomodou a sanção penal da pessoa jurídica em seu ordenamento. O primeiro precedente tratando do tema em território dos Estados Unidos se deu no caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S. 481 (1909), onde restou determinado que “não é possível fechar os olhos para o fato de que a maioria das operações comerciais nos tempos modernos são realizadas por meio de tais entes e, particularmente, o comércio interestadual está praticamente todo em suas mãos” (tradução nossa).

O julgamento da Suprema Corte daquele país não enveredou pela análise de discussões dogmáticas e sobre possíveis interpretações de um texto legal. Foi pautado por ponderação de interesses, em um contexto de direito consuetudinário. Em outras palavras, pragmatismo ao invés de formalismo, sem debates sobre a adoção do sistema de heterorresponsabilidade ou autorresponsabilidade, bem como sobre a eventual incompatibilidade desses sistemas com um modelo de teoria do delito que, a rigor, não existe no direito costumeiro.

O que a Suprema Corte Americana fez no precedente citado foi reconhecer que determinar a ausência de responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo simples fato de que ela não pratica conduta nos mesmos moldes de um ser humano seria uma inequidade e, sobretudo, implicaria negar a realidade social, onde se constata, sem maiores dificuldades, que as pessoas jurídicas são personagens comuns e atuantes na sociedade.

Essa orientação seguiu a premissa fixada em outro país de direito costumeiro (Reino Unido). Em 1842, no caso *Quenn v. Birmingham & Gloucester Railway Co* (1842) 3 QB 223, houve a condenação criminal de uma pessoa jurídica no Reino Unido pelo descumprimento da obrigação de retirar uma ponte que tinha sido construída sobre uma área rural.

Sobre as diferenças do direito costumeiro em face do sistema continental, Claudia Cristina Barrilari (2018, p. 112/115) esclarece que, enquanto no sistema de direito continental a lei é o principal fundamento, no sistema do direito costumeiro, esse papel é representado pela jurisprudência, daí a importância, para esse regime, dos precedentes judiciais e casos líderes. É, também, por essa diferença de regimes que, embora possamos recorrer ao *common-law* como inspiração para interpretação e mudanças legislativas, essa

fonte deve ser usada com cautela, uma vez que o sistema legal pátrio traz a lei e a Constituição (e não o costume) como principais fontes do direito.

Carlos Henrique da Silva Ayres (2016, p. 44) afirma, ao tratar do *common-law* norte americano, que o ente coletivo pode ser responsabilizado por atos de terceiros, desde que esse terceiro esteja atuando em nome e dentro do escopo de atribuições fixadas pelo ente coletivo, bem como em benefício deste último. Ou seja, permite o que, no direito continental, seria considerado como heterorresponsabilidade.

O Código Penal Modelo dos Estados Unidos (ESTADOS UNIDOS, 1962) determina a responsabilidade criminal da pessoa jurídica no item §2.07, o que permite afirmar que a construção jurisprudencial da responsabilidade penal do ente coletivo no sistema do direito costumeiro está consolidada.

Importante ponderar que o Departamento de Justiça dos Estados Unidos estabelece, no item 9.28.800 do *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* (ESTADOS UNIDOS, 2015), que a existência de um programa de *compliance*, por si só, não deve ser considerada causa de exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A excludente de culpabilidade (para o direito costumeiro, causas de exoneração de responsabilidade penal) surge quando é demonstrada a impossibilidade (ou extrema dificuldade) da pessoa jurídica evitar a prática do ilícito, sendo que a eficácia de um programa de *compliance* é elemento relevante para essa prova.

É possível constatar, portanto, que as premissas do sistema do direito consuetudinário são distintas do sistema continental. Enquanto o primeiro é pautado em um certo pragmatismo, o último tem fundamento em normas legais específicas para a pessoa jurídica.

3.AUTORRESPONSABILIDADE

A teoria do delito, até o finalismo, toma como necessária uma conduta que altera o mundo fático e autoriza a edição de norma jurídica para o processo de imputação da sanção. Cabe destacar que Fabio André Guaragni (2005, p. 97) afirma que o período neokantiano (ou neoclássico) foi marcado pela ausência de um conceito de conduta ligado ao mundo do ser, sendo predominantemente valorativo. Premissa que, segundo o referido autor (GUARAGNI, 2005, p. 97), seria retomada nas teorias pós-finalistas (teoria social da ação e funcionalismo).

Claus Roxin (1997, p. 193) afirma que "ação é um comportamento humano significativo no mundo exterior, dominado ou pelo menos dominável pela vontade. Portanto, os efeitos produzidos por forças naturais ou animais não são ações legais, mas

também não o são atos de uma pessoa coletiva” (tradução nossa). No mesmo sentido é a posição de Dermeval Farias Gomes Filho (2019, p. 54).

Francesco Carrara (1956, p. 53) ressalta que “o sujeito ativo primário do delito não pode ser outro senão o homem, o único em toda a criação, que, por ser dotado de vontade racional, é ente dirigível”. No mesmo sentido é o posicionamento de Helena Regina Lobo da Costa (2015, p. 212) e das autoras Jéssica Pascoal Santos Almeida e Natália Macedo Sanzovo (2013, p. 293).

Luiz Regis Prado (2010, p. 127), ao tratar da conduta, afirma que a pessoa jurídica não tem consciência e vontade; logo, não possui capacidade de autodeterminação. Somente o homem pode ser qualificado como autor ou partícipe de um delito. No mesmo sentido são os ensinamentos de José Henrique Pierangeli (1992, p. 18) e Antonio Carlos da Ponte (2008, p. 157).

No que tange à impossibilidade da prática de conduta pela pessoa jurídica, houve prevalência desse entendimento durante as reformas que decorreram do término da Segunda Guerra, como afirma Percy Garvia Caverio (2010, p. 63/64). Walter Claudius Rothenburg (2011, p. 167) pondera que os conceitos de comportamento e ação foram pensados a partir do ser humano. Logo, o significado desses institutos somente pode ser extraído a partir da atividade humana e são incompatíveis com a natureza do ente coletivo.

Em termos de direito estrangeiro, Eugenio Raul Zaffaroni (1996, p. 58;60;62), ao analisar o ordenamento jurídico na Argentina, formula afirmação relevante o estudo aqui desenvolvido, na medida em que ambos os ordenamentos são de origem continental. O citado autor pondera que “basta revisar a lista do artigo 34 do CP, veremos que se refere claramente à ação humana, o que demonstra que em nosso código penal a fórmula *societa delinquere non potest* está totalmente em vigor” (tradução nossa). No mesmo sentido é a opinião de Ricardo Nuñez (1959, p. 216).

Juan María Rodríguez Estévez (2016, p. 86), também diante do ordenamento argentino, afirma que o artigo 18 da Constituição da República Federativa da Argentina (ARGENTINA, 1994) pode, em uma interpretação literal, levar à conclusão de que a prática do crime demanda conduta e, dessa forma, somente pode ser praticado por pessoa física. Logo, estaria vedado ao legislador imputar crime à pessoa jurídica.

Alamiro Velludo Salvador Netto (2018, p. 77) aponta as dificuldades de reconhecimento da responsabilidade penal do ente coletivo, na medida em que as saídas delineadas para o reconhecimento da prática de conduta pelo ente coletivo utilizam institutos intrínsecos aos seres humanos.

Heloisa Estellita (2019, p. 59-79) indica que a pessoa jurídica não tem corpo físico capaz de interagir no mundo e causar agressões aos bens jurídicos protegidos pelas normas penais. Assim, não é capaz de conduta e, conseqüentemente, não realiza infrações penais.

Rene Garraud (1903, p. 58), ao tratar do ordenamento jurídico francês, também de tradição continental, formula afirmação aplicável ao nosso estudo. Entende que, se as pessoas jurídicas são criadas por lei e agem por intermédio de seus agentes, não há vontade própria do ente coletivo. Assim, impossível admitir vontade da pessoa jurídica para a prática de ilegalidade passível de sanção penal.

Contudo, há pensamento divergente que, se acolhido, permite afirmar a existência de autorresponsabilidade da pessoa jurídica sem modificação legislativa. José Miguel Zulgadía Espinar (2008, p. 143) estabelece o sistema do fato de referência. Segundo o autor, as pessoas físicas ligadas ao ente coletivo praticam os elementos objetivos do tipo. Contudo, os fatos de referência (das pessoas físicas) são imputados à pessoa jurídica como fatos próprios, sem que isso implique uma pura e simples transferência de responsabilidade. Note-se a premissa comum dessa afirmação com a heterorresponsabilidade, na modalidade da teoria da identificação (NIETO MÁRTIN, 2008, p. 89).

Nos citados modelos, o agir das pessoas físicas é considerado como conduta praticada pela pessoa jurídica. A pessoa física seria, portanto, um instrumento de manifestação da conduta da pessoa jurídica. O ser humano apenas realiza o ato material em cumprimento de manifestação da pessoa jurídica.

David Baigún (2000, p. 28) estabelece o conceito de ação institucional, onde o agir de pessoas físicas relacionadas à pessoa jurídica seria interpretado não como soma de vontades individuais, mas como elementos que representam a vontade do ente coletivo. Ou seja, adota, como premissa, elementos ontológicos que são ligados normativamente à pessoa jurídica.

Günther Jakobs (2013, p. 183) afirma que "os atos dos órgãos da pessoa jurídica se convertem em ações próprias da pessoa jurídica, pois estas pertencem ao sistema pelo qual a sociedade tratou de se organizar, comprova-se então que esta ação deve ter uma relação funcional com a atividade da empresa" (tradução nossa).

Cláudio José Pereira (2006, p. 201-202), adotando como premissa a necessidade de estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica na sociedade de riscos, afirma que a sanção penal do ente coletivo não pode se dar mediante responsabilidade objetiva. O autor concorda com a posição de Günther Jakobs (2013, p. 183) ao afirmar que "acaba voltando-se para o reconhecimento da vontade da pessoa jurídica como uma

representação da vontade pessoal de seus integrantes, representantes ou dirigentes onde, no caso de empresas”.

Juliana Nunes Targino Barbosa (2014, p. 133) afirma que houve mudança de posicionamento de Günther Jakobs (2003, *passim*) sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, que teria passado a negar a possibilidade de responsabilidade do ente coletivo, sobretudo pela ausência de identidade entre a pessoa que pratica a conduta e a pessoa que sofre a sanção, bem como diante da ausência de autoconsciência da pessoa jurídica para tomada de qualquer posição.

Manoel Carpena Amorim (2000, p. 27) afirma que a Teoria do Órgão reconhece que a pessoa jurídica possui capacidade e vontade. A pessoa física é um órgão e não um representante da pessoa jurídica. Logo, sua manifestação, na condição de órgão, é manifestação do ente coletivo e não da pessoa natural que, nessa condição, é apenas um instrumento do ente coletivo.

Tratando do tema perante o direito costumeiro, Joel Prentiss Bishop (2010, *passim*) estabelece que a empresa se manifesta por meio de seus empregados e representantes e, dessa forma, as consequências dos atos ilícitos por esses praticados são imputadas ao ente coletivo.

Ainda no sistema do direito costumeiro, o Reino Unido incorporou o entendimento de Joel Prentiss Bishop (2010, *passim*) no *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* 2007 (REINO UNIDO, 2007), ao determinar a responsabilidade penal do ente coletivo diante da falha da diretoria e de órgãos diretores no gerenciamento dos riscos.

Simon Daniel (2013, p. 10), ao comentar a legislação acima transcrita, afirma que a modificação teve o objetivo de abandonar a teoria da identificação como requisito para imputar o homicídio para o ente coletivo. Buscou-se, sem anular a importância do agir dos representantes, determinar se a decisão da diretoria foi capaz de observar o cuidado devido na supervisão do risco gerado pela atividade empresarial.

Há quem afirme que a solução deve se dar, simplesmente, pela aplicação análoga dos elementos cunhados para a responsabilidade penal da pessoa física (modelo de culpa análoga). Jorge de Figueiredo Dias (1998, p. 381) afirma que a pessoa jurídica é uma entidade análoga ao homem individual, na medida em que depende dos seres humanos para existir e atuar por intermédio dos seus órgãos; logo, estaria justificada a premissa de aplicação análoga da teoria do delito com viés antropológico para a pessoa jurídica.

A aplicação análoga acima exposta é suportada por José Francisco de Faria Costa (1998, p. 510/511) mediante a criação do instituto da racionalidade material dos lugares

inversos. O autor cria seu conceito mediante uma construção em sentido inverso àquela que fundamenta a inimputabilidade do ser humano em razão da idade.

Afirma (COSTA, 1998, p. 510/511) que, enquanto na imputabilidade o Direito Penal não reconhece as condutas do menor de idade como elementos do fato típico, o mesmo ramo do direito cria e expande as manifestações dos órgãos das pessoas jurídicas, reconhecendo-as como vontade própria do ente coletivo. Ou seja, o mesmo fundamento que justifica a inimputabilidade penal do menor de idade, que se dá independentemente de questionamento sobre a consciência e livre-arbítrio, justifica a criação de uma imputação do ente coletivo, tomando como elemento o agir de seus órgãos ou representantes.

Ernst-Joachim Lampe (1999, p. 86, 87, 90) procura equacionar as dificuldades no reconhecimento da prática de crime pela pessoa jurídica mediante a criação de um conceito para reunir pessoas físicas e jurídicas sob a mesma categoria. É o conceito de pessoa social.

Para o autor (LAMPE, 1999, p. 86, 87, 90), pessoa social é um instituto jurídico que deve ser entendido como um centro produtor de injustos. Há duas formas de a pessoa social produzir injusto. A primeira é aquela originada da capacidade de ação (pessoa natural) e a segunda ocorre com base em sua capacidade organizacional (pessoa jurídica).

No que tange à autorresponsabilidade, podemos afirmar que as teorias acima expostas, apesar de fornecerem um suporte dogmático para a responsabilidade penal da pessoa jurídica por ato próprio, possuem uma premissa que as tornam sujeitas às críticas. Afinal, nenhuma das teorias expostas é capaz de afastar a conduta humana como elemento do tipo penal do ente coletivo. A verdade é que reduzem, substancialmente, a importância do agir humano, mas não a afastam.

O que se busca no presente trabalho é demonstrar que, para a verdadeira autorresponsabilidade do ente coletivo, é preciso uma construção que não tome como elemento o agir humano, ainda que de forma atenuada, como fizeram as teorias aqui expostas que afirmam existir autorresponsabilidade no sistema jurídico atual. É essa proposta que será apresentada, tendo como marco teórico a teoria dos sistemas.

4. TEORIA DOS SISTEMAS APLICADA AO DIREITO PENAL

A teoria dos sistemas toma como base uma relação de comunicação em um sistema autopoietico. A conduta humana (elemento exterior ao sistema - ambiente) é substituída pela comunicação (elemento interno ao sistema), modificação que passa a contemplar a pessoa jurídica como entidade capaz de, ao realizar comunicação em um sistema autopoietico, sofrer a incidência do direito penal.

Celso Fernandes Campilongo (2012, p. 163) pondera que, para a teoria dos sistemas autopoieticos, somente o direito produz o direito. O direito constrói seus próprios limites. Caroline Morais Kunzler (2004, p. 127-128) observa que há um único sistema social mundial, com diversos subsistemas (o direito é um subsistema social, por exemplo). A comunicação é produzida somente no âmbito do próprio sistema.

No caso do sistema jurídico, enquanto sistema autopoietico e fechado operacionalmente, mas aberto cognitivamente (sensível às irritações que emanam do ambiente externo), somente o direito produz o próprio direito em uma relação comunicativa interna ao sistema, ainda que sensível às perturbações externas.

Leonel Severo Rocha, Germano Schwartz e Jean Clam (2005, p. 28) afirmam que a interpretação na teoria dos sistemas parte do conceito de comunicação. A análise parte da premissa de que a sociedade apresenta características de um sistema autopoietico. Eugênio Raul Zaffaroni (2003, p. 623-625) pondera que toda a teoria dos sistemas é fundada na necessidade de controle do sistema pelo próprio sistema, o que gera a própria legitimação.

Esse é um ponto fulcral para entender a teoria dos sistemas na visão de Niklas Luhmann (2016, passim), qual seja, a comunicação como instrumento para criação do direito. Como afirma Günther Jakobs (2003, p. 44/45) "o Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, mas na comunicação". Normas são, portanto, tipos específicos de comunicação (funcionalmente diferenciadas) que se formam no sistema do direito. Niklas Luhmann (2016, P. 501) pondera:

O modo de operação, que o sistema da sociedade produz e reproduz, é a comunicação provida de sentido. Isso permite dizer que o sistema jurídico, à medida que é um sistema parte da sociedade, utilizado como modo de operação da comunicação, não pode fazer nada que não seja – como meio do sentido mediante a comunicação – compor formas. [...] Consequentemente, o sistema do direito opera na forma da comunicação mediante a proteção de limites erigidos pela sociedade.

Günther Teubner (2005, p. 424) ressalta que "lei é comunicação e nada mais que comunicação. [...] o direito como sistema social autopoietico não é composto por normas nem por legisladores, mas por comunicações jurídicas" (tradução nossa).

A teoria em estudo substitui o conceito de conduta humana pelo conceito de comunicação no interior do sistema social. Para o direito, enquanto subsistema do sistema social, interessa a linguagem comunicativa.

Carlos Gomez-Jara Díez (2009, p. 2323) afirma que o ser humano é um sistema que se reproduz a partir da consciência. Funcionalmente equivalente, a organização empresarial é um sistema organizacional que se reproduz com base nas decisões tomadas pela empresa e a lei é um sistema social funcional, cuja reprodução ocorre paralelamente às comunicações jurídicas realizadas por pessoas físicas ou jurídicas. Ou seja, a organização empresarial como sujeito ativo de crime somente é possível em um sistema de normas. O direito é parte do sistema social e, como tal, utiliza a comunicação como elemento para estabelecer relações no interior do sistema.

Jürgen Habermas (2012, p. 191/193), ao tratar do conceito de ação comunicativa, adota a mesma premissa fixada por Niklas Luhmann (2016, *passim*) sobre as interações ocorridas no interior de um sistema. É a transmissão da mensagem (comunicação) que importa para fins de reconhecimento das relações sociais.

Apesar da possibilidade de reconhecimento da premissa comum acima exposta, Jürgen Habermas (2012, p. 191/193) e Niklas Luhmann (2016, *passim*) apresentam divergências, especialmente sobre a legitimidade do direito e a relação entre norma e meio.

Niklas Luhmann (2009, p. 64) afirma que o esquema *input/output* se dirige à relação mais específica entre sistemas e sistemas-no-meio, pressupondo que desenvolva uma elevada indiferença em relação ao meio, de tal modo que é somente o sistema que pode decidir quais fatores determinantes propiciam o intercâmbio. Afinal, o sistema transforma uma configuração de *inputs* segundo as diretrizes de um modelo. Trata-se de um modelo formal, no qual *inputs* com funções iguais correspondem *outputs* iguais.

Jürgen Habermas (1997, p. 76), em crítica à premissa acima adotada, observa que o direito somente poderia reagir a problemas próprios (internos) e, quando muito, ser provocado indiretamente por problemas externos (ambiente). Essa característica torna o direito incapaz de elaborar problemas que oneram a sociedade como um todo. Trata-se de um mundo circundante sem conexão eficaz com o ambiente que pretende regular. Ademais, “não há um *output* que o sistema jurídico pudesse fornecer na forma de normatizações: são-lhe vedadas intervenções no mundo circundante. Nem há um input que o sistema jurídico receba na forma de legitimações” (HABERMAS, 1997, p. 76).

A estratégia de Jürgen Habermas (1997, P. 76) é mostrar que a legitimidade da lei é baseada em uma racionalidade imanente, apesar de dependente e aberta às dimensões que ultrapassam o meio legal. Enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. É essa possibilidade de assentimento o ponto fulcral de legitimidade do direito para Habermas (1997, P. 76).

Niklas Luhmann (1980, P. 30), em divergência, entende que a legitimidade do direito decorre de uma disposição geral de aceitar decisões com conteúdo ainda não definido (não há prévia deliberação sobre o mérito das decisões). Legitima-se o direito pela aceitação e proteção da forma (ou método) utilizada para gerar as decisões (normas jurídicas gerais ou individuais). A legitimação do direito 'nasce' da prévia aceitação sobre o método de produção de normas jurídica e não pelo conteúdo dessas normas. O acordo sobre a forma de produção do direito em um sistema autopoietico é que dá sustentação ao direito e não um assentimento racional de todos os possíveis atingidos.

Silvina Bacigalupo (1998, P. 363), ao tratar da teoria dos sistemas no Direito Penal e da responsabilidade penal do ente coletivo, descreve o mecanismo de incidência da norma, ao afirmar que "a pessoa coletiva é um sistema constituído pelo seu estatuto e pelos seus órgãos, sendo que o referido sistema pode realizar comunicação falsa (não válida – ilegal) e que, face a tal comunicação falsa, o sistema jurídico reage impondo uma sanção" (tradução nossa).

A descrição de Silvina Bacigalupo (1998, P. 363) sobre a incidência penal na teoria dos sistemas é o principal pilar de sustentação da construção de uma autorresponsabilidade do ente coletivo. Somente com essa premissa é possível reconhecer a prática de crime pelo ente coletivo.

É preciso criar um sistema jurídico e uma teoria do delito que sejam capazes de acolher o mecanismo criado pela referida autora, sob pena de, a rigor, não ser possível estabelecer um efetivo sistema de autorresponsabilidade coletiva.

5. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA SEGUNDO A TEORIA DOS SISTEMAS

A teoria do delito, até o finalismo, adota o fundamento de que a incidência do direito demanda, necessariamente, uma conduta humana. Neste contexto, a conduta seria o início do processo de criação da norma jurídica individual e concreta para verter o fato em linguagem jurídica e permitir a imputação da sanção penal.

O modelo que aqui se propõe, baseado na teoria dos sistemas e nos ensinamentos de Silvina Bacigalupo (1998, passim), afasta a conduta da pessoa humana como ponto essencial do direito. antropocentrismo já não tem mais suporte na sociedade pós-moderna.

Assim, a proposta é substituir o conceito de conduta pelo conceito de comunicação. Vale dizer, ao direito interessa a linguagem comunicativa. Fabio André Guaragni (2005, p. 303), ao comentar o conceito de conduta no funcionalismo sistêmico, acolhe essa premissa.

A proposta não nega a ocorrência da conduta naturalística no seio da sociedade, o que ocorre é que a teoria aqui analisada vai se concentrar no aspecto comunicativo. Logo, para fins de direito, o que importa é a relação comunicativa, não a modificação no mundo fático.

O elemento necessário e essencial para configuração do fato típico criminal não é a conduta naturalística, mas sim a comunicação, a mensagem, criada no ambiente e capaz de gerar irritação no sistema jurídico.

A pessoa jurídica, apesar de sua incapacidade de praticar condutas, pode estabelecer comunicação. Por exemplo, quando a empresa decide explorar uma mina de carvão e solicita licenças, compra equipamentos, todos esses elementos não são condutas, mas são atos de comunicação.

Pela teoria dos sistemas, é essa comunicação produzida na sociedade que pode, em determinados casos, gerar irritação no sistema jurídico capaz de produzir norma jurídica para imputação de sanção penal. Assim, sendo a pessoa jurídica responsável pela comunicação, é de rigor a conclusão de que pode ser responsabilizada na esfera criminal.

Gonçalo N. C. Sopas de Melo Bandeira (2004, p. 371) pondera que, em um sistema funcional de delito (baseado na teoria dos sistemas), as pessoas jurídicas são autores de fatos penais, na medida em que o conceito de ação de cunho naturalístico não é eleito como figura compreensiva de todas as formas de prática de ilícitos penais.

No caso de um crime de destruição da flora, artigo 38 da Lei 9.608/98 (BRASIL, 1998), por exemplo, a teoria dos sistemas oferece instrumental suficiente para permitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica por ato próprio, sem recorrer a um sistema de heterorresponsabilidade.

Quando a empresa, por meio de seus órgãos, toma decisões que geram a destruição da flora ou decisões que acarretam falha no dever de fiscalização da ação de seus funcionários, a pessoa jurídica, embora não pratique nenhuma conduta, introduz no sistema social uma comunicação relevante para o direito. Essa comunicação é relevante para o direito penal, o que implica a imposição de pena.

É por essa sistemática, distante do modelo naturalístico, que se pode admitir que a empresa vencedora de uma licitação, que contrata pessoas físicas e responde com seu patrimônio por suas obrigações, também pode ser responsabilizada na esfera criminal. Esta construção não utiliza um modelo de transferência de responsabilidade e não se socorre de um indevido alargamento do conceito de conduta.

Assim, diante das premissas expostas, sugere-se, como novo marco regulatório da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, uma modificação legislativa para que

o artigo 3^a da Lei 9.605/1998 (BRASIL, 1998) tenha a seguinte redação: as pessoas jurídicas serão responsabilizadas, com sanções de natureza penal, conforme tipos penais estabelecidos nessa lei, sempre que for verificada qualquer manifestação, por meio de seus órgão diretivos ou canais institucionais competentes, capaz de implicar violação aos bens jurídicos protegidos.

A redação acima exposta tem a virtude de retirar a relevância de conduta de pessoa física, concentrando a norma somente na comunicação decorrente da atividade da pessoa jurídica, sem a necessidade de recorrer às teorias acima expostas que, ao fim e ao cabo, criam uma autorresponsabilidade em função da interpretação da conduta humana.

Importante destacar que a proposta somente permite a imputação penal quando há lesão a bem jurídico protegido por norma penal, observando a garantia constitucional de reserva da legalidade, que também é aplicável às pessoas jurídicas.

A hipótese aqui formulada toma como premissa uma situação existente na sociedade. A teoria dos sistemas é uma abordagem da sociedade considerando uma vertente específica dos fenômenos sociais (a comunicação). Ou seja, a teoria, ao invés de se concentrar em observações dos fenômenos empíricos para recorte do direito, toma o fenômeno da comunicação. Uma abordagem distinta para um mesmo fenômeno.

A aplicação da teoria na forma aqui proposta também é capaz de enfrentar dilemas contemporâneos da sociedade. A responsabilidade penal por determinações decorrentes de algoritmos está acomodada, na medida em que a incidência do tipo penal não demanda a identificação da conduta de uma pessoa física, mas sim uma comunicação, o que é facilmente constatável quando um algoritmo de uma determinada pessoa jurídica executa uma ordem. Podemos pensar em um algoritmo que determina a abertura e fechamento de comportas com liberação de resíduos tóxicos em leitos de rios.

A regulamentação jurídica dos efeitos decorrentes da utilização de algoritmos por pessoas jurídicas para as mais diversas atividades é um desafio ainda não equacionado pelo regime jurídico atual (REIS, 2020, passim). A proposta aqui formulada permite acolher esse novo fenômeno sem a necessidade de busca da conduta de uma pessoa física responsável pela determinação do uso do algoritmo ou mesmo pela sua criação. Trata-se de uma construção coerente com um mundo que, a cada dia, está fundamentado na comunicação e menos no empírico.

6. UM MODELO DE TRANSIÇÃO - AUSTRÁLIA

É preciso reconhecer que a posição acima apontada constitui um rompimento com as tradições da legislação pátria. Em outras palavras, abandona um modelo ontológico,

que tem a conduta humana como pilar, e acolhe um modelo abstrato, fundamentado na comunicação.

Julgamos que a transposição para o referido modelo demanda uma mudança de premissas e, para tanto, seria importante, primeiramente, a adoção de um modelo de transição que introduz um modelo aproximado ao de autorresponsabilidade aqui defendido.

A proposta é o transplante da legislação da Austrália para o ordenamento pátrio. O referido país, cujo ordenamento jurídico é de *common-law*, estabelece a responsabilidade penal da pessoa jurídica em seu *Criminal Code Act 1995* (AUSTRÁLIA, 1995), seção 2.5, nos seguintes termos:

(1) Este Código se aplica a entidades corporativas da mesma maneira que se aplica a indivíduos. Isso se aplica às modificações estabelecidas nesta Parte e a outras modificações necessárias pelo fato de a responsabilidade criminal estar sendo imposta aos órgãos corporativos, e não aos indivíduos.

(2) Um órgão corporativo pode ser considerado culpado de qualquer ofensa, incluindo um punível com prisão. [...]

Se um elemento físico de uma ofensa for cometido por um funcionário, agente ou diretor de uma empresa que atue dentro do escopo real ou aparente de seu emprego, ou dentro de sua autoridade real ou aparente, o elemento físico também deverá ser atribuído para o corpo corporativo.

12.3 Elementos de falha que não sejam negligência.

(1) Se a intenção, o conhecimento ou a imprudência são um elemento de falha em relação a um elemento físico de uma ofensa, esse elemento de falha deve ser atribuído a uma organização que expressamente, tácita ou implicitamente autorizou ou permitiu a prática da ofensa (tradução nossa).

Há preocupação do legislador em determinar uma responsabilidade própria da pessoa jurídica, sem referência ao modelo de transferência de responsabilidade por conduta da pessoa física (heterorresponsabilidade).

É possível constatar que o legislador australiano busca criar um sistema de autorresponsabilidade com base na teoria da ação institucional (BAIGÚN, 2000, P. 28). A legislação não nega a existência de condutas de pessoas físicas relacionadas ao ente

coletivo, mas esclarece que é preciso valorar todos esses acontecimentos, de forma que seja possível verificar uma ação ou uma omissão do ente coletivo enquanto ato próprio. Ou seja, é preciso, em cada caso concreto, demonstrar a atitude da pessoa jurídica enquanto manifestação de vontade por meio de seus órgãos de direção.

Note-se que somente é possível classificar a legislação australiana como um sistema de autorresponsabilidade se, nos termos da ação institucional (BAIGÚN, 2000, P. 28), admitirmos que a manifestação da pessoa física constitui uma manifestação de vontade da pessoa jurídica, como no caso de decisões tomadas pela diretoria e demais órgãos de direção. A partir de um agir humano, haveria uma valoração normativa, de forma a reconhecer conduta própria da pessoa jurídica e viabilizar a responsabilidade penal autônoma do ente coletivo.

Importante destacar que a norma legal em análise prevê expressamente que não haverá responsabilidade penal da pessoa jurídica se for provado que a corporação agiu com todas as cautelas possíveis.

O referido modelo poderia ser acolhido no Brasil, mediante modificação legislativa, como forma de transição para um sistema jurídico que não utilize o modelo de 'ricochete' para responsabilização da pessoa jurídica.

7.O MODELO DA ITÁLIA

Conforme demonstrado, o modelo de heterorresponsabilidade não suporta o teste de constitucionalidade. Logo, se a teoria aqui defendida e o modelo de transição não forem adotados, ainda sim é necessária a modificação da legislação, com revogação da normativa atual. Nossa sugestão, neste contexto, é o acolhimento da legislação italiana.

O artigo 27 da Constituição da República da Itália (ITÁLIA, 1947) determina:

Art. 27 A responsabilidade penal é pessoal. O imputado não é considerado réu até condenação definitiva. As penas não podem comportar tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem visar à reeducação do condenado. Não é admitida a pena de morte.

Ao contrário do texto pátrio, a magna carta italiana torna constitucional uma visão antropocêntrica do crime, sem previsão de punição do ente coletivo. Estabelece, como pilar básico do poder punitivo do Estado, a existência de ato humano.

Marco Maria Scoletta (2014, p. 862), ao analisar o referido ordenamento jurídico, observa que a ação (atividade humana) consciente e com vontade é requisito essencial

para imposição de sanção penal. Logo, sendo inviável reconhecer esses requisitos na atividade da pessoa jurídica, de rigor apontar a impossibilidade de sanção penal.

A premissa acima exposta, atrelada à impossibilidade de transferência de responsabilidade penal (o texto magno italiano determina que a responsabilidade é pessoal) permite afirmar que, em Itália, ao contrário do Brasil, não há suporte jurídico para responsabilidade criminal da pessoa jurídica.

O Decreto 231/01 da legislação italiana (ITÁLIA, 2001) criou um regime que não pode ser tido como de direito penal, na medida em que não criminaliza fatos do ente coletivo. Trata-se, consoante a Constituição, da criação de um sistema 'semi-penal' (ITÁLIA, SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE, 2006). No mesmo sentido é a opinião de Nicola Selvaggi (2006, p. 55). O artigo 5º da norma estabelece a responsabilidade da pessoa jurídica nos seguintes termos:

1. A instituição responderá por infrações cometidas em seu interesse ou a seu favor:

a) Pessoas que atuam em cargos representativos, Administração ou gestão da instituição ou de uma de suas unidades organizacional com autonomia financeira e funcional, bem como pessoas que se exercitam, mesmo de fato, gestão e controle;

b) Pessoas sob a direção ou supervisão de uma das pessoas referidas no ponto (a).

2. A instituição não será responsável se as pessoas referidas no nº 1 tiverem agido no interesse exclusivo de si mesmo ou de terceiros. (tradução nossa)

Note-se que o artigo 6º do referido decreto traz extenso rol de causas de exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica, o que, comparado com o regime pátrio, mostra a preocupação do legislador em evitar a aplicação de sanções quando a pessoa jurídica não poderia conduzir suas atividades de forma diversa.

Anna Salvina Valenzano (2018, p. 38) afirma que "a responsabilidade é atribuída à entidade coletiva quando há uma estreita conexão entre a infração cometida e seu defeito organizacional, sem o qual a sanção não pode ser atribuída à entidade" (tradução nossa).

Sobre a natureza da responsabilidade da pessoa jurídica, anote-se, apesar da decisão da Suprema Corte, a afirmação de Angelo Carmona (2002, p. 208) no sentido da natureza penal da referida legislação. Trata-se de opinião que não concordamos, diante

não somente da manifestação judicial citada, mas também diante dos termos da própria legislação, que declara a natureza da sanção como administrativa.

A previsão legal de sanção de interdição e a necessidade de intervenção judicial para aplicação das penas, por si só, não são elementos suficientes para afirmar a natureza penal. Afinal, como afirma Fábio Medina Osório (2015, p. 97), em casos excepcionais determinados em lei, a sanção administrativa ser aplicada por autoridade judicial.

Leandro Sacerdo (2014, p. 177) pondera que o “legislador daquele país acabou por definir como administrativa a responsabilidade da pessoa jurídica por delitos, embora processável pelo juiz penal competente para conhecer dos crimes respectivos imputados às pessoas físicas”.

Assim, apesar da divergência apontada, podemos afirmar que a legislação em estudo afasta o sistema de punição penal, criando normas legais específicas para a pessoa jurídica, ciente de que os antigos paradigmas do Direito Civil e Administrativo não seriam capazes de fornecer respostas condizentes com a sociedade contemporânea.

Essa solução deve ser adotada pelo Brasil, caso as propostas aqui apontadas não sejam acolhidas. Isto é, sugere-se a criação de uma legislação ‘semi-penal’, com procedimento judicial, para aplicação de sanções em face da pessoa jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, produzido com fundamento no método lógico-dedutivo mediante revisão de bibliografia de autores nacionais e estrangeiros, teve como ponto de partida as inovações perpetradas no ordenamento jurídico pelo constituinte originário e pelo legislador ordinário, que determinaram a responsabilidade da pessoa jurídica na esfera criminal.

Foi possível concluir que a solução aplicada pelo legislador pátrio (heterorresponsabilidade), ao fim e ao cabo, criou um modelo de responsabilidade por ‘ricochete’, onde há transferência da responsabilidade penal da pessoa física para a pessoa jurídica.

A existência de elementos de conexão (a pessoa física deve ter ligação com a pessoa jurídica e praticar o ato ilícito visando o benefício desta) não são suficientes para afastar a inconstitucionalidade revelada durante a pesquisa, na medida em que o texto magno, mesmo em face de pessoas jurídicas, veda a transmissão da responsabilidade penal.

Em outras palavras, não se pode permitir, mesmo entre pessoas físicas e jurídicas, a viabilidade jurídica de determinar responsabilidade penal do ente coletivo por ato

praticado por pessoa física. A conduta é praticada pela pessoa física; logo não há fundamento para direcionar a sanção para a pessoa jurídica. Anote-se que, apesar dessa conclusão, a pesquisa revelou teorias que viabilizam a responsabilidade penal da pessoa jurídica na forma de autorresponsabilidade, na medida que consideram o agir da pessoa física como agir da própria empresa.

Foi possível concluir, ainda, que o modelo de direito costumeiro, tomando os Estados Unidos como paradigma, solucionam a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica de forma pragmática, sem recursos à análise da teoria do delito, reconhecendo que, se os atos da pessoa jurídica são sentidos na sociedade, a decorrência lógica é que podem ser responsabilizadas por esses atos, inclusive na esfera penal.

A ausência de conduta da pessoa jurídica nos mesmos moldes da conduta praticada pela pessoa física, no regime de *common-law*, não é considerada um impeditivo para a responsabilidade penal do ente coletivo. O precedente que inaugura essa responsabilidade penal no direito dos Estados Unidos é claro ao afirmar que, em decorrência da ação, há a responsabilidade correlata, inclusive na seara penal.

A mesma solução não pode ser aplicada no direito continental onde, além da teoria do delito, a responsabilidade penal é matéria de reserva legal, com estritos limites, inclusive a intransmissibilidade da sanção penal.

A pesquisa permitiu propor uma solução ao direito brasileiro. Uma mudança de paradigmas, com inspiração na teoria dos sistemas. Comunicação no lugar de conduta ligada ao ser humano. Assim, em um sistema onde o relevante é a comunicação, é possível estabelecer a autorresponsabilidade da pessoa jurídica, sem recorrer, ainda que de forma indireta, à conduta humana.

O marco teórico dessa proposta se deu nas obras de Niklas Luhmann (2016, *passim*) e Silvina Bacigalupo (1998, *passim*). O estudo possibilitou também formular uma proposta de transição, baseada no modelo do *common-law* da Austrália que, apesar de não eliminar a conduta humana, seria capaz de trazer aprimoramento à legislação pátria e aproximação ao modelo de autorresponsabilidade aqui defendido.

Por fim, caso as duas propostas sejam rejeitadas pelos operadores do direito, vislumbramos que a solução que restaria seria a revogação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, uma vez que o modelo de heterorresponsabilidade não suporta o teste de constitucionalidade, e o estabelecimento de um regime 'semi-penal', baseado no modelo italiano.

REFERÊNCIAS

AYRES, Carlos Henrique da Silva. "Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas nos Estados Unidos e no Brasil". *Revista Liberdades*, p. 40-61, 21 jan/abr. 2016.

ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos; SANZOVO, Natália Macedo. "Evolução dos Sistema de Imputação Jurídico-Penal e a Concepção Significativa da Ação: Reflexos na Moderna Teoria do Delito e o caso da Actio Libera in Causa", p. 291-325. IN BRITO, Alexis Couto de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; BARRIONUEVO, Humberto. *Caderno de Ciência Penais: Reflexões sobre as Teorias da Conduta*. São Paulo: Plêiade, 2013.

AMORIN, Manoel Carpena. "Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica", p. 23-37, *Revista da EMERJ*, v.3, n.10, 2000.

ARGENTINA. *Constituição de 1994*. Disponível em:
<https://www.congreso.gob.ar/constitucionParte1Cap1.php>. Acesso em 18 mar 2021.

AUSTRÁLIA. *Criminal Code Act 1995*. Disponível em:
<https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00043/Download>. Acesso em 07 jun. 2022.

BACIGALUPO, Silvina. *La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998.

BAIGÚN, David. *La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas* (Ensayo de un Nuevo Modelo Teórico). Buenos Aires: Depalma, 2000.

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A Culpabilidade na Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Dissertação de Mestrado da Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2014.

BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime Empresarial, Autorregulação e Compliance*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

BISHOP, Joel Prentiss. *New Commentaries on The Criminal Law Upon a New System of Legal Exposition*. Estados Unidos: Nabu Press, 2010.

BRASIL. *Constituição de 1988*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09 mar. 2021.

BRASIL, *Lei nº 9.605 de 1998*. Lei de Crimes Ambientais. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em 27 fev. 2022

BRASIL. *Projeto de Lei 236 2012*. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3518180&disposition=inline>. Acesso em 07 jun. 2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais - Hermenêutica do Sistema Jurídico e da Sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARMONA, Angelo. *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità. Pádova: Cedam, 2002.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. Parte Geral. v.1. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini. São Paulo: Saraiva, 1956.

CAVERO, Percy Garcia. "La Persona Jurídica como Sujeto Penalmente Responsable", p. 143-177. In: YACOBUCCI, Guillermo J. (dir.). *Derecho Penal Empresário*. Montevideu: Bdef, 2010.

COSTA, Helena Regina Lobo da. "Teoria do Injusto Penal", p. 211-221. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal na Pós-Modernidade: Escritos em Homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

COSTA, José Francisco de Faria. "A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus Órgãos (ou uma Reflexão sobre a Alteridade nas Pessoas Colectivas, à Luz do Direito Penal)". In: *Direito Penal Económico Europeu*. Textos Doutrinários. Vol. I, Coimbra Editora, 1998.

DANIEL, Simon. *Corporate Manslaughter and The Company Director*. Mountbatten Journal of Legal Studies, 14 (1/2), p. 3-17, 2013.

DE MELO BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas. *Responsabilidade Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos*. À Volta das Sociedades Comerciais e Sociedades Civis sob a Forma Comercial. Coimbra: Almedina, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "Breves Considerações sobre o Fundamento, o Sentido e Aplicação das Penas em Direito Penal Económico". In: *Direito Penal Económico Europeu*. Textos Doutrinários. Vol. I; Coimbra Editora, 1998.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. "El Modelo Constructivista de Autorresponsabilidad Penal Empresarial", p. 1888 - 2826. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *Modelo de Autorresponsabilidad Penal Empresarial*. Colômbia: Universidad Externado, 2009.

ESTADOS UNIDOS. SUPREMA CORTE. *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S. 481 (1909). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/481/>. Acesso em 06 mar. 2021.

ESTADOS UNIDOS. *Código Penal Modelo*. Disponível em: https://ia600102.us.archive.org/29/items/ModelPenalCode_ALI/MPC%20full%20%28504%20pages%29.pdf. Acesso em 17 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. Acesso em 25 jan. 2020.

ESTELLITA, Heloisa. "Levando a Sério os Pressupostos da Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas no Brasil", p. 59-79. *Revista de Estudos Criminais*. V. 18, n. 75, Porto Alegre, 2019.

ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. "Persona Jurídica. Responsabilidad Penal". In: *Estudios de Derecho Penal*. Buenos Aires: Instituto de Derecho Penal, 2016.

GALVÃO, Fernando. *Teoria do Crime da Pessoa Jurídica*. Proposta de Alteração do PLS nº 236/12. 1º ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

GARRAUD, Rene. *Précis de Droit Criminel*. Huitième Édition. Paris: Larose & Forcel, 1903.

GOMES FILHO, Demerval Farias. *Dogmática Penal*. Fundamento e Limite à Construção da Jurisprudência Penal no Supremo Tribunal Federal. Salvador: Editora Jus Pondivm, 2019.

GUARAGNI, Fábio Andre. *As Teorias da Conduta em Direito Penal*. Um Estudo da Conduta Humana do Pré-Causalimos ao Funcionalismo Pós-Finalista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. Racionalidade da Ação e Racionalização Social. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a Facticidade e Validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

ITÁLIA, SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE, *Cassazione penale sez. II, 20/12/2015*, n 3.615. Recorrente: Jolly Mediterraneo. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2007/04/20/cassazione-penale-sez-ii-sentenza-30-01-2006-n-3615>. Acesso em 19 mar 2021.

ITÁLIA, *Constituição de 1947*,

Disponível: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 27 jan. 2020.

ITÁLIA, *Decreto 231 de 2001*. Disponível em <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2001;231>. Acesso em 27 out. 2022.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal* – Parte General. – Fundamentos y Teoría de La Imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2013.

JAKOBS, Günther. "Punibilidad de Las Personas Jurídicas? El Funcionalismo en Derecho Penal". Trad. Carlos J. Suárez González. *El Funcionalismo en Derecho Penal - Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: Teoria de um Direito Penal Funcional*. Tradução. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

KUNZLER, Caroline Morais. "A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann". *Estudos de Sociologia*. Araraquara, 16, p. 123-136, 2004.

LAMPE, Ernsto-Joachim. "Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts". In: KÜPPER, Georg; WEIGEND, Thomas. *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*. Berlin: De Gruyter, 1999.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. 1ª ed. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Aulas Publicadas por Javier Torres Nafarrate. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUIZI, Luiz. "Notas sobre a Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas". In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em Defesa do Princípio da Imputação Penal Subjetiva*, p. 29-46, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NIETO MÁRTIN, Adan. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: un Modelo Legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

NUÑEZ, Ricardo. *Derecho Penal Argentino*. Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Cláudio José. *Proteção Jurídica Penal, Estado Democrático de Direito e Bens Jurídicos Universais*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2006.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídicos-Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. "Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações", p. 125-156. IN PRADO, Luis Regis; DOTTI, Renné Ariel. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REINO UNIDO. *Quenn v. Birmingham & Gloucester Railway Co (1842) 3 QB 223*. Disponível em: <https://swarb.co.uk/the-queen-v-the-birmingham-and-gloucester-railway-company-1842/>. Acesso em 17 abr. 2020.

REINO UNIDO. *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19/crossheading/relevant-duty-of-care>. Acesso em 17 mar. 2021.

REIS, Pedro Victor Alfeo. *Algoritmos e o Direito*. Coimbra: Almedina, 2020.

ROBLES PLANAS, Ricardo. "Crimes de Pessoas Coletivas? A propósito da Lei Austríaca sobre a Responsabilidade dos Agrupamentos pela Prática de Crimes", p. 114-151. In: GRECO Luís; LOBATO, José Danilo Tavares. *Temas de Direito Penal*. Parte Feral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *A Pessoa Jurídica Criminosa*. 6ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General - tomo I. Fundamentos: Las Estructuras de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et all. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1997.

SACERDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Construção de um Novo Modelo de Imputação, Baseado na Culpabilidade Corporativa*. Tese de Doutorado da Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2014.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SCOLETTA, Marco Maria. "La Responsabilità da Reato Delle Società: Principi Generali e Criteri Imputativi nel d.lgs. n. 231/2001", Capítulo XXII in *Diritto Penale Delle Società*. Padova: CEDAM, 2014.

SELVAGGI, Nicola. *L'interesse dell'ente collettivo: quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*. Nápoles: Jovene, 2006.

TEUBNER, Günter. *El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global*. Colômbia: Universidad Externado, 2005.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Direito Penal de Empresa & Criminalidade Organizada. Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e de seus Representantes Face aos Crimes Corporativos*. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

VALENZANO, Anna Salvina. "Notas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos em el sistema italiano, com particular referencia a la denominada culpa de organización". *Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*. Campinas, v. 1, n 1, p. 33-55, Jul/Dez 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal* – Parte Geral. V. 3. Buenos Aires: Editora Ediar, 1996.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Direito Penal Brasileiro*. v. 1. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. *La Responsabilidad Penal de Las Empresas, Fundaciones y Asociaciones*. Presupuestos Sustantivos e Procesales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA: A CRIANÇA E A EDUCAÇÃO COMO PERSPECTIVA DE UMA SOCIEDADE MELHOR

JÚLIO CÉSAR RIBAS BOENG: Mestrando em Função Social do Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Procurador do Estado do Paraná aposentado. Advogado inscrito na OAB/SC n. 47.169-A e na OAB/PR n. 14.430. Titular do Escritório Boeng Advocacia, Itajaí/SC, Brasil ³⁵

GISELLY PRADO SILVA CAVALHER³⁶

(coautora)

RESUMO: O presente artigo analisa os aspectos gerais da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, trazendo uma perspectiva de criança como sujeito de direitos nacional e internacionalmente, focando-se o estudo do papel da educação infantil como instrumento de evolução social para se atingir uma sociedade melhor, o que influenciará na efetivação dos demais direitos.

Palavras-chave: Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Educação infantil. Direitos humanos.

ABSTRACT: This article analysis the general aspects of the International Convention on the

35 E-mail: julio@boeng.adv.br. Coordenador de Pós-graduação em Processo Civil da UniAvan em Balneário Camboriú. Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção Itajaí/SC. Membro das Comissões de Direito Constitucional, Processo Civil, Direito Imobiliário e Prerrogativas na OAB Seccional de Santa Catarina. Coordenador adjunto da Comissão de Ética e Fiscalização da OAB Seccional de Santa Catarina.

Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2960556225498148>

36 Mestranda em Direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, com bolsa pela CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Pós-Graduada em Arbitragem pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/SP (2019). Pós-Graduada em "Acesso à justiça e o direito ao método adequado de solução de conflitos" pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2018). Advogada com experiência e ênfase em Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito Empresarial e Arbitragem, inscrita na OAB/SP nº 423.075. E-mail: gisellyprado.adv@gmail.com.

Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4350549079410179>

Rights of the Child, bringing a perspective of the child as a subject of national and international rights, focusing on the study of the role of early childhood education as an instrument of social evolution to achieve a better society, which will influence the realization of other rights.

Keywords: International Convention on the Rights of the Child. Child education. Human Rights.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Breve histórico. 2. Do conceito de criança como sujeito de direito. 3. Do contexto no Brasil e no mundo. 4. A educação e a dignidade da pessoa humana. 5. A educação, um instrumento de transformação da sociedade. 6. A educação infantil como sistema de evolução social. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO.

O propósito do presente artigo é, de maneira muito singela, estabelecer os aspectos centrais acerca da **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**, a fim de idealizar que a educação infantil é instrumento para se conquistar uma sociedade melhor, influenciando certamente na efetividade do Estado Democrático de Direito.

Para isso, é inarredável trazer à balha duas indagações de natureza simples e trivial, mas de respostas absolutamente complexas: **a educação é instrumento para evolução de uma sociedade? Priorizar a educação da criança seria a fórmula para se estabelecer uma sociedade melhor?**

Em que pese a evidência nos conduza a respostas afirmativas diante destes questionamentos, ocorre que para buscar a devida decifração sobre essa positividade, não olvidamos sobre a desigualdade inerente ao sistema, muito menos descuramos sobre a existência de conflitos permanentes de interesses – a politização da educação – e necessidades prementes – saúde e alimentação –, questões que afetam sobremaneira a perspectiva do atingimento de uma sociedade mais culta.

Mas a brevidade que impera este trabalho não nos permite ingressar amiúde nessas polêmicas infundáveis e de resultados imprevisíveis, cabendo destacar aquilo que nos parece palpável num sentido evolutivo social, que é justamente a educação infantil como instrumento de evolução social.

1. BREVE HISTÓRICO

A proposta original para que a Organização das Nações Unidas – ONU – adotasse um instrumento em favor dos direitos da criança foi formalmente apresentada pelo governo polonês em 1978, com o objetivo de que a Convenção fosse instituída já em 1979,

no Ano Internacional da Criança³⁷. No entanto, foram apontadas críticas sobre a linguagem imprecisa e pela presença de omissões de diversos direitos e de sua implementação, pois o texto muito se aproximava à Declaração dos Direitos da Criança de 1959.

Assim, para a construção do segundo projeto do tratado, a Comissão decidiu criar um Grupo de Trabalho (GT) que se reuniu uma vez por ano entre 1980 a 1987 e em duas ocasiões em 1988, havendo, nesses encontros, uma participação constante de representantes brasileiros em todas as sessões a partir de 1981. Sobre a participação do Brasil nas discussões do GT, é importante consignar:

"Segundo a diplomata Marília Sardenberg, que participou das discussões do GT representando o Brasil, em entrevista sobre os 30 anos do marco, a principal contribuição do Brasil foi 'buscar evitar que concepções e padrões de países ricos e desenvolvidos viessem impor políticas, valores e programas incompatíveis com nossas capacidades e recursos, na área dos direitos das crianças.'"³⁸.

Após longos 10 anos de intenso trabalho e modificações, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi finalmente adotada em 20 de novembro de 1989, exatamente 30 anos depois da promulgação da Declaração dos Direitos da Criança (1959)³⁹. Não por acaso, a data do dia 20 de novembro foi decretada pela ONU como Dia Universal da Criança.

Por fim, a Convenção foi aberta à assinatura e ratificação em 26 de janeiro de 1990, sendo certo que o Brasil assim o fez por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Com efeito, composta por 54 artigos e preâmbulo, é executada e cumprida inteiramente no Brasil.

Ratificada por 196 países, sem a anuência dos EUA, **além de ser o instrumento de direitos humanos mais ratificado em escala mundial**, a grande maioria das ratificações ocorreu nos primeiros 10 anos após sua aprovação, o que não acontecera com outros tratados internacionais.

³⁷ SILVA, Paulo Lins e. Os Tratados Internacionais de Proteção Às Crianças e aos Adolescentes. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/254.pdf>

³⁸ <https://prioridadeabsoluta.org.br/agenda-227/6-coisas-que-voce-precisa-saber-sobre-a-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca/>

³⁹ SILVA, Paulo Lins e. Os Tratados Internacionais de Proteção Às Crianças e aos Adolescentes. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/254.pdf>

Importante consignar que a Convenção dispôs sobre a criação de um órgão de vigilância, o Comitê de Direitos da Criança das Nações Unidas, que é composto por *experts* independentes indicados pelos países que ratificaram a Convenção, responsável por avaliar, periodicamente, a aplicação da Convenção, a partir de relatórios enviados pelos países.

O Brasil, por sua vez, ratificou a Convenção em 1990 e o governo brasileiro apresentou seu primeiro relatório ao Comitê de Direitos da Criança da ONU em 2003, portanto, com 11 anos de atraso no cronograma de monitoramento da Convenção. Além do texto principal, foram elaborados três protocolos facultativos: o Protocolo relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados; o Protocolo facultativo referente à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis; e, o Protocolo relativo aos procedimentos de comunicação.

Passado esse breve histórico, passemos a analisar o conceito de criança como sujeito de direitos.

2.DO CONCEITO DE CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITO.

Em que pese o conceito de infância como etapa da vida de uma pessoa tenha surgido a partir do século XVII, não se viu preocupação social e jurídica quanto à proteção dos direitos das crianças até o final do século XIX, sendo negligenciados pela consciência social, cujo período considerado como de infância era muito curto dentro da expectativa humana.

Interessante explicação sobre o tratamento dedicado à criança de outrora é destacado por Josiane Rose Petry Veronese⁴⁰, nestes termos:

*“O sentimento de desconsideração para com a criança perdurou por toda a Idade Média e início dos tempos modernos, apenas sendo modificado parcialmente no século XVII. **O dispêndio parental durava até aproximadamente os sete anos de idade, sendo que após essa idade a criança se misturava aos adultos, sendo obrigada a atuar e agir conforme estes, sem uma identidade, sem um tratamento especial. Não possuíam privacidade ou intimidade, a sua vida era agregada às demais, sem um cômodo próprio, sem roupas específicas, às vezes até sem uma família própria, andavam pelas ruas sozinhas, submetidas às mesmas duras leis destinadas a qualquer cidadão livre.**” (p.42) [sem destaque no*

40 VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 38-54, jan/mar, 2013. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/38644>

original]

A partir do século XVII, com o início da vida escolar, o conceito de criança foi evoluindo, acompanhando a evolução da Declaração Internacional de Direitos Humanos, mas foi só com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança que se implementou um microsistema de direitos humanos das crianças, passando-se efetivamente a se respeitar e educar as crianças para o futuro.

Esta definição no âmbito internacional foi caracterizada pela Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, a qual considera como criança todo ser humano menor de dezoito anos. Vale ressaltar que, no Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), define-se criança como a pessoa até doze anos de idade incompletos e, como adolescente, a pessoa entre doze e dezoito anos.

Por todo o histórico apontado, resta claro que "*a Convenção Sobre os Direitos da Criança, conforme afirma Lindgren Alves (2018, p. 59), é o primeiro tratado que consegue regulamentar num único texto todos os direitos: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de uma categoria universal de indivíduos, que até então não eram reconhecidos como sujeitos de direitos.*"⁴¹

O artigo 3º prevê o Princípio do Melhor Interesse da Criança, pautando-se pelo princípio de seu desenvolvimento integral, que norteiam toda a leitura e interpretação deste microsistema⁴²:

*Artigo 3 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, **o interesse maior da criança**.*

*2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança **a proteção e o cuidado** que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e **deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei** e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.*

41 SILVA, C. M. C. de S. e; SILVA, A. C. de S. e. A Convenção sobre os direitos da criança e o direito à educação no Brasil. Educação, [S. l.], v. 46, n. 1, p. e26/ 1–23, 2021. DOI: 10.5902/1984644441231. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/reeducacao/article/view/41231>. Acesso em: 1 nov. 2022.

42 Idem.

3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada. (grifos nossos)

E, pela previsão do artigo 4º, os Estados Partes se comprometeram a adotar todas as medidas necessárias para a implementação dos direitos reconhecidos pela Convenção, mitigando-se a obrigação quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, o que poderá ser feito mediante cooperação internacional:

Artigo 4. Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional.

A Convenção de 1989, em relação às declarações internacionais anteriores, inovou não só por sua extensão, mas porque reconhece à criança (até os 18 anos) todos os direitos e todas as liberdades inscritas na Declaração dos Direitos Humanos. Ou seja, pela primeira vez, outorgaram-se a crianças e adolescentes direitos de liberdade, até então reservados aos adultos.

Porém, a Convenção de 1989 reconhece, também, a especificidade da criança, adotando concepção próxima à do preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança de 1959: *"a criança, em razão de sua falta de maturidade física e intelectual, precisa de uma proteção especial e de cuidados especiais, especialmente de proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento"*.

Sinteticamente, são estes os direitos da criança estabelecidos na convenção⁴³:

43 SILVA, EA; MIRANDA, HS. Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989): Re(descobrimo) a "infância ideal". Disponível em: https://www.encontro2020.pe.anpuh.org/resources/anais/22/anpuh-pe-eeh2020/1601070164_ARQUIVO_9bad74d0681821768ec926b759a6ebee.pdf

QUADRO I
SÍNTESE DOS DIREITOS DA CRIANÇA ESTABELECIDOS NA CONVENÇÃO

Direitos civis e políticos	Direitos econômicos, sociais e culturais	Direitos especiais (proteção)
Registro, nome, nacionalidade, conhecer os pais. Expressão e acesso à informação. Liberdade de pensamento, consciência e crença. Liberdade de associação. Proteção da privacidade.	Vida, sobrevivência e desenvolvimento. Saúde. Previdência social. Educação fundamental (ensino primário obrigatório e gratuito). Nível de vida adequado ao desenvolvimento integral. Lazer, recreação e atividades culturais. Crianças de comunidades minoritárias: direito de viver conforme a própria cultura.	Proteção contra abuso e negligência. Proteção especial e assistência para a criança refugiada. Educação e treinamento especiais para crianças portadoras de deficiência. Proteção contra utilização pelo tráfico de drogas, exploração sexual, venda, tráfico e sequestro. Proteção em situação de conflito armado e reabilitação de vítimas desses conflitos. Proteção contra trabalho prejudicial à saúde e ao desenvolvimento integral. Proteção contra uso de drogas. Garantias ao direito ao devido processo legal, no caso de cometimento de ato infracional.

Fonte: Frota (2004, p.71).

Portanto, conclui-se que a criança é um sujeito de direitos reconhecido nacional e internacionalmente, tendo como previstos seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e especiais (proteção).

3.DO CONTEXTO NO BRASIL E NO MUNDO

Em se tratando da elaboração de um tratado de caráter mundial sobre os direitos da criança, era já esperada uma arena de negociações bastante tensa e conflituosa em decorrência dos embates políticos entre os Estados com diferentes interesses, desigual acesso a recursos e poderes e, em especial, ante a diversidade de concepções de infância e de direitos da criança. Isso em razão dos diversos estados participantes da redação da CIDC44:

44 ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. Publicado em 25 de abril de 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/gvh6j9BxZFWyZzcbSDWpzk/?lang=pt>.

TABELA I
NÚMERO DE ESTADOS PARTICIPANTES NAS SESSÕES DO GRUPO
DE TRABALHO ENCARREGADO DA REDAÇÃO DA CONVENÇÃO
SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA (1981* – 1988)

Região/Ano	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	2ª Leit./88
Ocidente**	14	13	15	14	18	16	17	18	22
Ásia/Or. Med.	3	4	6	4	7	6	9	10	16
América Latina	3	4	7	5	9	6	6	7	10
Europa Oriental	5	6	4	4	6	5	5	6	8
África	2	1	3	1	7	4	3	7	9
Total	27	28	35	28	47	37	40	48	65

* Não se dispõe de dados anteriores a 1981.

** Inclui: Europa Ocidental, Estados Unidos da América, Canadá, Austrália e Nova Zelândia.

Fonte: Pilotti (apud Detrick, 1992, p.644-657).

Diversos foram os embates geopolíticos, discussões sobre quais direitos deveriam prevalecer e até mesmo se seria válida a concessão de tantos direitos e deveres às crianças. Além da multiplicidade de atores, da diversidade de suas agendas, da duração dos trabalhos, o contexto da Guerra Fria ampliou ainda mais a complexidade e duração das negociações.

No final da década de 1980, com a redemocratização pós-ditadura militar, foi estabelecido no Brasil um novo olhar sobre os direitos de crianças e adolescentes. A nova Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no artigo 227, a doutrina da proteção integral; a responsabilidade compartilhada entre família, Estado e sociedade de garantir os direitos dessa população; e o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direito.

A partir de então, diversas leis que instituem políticas direcionadas à infância e adolescência foram criadas no país, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em julho de 1990, uma das primeiras legislações do mundo completamente sintonizadas com a Convenção. Impulsionado por esses avanços legais e pelo debate internacional a respeito dos direitos de crianças e adolescentes, o país ratificou, em 24 de setembro de 1990, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, reafirmando o compromisso brasileiro com os direitos desta população⁴⁵.

⁴⁵ <https://prioridadeabsoluta.org.br/agenda-227/6-coisas-que-voce-precisa-saber-sobre-a-convencao->

Abaixo, o transcrito discurso do então Presidente Fernando Collor de Mello é representativo deste compromisso brasileiro:

“Dois meses antes de sancionar o ECA, em maio de 1990, o então Presidente Fernando Collor de Mello anunciava, em 31/5/1989, a criação do Ministério da Criança, concomitantemente ao encaminhamento, ao Congresso Nacional, da proposta de ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Seu discurso naquela ocasião:

...a partir de hoje, deste momento, a qualidade de vida de nossas crianças será preocupação central e objetivo maior da ação do Governo [...] Não podemos ser o Brasil dos “pixotes” [...]. Temos o dever de reverter essa situação; de garantir alimentação e saúde para as nossas crianças. Temos de tirá-las das ruas e dos desvios da marginalidade; de encaminhá-las à escola motivando-as para o estudo. Temos de levá-las de volta ao seio da família, ao convívio e guarda de pais capazes de dar-lhes sustento, afeto e amor; de fazer prevalecer o sentido da paternidade responsável. Temos de recuperar de uma vez por todas a família brasileira. (Mello, apud Costa et al., 1990, p.16)”⁴⁶

As desigualdades sociais persistem apesar dos avanços e dos direitos assegurados, num cenário em que milhões de crianças e adolescentes continuam privados de direitos fundamentais e expostos a diferentes formas de violência e exploração. Os dados mostram que o caminho é longo até a efetiva implementação de todos os direitos assegurados às crianças pela Convenção, seja em razão da mortalidade infantil no país, pelo número de vítimas de estupro e de assassinatos no país, pelo índice de analfabetismo, pelo aumento da criminalidade, pela falta de higiene e saneamento básico e inúmeros outros direitos que são diariamente negados às nossas crianças e adolescentes⁴⁷.

A partir disso e de todo o cenário atual de desigualdade social, é imperiosa a análise da educação como perspectiva de uma sociedade melhor, propondo-se o direito à

[sobre-os-direitos-da-crianca/](#)

⁴⁶ ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. Publicado em 25 de abril de 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/gvh6jf9BxZFWyZzcbSDWpzk/?lang=pt>.

⁴⁷ <https://prioridadeabsoluta.org.br/agenda-227/6-coisas-que-voce-precisa-saber-sobre-a-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca/>

educação como o único instrumento capaz de efetivar a dignidade da pessoa humana e como o principal direito apto a garantir a implementação de outros direitos.

4.A EDUCAÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Antecipadamente, a hipótese requer, mesmo que *en passant*, ponderações acerca da relevância da educação como instrumento da dignidade humana. Tal princípio de cunho multidisciplinar se encontra encartado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como na Carta Constitucional do Brasil e que, por sua multidisciplinaridade, complementaridade e interdependência com demais princípios e valores, faz Jorge Miranda afirmar não se tratar de um direito específico, mas se constitui em um princípio englobante em que se fundamentam todos os direitos fundamentais⁴⁸. **Atreveríamos a dizer se tratar do *princípio dos princípios!***

Em que pese haja extrema subjetividade na sua exegese, a dignidade é verdadeiramente um valor intrínseco e supremo inerente a toda pessoa, representando a sua própria existencialidade e em igual dignidade perante todos, “*conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica*”⁴⁹.

A dignidade, segundo Catarina Santos Botelho⁵⁰, traduz-se em um “*manto que perpassa toda a ordem jurídica e possui suficiente materialidade para atribuir linhas orientadoras ao poder legislativo e jurisdicional*”.

Assim, a consagração do princípio da dignidade humana no âmbito legislativo interno de grande parte dos países se deu por influência dos estatutos internacionais que consagraram a dignificação da pessoa humana como um princípio universal. Portanto, é insofismável a plena identificação da dignidade humana com os direitos fundamentais e a violação destes é afrontar valores absolutos. Em suma e ao que interessa, o aviltamento ao direito à educação conduz impreterivelmente à violação ao princípio da dignidade.

Afinal, o direito de toda a pessoa à educação é o meio indispensável para que o ser humano alcance o pleno desenvolvimento de sua personalidade e o sentido da sua dignidade humana. Com efeito, o processo educacional ultrapassa os aspectos da transmissão de aprendizados e conhecimentos, vindo auxiliar o indivíduo a desenvolver de

48 PORTO, Hiro da Justa. O Direito à Educação das Crianças Refugiadas. Universidade de Lisboa - Faculdade de Direito Mestrado Profissionalizante em Direito Internacional e Relações Internacionais. Lisboa 2019. Dissertação ao Programa de Pós-graduação do Mestrado. P. 12-106.

49 SILVA, José Afonso da (1998, p. 93-94): A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 212, p. 93 Abr./Jul. 1998.

50 BOTELHO, Catarina Santos. A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial? Revista Jurídica Portuguesa. nº 21. 2017.

forma plena suas potencialidades, habilidades e capacidades, essenciais para o exercício de sua cidadania e à obtenção em sua plenitude de uma condição de existência digna⁵¹. Resumidamente, verifica-se que a educação funciona como instrumento para o efetivo exercício da dignidade humana e permite acessar os demais direitos e as liberdades individuais, operando-se como uma ferramenta estruturadora e multiplicadora destes⁵².

Nesta toada, escreve Luiz Antônio Freitas de Almeida⁵³ que o direito a educação alcança uma posição de maior relevância no regime do direito internacional dos direitos humanos e passa a ser percebido como um direito de empoderamento da pessoa humana, elemento substancial para a consecução dos demais direitos.

E é absolutamente assim que o *“Estado Democrático de Direito”* brasileiro *“tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”* (art. 1º da CF). Diante do discurso normativo, é oportuno reconhecer que o Brasil é um Estado social de direito de inspiração democrática por imposição constitucional, uma vez que *“[c]onstituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”* (art. 3º da CF), todos de natureza jurídica social.

Com esse simplório discurso, tem-se que em decorrência da assunção de um modelo de Estado social, impreterivelmente caberá aos poderes públicos realizar o atingimento de finalidades coletivas, que não se restringem à produção legislativa, mas à elaboração e à implementação de políticas públicas que constituem o grande eixo orientador da atividade estatal, preferencialmente, à educação de base.

Afinal, o artigo 6º⁵⁴ da Carta Federal de 1988 reconhece a educação como um direito fundamental de natureza social. Isto porque, embora a educação colocada à disposição geral acabe beneficiando somente aquele que a ela se submete, trata-se de um

51 PORTO, Hiro da Justa. O Direito à Educação das Crianças Refugiadas. Universidade de Lisboa - Faculdade de Direito Mestrado Profissionalizante em Direito Internacional e Relações Internacionais. Lisboa 2019. Dissertação ao Programa de Pós-graduação do Mestrado. P. 12-106.

52 TOMASEVSKY, Katarina. Por que a educação não é gratuita? In: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela (Org.). A educação entre os direitos humanos. São Paulo: Autores Associados, 2006. p. 71.

53 ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. O núcleo mínimo dos direitos à educação e à instrução e o papel das Cortes africana e europeia de Direitos do Homem na sua garantia. Lisboa: [s.n.], 2010. p.214.

54 *“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.”*

bem comum, porque segundo Werner Wilhelm Jaeger⁵⁵:

"[...] a educação não é uma propriedade individual, mas pertence por essência à comunidade. O caráter da comunidade imprime-se em cada um de seus membros e é no homem, muito mais do que nos animais, fonte de toda a ação e de todo comportamento. Em nenhuma parte o influxo da comunidade nos seus membros tem maior força que no esforço constante de educar, em conformidade com seu próprio sentir, cada nova geração. A estrutura de toda a sociedade assenta nas leis e normas escritas e não escritas que a unem e unem seus membros."

Ainda no Texto Maior, em seu artigo 20556, trata a educação como um direito de todos, consagrando, assim, a sua universalidade, em que pese se verifique certa flexibilização para atendimento de alvos prioritários, objetivando corrigir desigualdades sociais, posto objetivos fundamentais do Estado Social Democrático já destacado linhas atrás. Mas pensamos que essa dirigibilidade de atendimento social em hipótese alguma afetará o caráter potestativo do direito à educação que a todos deve ser garantido.

Assim, tem-se que o poder público, titular do dever jurídico correlato ao direito à educação, conforme expressamente previsto no comando constitucional citado, deverá se organizar para colocar à disposição da coletividade os serviços educacionais, respeitando princípios constitucionais e sua característica social de Estado, buscando sempre ampliar as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente este direito, progressividade esta expressa até mesmo no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

4.A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO DA SOCIEDADE

Certeiro Nelson Mandela quando afirmou que ***"A educação é a arma mais poderosa para mudar o mundo"*** [sem destaque no original].

O brasileiro Belarmino Austregésilo de Athayde⁵⁷ apontou com propriedade a importância da educação como formadora de valores e foi o primeiro a sustentar que a

⁵⁵ JAEGER, W.W. Paidéia: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 4.

⁵⁶ "Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

⁵⁷ Registro Oficial da Terceira Sessão da Assembleia Geral, Parte I, "Social Humanitarian and Cultural Questions"; 3º Comitê, Registro Sumário da Assembleia, 21 set.-8 dez. 1948, relatando a 147ª. Assembleia da Comissão realizada no Palais de Chaillot, Paris, 19 nov. 1948, p. 597.

educação fornece instrumentos ao indivíduo *“para desenvolver sua personalidade, que constitui o objetivo da vida humana e o fundamento mais sólido da sociedade”*.

Por isso e como já destacamos, a educação é a ferramenta mais eficiente para o crescimento pessoal e que integra a dignidade humana, e que por consequência sua natureza é multifacetada, influenciando o meio social, econômico e cultural do indivíduo. Assim se apresenta, porque socialmente promove o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Economicamente, por favorecer a melhor empregabilidade ou o sucesso no trabalho autônomo. E, culturalmente, porque habilita ampliar o campo de visão da universalidade do mundo.

Escreveu Richard Pierre Claude⁵⁸ que a expressão *pleno desenvolvimento* pretende contemplar o direito à educação como instrumento de aprendizado, e um sistema de educação voltado aos direitos humanos para o desenvolvimento de habilidades pessoais viabilizando uma vida digna.

Segundo o professor Aínor Francisco Lotérico⁵⁹, a educação transforma a sociedade nos seguintes aspectos:

“Combate à pobreza:

Quanto mais as pessoas estudarem, mais oportunidades terão no mercado de trabalho. Uma pessoa que concluiu uma pós-graduação tem 422% mais chances de conseguir um emprego do que quem não se alfabetizou.

Quem estuda também ganha mais: o salário de um pós-graduação é 544% maior do que aquele recebido pelos analfabetos (FGV).

Se todos os estudantes em países de renda baixa deixassem a escola sabendo ler, 71 milhões de pessoas poderiam sair da pobreza. Cada ano extra de escolaridade aumenta a renda individual em até 10%.

Faz a economia crescer:

58 - CLAUDE, Richard Pierre. Tradução: Anna Maria Quirino. DIREITO À EDUCAÇÃO E EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS. SUR - REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. Ano2•Número2•2005. P. 37-63.

59 A educação como instrumento de transformação da sociedade. 19/07/2019. Disponível: <https://jus.com.br/artigos/75458/a-educacao-como-instrumento-de-transformacao-da-sociedade> e <https://www.ainor.com.br/portal/artigos-do-palestrente/1046-qual-e-a-importancia-da-educacao>

Os países que priorizam o ensino de qualidade nas últimas décadas registram um crescimento econômico acima da média. O relatório da UNESCO mostrou que cada ano adicional de escolaridade aumenta a média anual do PIB em 0,37%. O aumento da taxa de emprego e do consumo também se traduz em mais impostos coletados pelo governo, o que resulta, em tese, em melhorias sociais.

Promove a saúde:

A criança cuja mãe sabe ler tem 50% mais chances de sobreviver depois dos cinco anos de idade (UNESCO). Além de reduzir a mortalidade infantil e diminuir a taxa de fecundidade, a Educação também está relacionada a hábitos mais saudáveis. Indivíduos com maior nível de escolaridade também têm menos chances de serem obesos e de fumarem diariamente, essa relação permanece evidente independente de sexo, idade e renda.

Diminui a violência:

Como a educação é capaz de impactar na diminuição desta desigualdade, ela também contribui para uma sociedade menos violenta, pois ela ajuda a superar a intolerância. A educação é fundamental para vencer a batalha contra a ignorância e da desconfiança que estão no cerne do conflito humano. [...]

Garante o acesso a outros direitos:

O acesso à educação permite que os indivíduos tenham consciência e conhecimento de que são sujeitos de direitos, isto é, que possuem direitos garantidos por lei [...]. Podem exigir mais adequadamente a implementação de políticas públicas (saúde, trabalho, assistência social, etc.) em favor da sua e das gerações futuras, sem se descuidarem do ambiente onde vivem.

Ajudar a proteger o meio ambiente:

A educação ajuda a preservar o meio ambiente, educando as pessoas para decisões sustentáveis, que satisfazem as necessidades presentes sem prejudicar as gerações futuras. [...]

Aumenta a felicidade:

As pessoas que estudam mais também se dizem mais felizes do que

aqueles que não estudaram ou não puderam estudar. O estudo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico mostrou que a satisfação pessoal entre as pessoas que estudaram até o nível superior é maior do que a satisfação das pessoas que pararam no Ensino Médio.

Fortalece a democracia e a cidadania:

Cidadãos mais críticos e conscientes de seus direitos colaboram mais para que a sociedade cumpra seus deveres cívicos. Levantamento em 27 países mostrou que 80% dos jovens com ensino superior vão às urnas, enquanto o número entre aqueles que não têm formação superior cai para 54%. O estudo também concluiu que os adultos mais escolarizados também são mais engajados socialmente.

Ajuda a compreender o mundo:

Ainda existe a ilusão de que estudar é apenas uma maneira de abrir portas para o mercado de trabalho. A educação é muito mais que isso. Engana-se quem imagina que refletir sobre o mundo em que vive só é importante para acadêmicos ou intelectuais. A compreensão de mundo é importante para qualquer ser humano.

Faz-nos cidadãos globais:

[...] No mundo globalizado cada um de nós acaba competindo ou mostrando suas mazelas em qualquer parte da terra. Com o crescimento na qualidade da educação obtemos também um melhor aproveitamento das oportunidades no cenário mundial. É possível pensar em competência global como o conjunto de conhecimentos, habilidades e motivações para investigar o mundo, reconhecer diferentes perspectivas, comunicar ideias e se tornar agente de mudanças na sociedade.”

A abordagem do professor nos parece absolutamente completa, o que dispensa seguir para demonstrar as aptidões implementadas pelo direito à educação, passando então ao transporte desses conhecimentos aplicados à criança.

5.A EDUCAÇÃO INFANTIL COMO SISTEMA DE EVOLUÇÃO SOCIAL

Inicialmente, mostra-se conveniente observar a perspectiva normativa sobre a ideia de criança. Não existe propriamente uma definição de quem é criança nos ordenamentos

jurídicos apresentados. No âmbito internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 considera infante todo ser humano menor de dezoito anos. Já no plano nacional, o Estatuto da Criança e do Adolescente instituído pela Lei nº 8.069/1990 destaca ser criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente entre doze e dezoito anos.

Do que alinhavado até o momento, o chamado *pleno desenvolvimento* quando relacionado à criança passa pela proteção desde antes do parto através do seio materno, para que desenvolva plenamente suas capacidades e potenciais como ser humano, sendo tal obrigação dividida entre os seus pais, a família e o Estado. Enaltecendo a preocupação sobre o tema, mostra-se apropriado destacar comentário da Dra. Rosânia Campos⁶⁰, nestes termos:

“Nas últimas décadas, foi notória a emergência das discussões que versam sobre as crianças e seus direitos, sendo esse inclusive o tema de diferentes conferências e reuniões internacionais e regionais. Dentre os direitos aí referidos, o direito à educação, sobretudo à educação infantil, configurou-se como uma questão fundamental para os governos locais.” [sem destaque no original]

E a referida doutora⁶¹ em educação, ao se instigar com esse fato, fornece-nos, através de pertinentes indagações, exatamente aquilo aqui proposto: ***“o que configurou essa centralidade na criança e na infância? E por que especificamente a educação infantil se tornou objeto de intervenção? Por que diferentes organismos internacionais concentraram vários estudos e indicações aos países em relação a esse nível educativo?”*** [sem destaque no original]

Diversos fatores se apresentam para entender a devida importância de reverenciar à educação de base – criança – e lhe dar a representatividade necessária, na tentativa de se obter uma resolução plausível aos termos das interrogações proferidas acima.

A primeira delas sem sombra de dúvidas são as desigualdades sociais que se ampliaram nas últimas décadas do século XX, intensificando a pobreza e trazendo a esse plano novos grupos sociais. Assim, por influência de diferentes organismos e governos nos anos 1990, a educação é proclamada como *eixo da produtividade*, o que torna necessário garantir e ampliar a oportunidade do seu acesso, mantendo um padrão mínimo de qualidade de aprendizagem. Ou seja, a educação teria papel fundamental na distribuição

⁶⁰ CAMPOS, Rosânia. As indicações dos organismos internacionais para as políticas nacionais de educação infantil: do direito à focalização. Educ. Pesqui., São Paulo, v. 39, n. 1, p. 195-209, jan./mar. 2013, pág. 197.

⁶¹ CAMPOS, Rosânia. As indicações dos organismos internacionais para as políticas nacionais de educação infantil: do direito à focalização. Educ. Pesqui., São Paulo, v. 39, n. 1, p. 195-209, jan./mar. 2013, pág. 197.

de oportunidades e uma indicada estratégia para amenizar as disparidades sociais⁶².

Diante dessa visão se tem aprimorado novos marcos regulatórios para a educação infantil e já na década de 2000, evidencia-se uma crescente preferência pela educação infantil como importante estratégia no combate à pobreza. Tanto é assim que se percebe uma organização educacional já às crianças de 0 a 6, sendo para os menores de 3 anos como instrumento de proteção, nutrição e educação das famílias, diferentemente para as crianças maiores de 4 anos, quando já é pensada alguma escolaridade futura, inclusive sendo no Brasil obrigatória a educação para crianças a partir de 4 anos.

Não se pode deixar de enaltecer que a antecipação etária da entrada das crianças na educação garante maior sucesso em seu processo escolar futuro, posto que nas considerações do Banco Mundial (1990), assim se aumenta o capital humano ao trabalho, sobretudo os que se encontram nas classes mais pobres, oportunizando que estes possam competir com outros por empregos melhores no mercado.

Com isto não **se quer dizer que se estaria desprezando a garantia do direito das crianças de serem crianças**, mas dar a hermenêutica dos propósitos educacionais intuídos na Convenção dos Direitos da Criança, em que seu artigo 29⁶³ objetiva o desenvolvimento do potencial completo da criança por meio da educação voltado aos direitos humanos, que se traduzem no desenvolvimento de um senso de identidade, socialização e interação

62 CAMPOS, Rosânia. As indicações dos organismos internacionais para as políticas nacionais de educação infantil: do direito à focalização. Educ. Pesqui., São Paulo, v. 39, n. 1, p. 195-209, jan./mar. 2013. P. 197.

63 "Artigo 29

1. Os Estados-partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de:

- a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança e todo o seu potencial;*
- b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;*
- c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem e aos das civilizações diferentes da sua;*
- d) preparar a criança para assumir uma vida responsável em uma sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena;*
- e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.*

2. Nada do disposto no presente artigo ou no artigo 28 será interpretado de modo a restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1º. do presente artigo e que a educação ministrada em tais instituições esteja de acordo com os padrões mínimos estabelecidos pelo Estado."

da criança com outros e com o meio ambiente.

Seria incoerente e aviltante à melhor técnica hermenêutica verificar o contexto jurídico integrante da Convenção dos Direitos da Criança de maneira individualizada, abstraindo-se o seu conjunto normativo que é absolutamente interligado. Tal conclusão decorre do fato de que há outros direitos ali elencados que representam a ideia global e abrangente que somados ao direito à educação, alavancam a própria dignidade da pessoa do infante, tais como: a sua não discriminação (artigo 2º.); o atendimento do melhor interesse da criança (artigo 3º.); o respeito à sua vida, sobrevivência e desenvolvimento (Art. 6º.); em poder se expressar e ser levado em consideração (artigo 12); à liberdade de expressão (artigo 13); à liberdade de pensamento (artigo 14); ao direito à informação (artigo 17); ao direito à educação para saúde (artigo 24); ao direito à educação (artigo 28); aos direitos linguísticos e culturais das crianças pertencentes às minorias (artigo 30).

Assim, em hipótese alguma que a prematuridade educacional da criança aviltaria seus direitos à personalidade infantil, posto que o conjunto normativo persegue uma dimensão qualitativa ao direito à educação, centrada na criança e em seu empoderamento, desmistificando a educação formal e incluindo as experiências e desenvolvimento dos talentos, habilidades e personalidades das crianças. **Diríamos, é educar a criança enquanto e como criança, sem atropelar etapas!**

Para o sucesso dessa empreitada, certamente será preciso apurar a qualidade e desnudar que o direito à educação não se limita ao vetusto sistema curricular, mas inclui todo um contexto escola-família-sociedade, promovido de forma que a dignidade das crianças seja preservada e elas possam se expressar livremente e participar da vida escolar, como seres protegidos, mas em evolução.

A cultura educacional, cuja perspectiva seja transformar um mundo melhor, devem refletir um equilíbrio entre os aspectos físicos, mentais, espirituais, intelectuais e emocionais do infante, sem se desgarrar do desenvolvimento das habilidades básicas e necessárias à infância.

Desta forma, a fim de que se possa constituir uma sociedade melhor, a responsabilidade dos Estados deve ser compartilhada com a família para promover uma educação voltada à formação da criança, tendo como suporte além do básico currículo escolar – letramento, aritmética e demais conteúdos de praxe -, igualmente outros aprendizados para a vida, obtidos através de técnicas sobre razoabilidade, interpretatividade, moralidade, senso crítico, respeitabilidade, entre tantas, procurando fazer evoluir na realização de escolhas prospectivas, na resolução de conflitos sem violência, na conscientização para bons relacionamentos sociais, responsabilidades, pensamento crítico, criatividade, e outros atributos que a educação pode ofertar.

Neste sentido é explícita a disposição contida no artigo 28 da Convenção dos Direitos da Criança, *in verbis*:

“Artigo 28.

1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

** tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente a todos;*

** estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;*

** tornar o ensino superior acessível a todos, com base na capacidade e por todos os meios adequados;*

** tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;*

** adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.*

2. Os Estados-partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente Convenção.

3. Os Estados-partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.”

Conduzindo-se ao plano nacional, essa visão da criança como ser humano em formação e dotada de direitos, teve no texto da Constituição de 1988 – de característica

social e democrática – sua expressa consideração, nestes termos:

“Art. 227. É 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.”

Diante da normatização suprema, deu-se a regulação desses direitos através de diplomas infraconstitucionais, especificamente a Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – e a Convenção Sobre os Direitos da Criança – incorporada ao direito nacional em 21 de novembro de 1990 -, que embora não tenha sido aprovada pelo Congresso Nacional pelo rito do artigo 5º, § 3º⁶⁴, da Carta Federal, segundo a doutrina majoritária e a posição estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, ela tem *status* de norma supralegal, abaixo da Constituição Federal, mas acima das demais leis infraconstitucionais.

Com isto, o Professor André Ramos Tavares⁶⁵ afirma que o enunciado do artigo 227 da Carta Magna é o firmamento da proposição de que os direitos fundamentais são direitos de todos e este dispositivo teve o propósito deliberado de garantir às crianças o princípio da prioridade de tratamento.

Vimos que o direito à educação é um direito fundamental social presente no rol do artigo 6º do mesmo diploma constitucional e que é dever do Estado efetivar este direito, conforme estabelecido no artigo 208 da Carta Federal, com o seguinte discurso:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de

⁶⁴ “Art. 5º. [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁶⁵ - TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.”

Resumidamente e ao que interessa, retira-se que é dever do Estado garantir a educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade, assegurada inclusive aos que não tiveram acesso na idade própria; a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade; atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde; recensear os educandos no ensino fundamental e zelar, junto aos pais e responsáveis pela freqüência destes na escola⁶⁶.

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Criança abre um capítulo próprio – IV67

66 SILVA, C. M. C. de S. e; SILVA, A. C. de S. e. A Convenção sobre os direitos da criança e o direito à educação no Brasil. Educação, [S. l.], v. 46, n. 1, p. e26/ 1–23, 2021. DOI: 10.5902/1984644441231. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/reeducacao/article/view/41231>. Acesso em: 1 nov. 2022.

67 - Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - direito de ser respeitado por seus educadores;

III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;

IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;

V - acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica.

Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

Art. 53-A. É dever da instituição de ensino, clubes e agremiações recreativas e de estabelecimentos congêneres assegurar medidas de conscientização, prevenção e enfrentamento ao uso ou dependência de drogas ilícitas.

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela freqüência à escola.

Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Art. 56. Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de:

I - maus-tratos envolvendo seus alunos;

II - reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares;

III - elevados níveis de repetência.

Art. 57. O poder público estimulará pesquisas, experiências e novas propostas relativas a calendário, seriação, currículo, metodologia, didática e avaliação, com vistas à inserção de crianças e adolescentes excluídos do ensino fundamental obrigatório.

Art. 58. No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes

– que denomina “*Do Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer*”, estabelecendo o direito à educação como direito da criança, visando ao seu pleno desenvolvimento, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, cabendo ao Estado assegurar o acesso à creche, à pré-escola, ao ensino fundamental e médio (arts. 53 e 54 da Lei 8069/90), inclusive garantindo os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente (art. 58 da Lei 8069/90) 68.

Finalmente, não se olvida que a Educação infantil no Brasil como forma de evolução social na busca de uma sociedade melhor é uma estratégia de longo prazo e direcionada às necessidades das gerações futuras. Certamente essa expectativa não terá o apoio dos impacientes e dos provincianos, mas é essencial não se perder o entusiasmo e incansavelmente provocar a elaboração de programas educacionais inovadores dirigidos primordialmente ao grupo infantil, **única forma que visualizamos para fomentar o desenvolvimento humano, a paz, a democracia, o respeito pelo Estado de Direito, criando-se uma sociedade melhor!**

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todos os aspectos estudados no presente artigo, conclui-se que a educação é o meio indispensável ao alcance da dignidade humana, à evolução social e à busca de uma sociedade melhor, tratando-se de direito essencial à garantia de outros direitos fundamentais.

Deve-se, com isso, enaltecer e intensificar a educação infantil, tendo a médio e longo prazo, as futuras gerações papel fundamental na distribuição de oportunidades para amenizar as disparidades sociais, sendo um dever social a ser observado pela família, pelo Estado e pela sociedade em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José de Melo. Brinquedos por direitos? In: O discurso dos direitos. Coimbra, 2011, p. 172

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. O núcleo mínimo dos direitos à educação e à instrução e o papel
de cultura.

Art. 59. Os municípios, com apoio dos estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude.”

68 - SILVA, C. M. C. de S. e; SILVA, A. C. de S. e. A Convenção sobre os direitos da criança e o direito à educação no Brasil. Educação, [S. l.], v. 46, n. 1, p. e26/ 1–23, 2021. DOI: 10.5902/1984644441231. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/reeducacao/article/view/41231>. Acesso em: 1 nov. 2022.

das Cortes africana e europeia de Direitos do Homem na sua garantia. Lisboa: [s.n.], 2010. p.214.

BOTELHO, Catarina Santos. A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial? Revista Jurídica Portucalense. nº 21. 2017.

CAMPOS, Rosânia. As indicações dos organismos internacionais para as políticas nacionais de educação infantil: do direito à focalização. Educ. Pesqui., São Paulo, v. 39, n. 1, p. 195-209, jan./mar. 2013.

CLAUDE, Richard Pierre. Tradução: Anna Maria Quirino. DIREITO À EDUCAÇÃO E EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS. SUR - REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. Ano2•Número2•2005. P. 37-63.

JAEGER, W.W. Paidéia: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 4.

NOVO, Benigno Núñez; MOTA, Antonio Rosembergue Pinheiro e. A educação como instrumento de transformação da sociedade. 19/07/2019. Disponível: <https://jus.com.br/artigos/75458/a-educacao-como-instrumento-de-transformacao-da-sociedade> e <https://www.ainor.com.br/portal/artigos-do-palestrente/1046-qual-e-a-importancia-da-educacao>

O'NEILL, O. Children's rights and children's lives. Ethics, Berkeley, v.98, n.3, p.445-463, abr.1988. p. 461 Apud ROSEMBERG, F.; MARIANO, C.L.S. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças: debates e tensões. Cadernos de Pesquisa, v. 40, n. 141, 2010, p. 705.

PEREIRA, T. da S. A Convenção e o Estatuto: um ideal comum de proteção ao ser humano em vias de desenvolvimento. In: PEREIRA, T. da S. (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos, p. 67.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 4ª. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. Define como sujeitos de direito internacional em um entendimento moderno àqueles que passaram a ter direitos e obrigações estabelecidos pelas normas internacionais. (p.169).

PORTO, Hiro da Justa. O Direito à Educação das Crianças Refugiadas. Universidade de Lisboa - Faculdade de Direito Mestrado Profissionalizante em Direito Internacional e Relações Internacionais. Lisboa 2019. Dissertação ao Programa de Pós-graduação do Mestrado. P. 12-106.

Registro Oficial da Terceira Sessão da Assembleia Geral, Parte I, "*Social Humanitarian and Cultural Questions*", 3º Comitê, Registro Sumário da Assembleia, 21 set.-8 dez. 1948, relatando a 147ª. Assembleia da Comissão realizada no Palais de Chaillot, Paris, 19 nov. 1948, p. 597.

REUTER, Paul Reuter. 1993, apud TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos. Vol III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003 p. 472.

ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. Publicado em 25 de abril de 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/gvh6jf9BxZFWyZzcbSDWpzk/?lang=pt>.

SILVA, C. M. C. de S. e; SILVA, A. C. de S. e. A Convenção sobre os direitos da criança e o direito à educação no Brasil. *Educação*, [S. l.], v. 46, n. 1, p. e26/ 1–23, 2021. DOI: 10.5902/1984644441231. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/reeducacao/article/view/41231>. Acesso em: 1 nov. 2022.

SILVA, EA; MIRANDA, HS. Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989): Re(descobrimo) a “infância ideal”. Disponível em: https://www.encontro2020.pe.anpuh.org/resources/anais/22/anpuh-pe-eeh2020/1601070164_ARQUIVO_9bad74d0681821768ec926b759a6ebee.pdf

SILVA, José Afonso da (1998, p. 93-94): A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 93 Abr./Jul. 1998.

SILVA, Paulo Lins e. Os Tratados Internacionais de Proteção Às Crianças e aos Adolescentes. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/254.pdf>

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Terre des Hommes. *Convenção sobre os direitos da criança / Terre des Hommes - Fortaleza*: [s.n.], 2014. Disponível em: [https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/tdhbrasil/direitos da crianca tdhbrasil 2014.pdf](https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/tdhbrasil/direitos_da_crianca_tdhbrasil_2014.pdf)

TOMASEVSKY, Katarina. Por que a educação não é gratuita? In: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela (Org.). *A educação entre os direitos humanos*. São Paulo: Autores Associados, 2006. p. 71.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 38-54, jan/mar, 2013. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/38644>

<https://prioridadeabsoluta.org.br/agenda-227/6-coisas-que-voce-precisa-saber-sobre-a-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca/>

CRIME DE PERSEGUIÇÃO UMA NOVA VISÃO DO CÓDIGO PENAL

VANESSA FRANÇA VALERO:

Graduada em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul –
UNIFUNEC⁶⁹

WALTER MARTINS MULLER

(orientador)

RESUMO: Com o avanço da inovação tecnológica, a sociedade experimentou uma melhoria no acesso a informações e comunicações, tornando-as mais rápidas e eficazes. Apesar dos benefícios que a modernização traz para o cotidiano, novos crimes surgem nesse ambiente. Diante desse cenário, houve a necessidade de uma revisão no Código Penal Brasileiro, refletida na Lei n.º 14.132/2021, que incorporou o crime de perseguição ao sistema legal, mediante a adição do artigo 147-A. Em síntese, este trabalho teve como objetivo proporcionar um estudo acerca da implementação da nova lei no Código Penal, bem como esclarecer o conceito de perseguição e quais os requisitos necessários para que um comportamento seja considerado um crime desse gênero. A metodologia aplicada para a elaboração deste trabalho foi a revisão bibliográfica, baseada em pesquisa bibliográfica descritiva, através de análise de artigos científicos, livros, legislação e doutrinas. É notável que a regulamentação desse direito pela Lei em questão foi muito bem executada, uma vez que o legislador reconheceu a importância de tipificar o crime de perseguição e estabelecer medidas coercitivas adequadas para apurar a tipicidade e ilicitude do comportamento, além disso, avaliar a culpabilidade do indivíduo, identificar os aspectos processuais relevantes e determinar aumentos de pena quando necessário.

Palavras-chave: Perseguição. Código Penal. Crime Contra a Liberdade Individual. Stalking. Competência.

1. INTRODUÇÃO

De início é válido compreender que o Direito Penal tem como função prevenir condutas criminosas com o propósito de controlar crimes e infrações penais, a fim de sancionar tais condutas por meio da aplicação de penas ou medidas de segurança. Diante da evolução da sociedade, surgem novos meios de comunicação pessoais fazendo com que novos crimes sejam realizados com a ajuda da tecnologia, na qual chamam a atenção do legislador, uma vez que a tecnologia está cada vez mais presente no cotidiano das

⁶⁹ E-mail: vanessa.valero@outlook.com

pessoas é preciso criar condutas para regulamentar os casos de crimes que evoluem como exemplo a perseguição obsessivas, advindas em boa parte pela modernização.

A Lei 14.132, de 31 de março de 2021, inseriu, no Código Penal, o art. 147-A, denominado crime de perseguição, conhecido mundialmente como *stalking*. Seu objetivo principal é resguardar a liberdade individual da pessoa, ou seja, restringir alguém de forma abusiva, a ponto de invadir sua privacidade, impedindo o pleno exercício de sua autonomia e exercer suas liberdades fundamentais.

É importante evidenciar que a perseguição resulta em sofrimento considerável para a vítima, uma vez que ela tem seu direito individual à intimidade e à privacidade limitado. O medo, coberto de ameaça e inseguranças, interfere na vida da pessoa a ponto de deixar traumas significativos, sendo assim, o legislador se preocupou em criar uma conduta jurídica que representa um meio de combate a esse tipo de crime.

Assim, o artigo 147-A do Código Penal por meio da Lei nº 14.132/2021 tem como objetivo conter os atos relacionados ao crime de perseguição. É claro que o legislador buscou de forma evidente coibir comportamentos persecutórios e estabelecer responsabilidade criminal para pessoas que praticam esse tipo de delito. Em situações nas quais os indivíduos demonstram obsessão em monitorar a vida de outra pessoa e perseguir essa pessoa, fica clara a falta de respeito pelos direitos alheios, tornando a vítima vulnerável diante dessa situação. Contudo, a atenção do Estado para o interesse da proteção de liberdade individual do sujeito passivo, que pode ser vítima de perseguição, independentemente do sexo foi despertada.

Portanto, pretende-se apresentar o crime 147-A denominado como perseguição, destacando quais os elementos necessários para configuração da infração penal, bem como identificar os casos que podem configurar redução ou isenção de pena.

2. CONCEITO DE STALKING

O termo "stalking" tem sua origem na língua inglesa e carrega consigo a conotação de perseguir, obsessão e insistência, palavras frequentemente associadas ao contexto da caça. Essa analogia remete ao comportamento do predador, que, de maneira incansável, assim como o "stalker" (perseguidor), persegue suas presas. É fundamental compreender que o ato de "stalking" implica na perturbadora intenção de alguém que deseja conhecer todos os detalhes da vida de outra pessoa, sendo, portanto, caracterizado como "stalker".

Bottiglieri (2018) conceitua o stalking como uma perseguição obsessiva ou assédio intrusivo, caracterizado pela invasão repetitiva da esfera de privacidade de outra pessoa. Por meio de diversos artifícios, esse comportamento resulta em sofrimento mental,

psicossomático e social, não apenas para a vítima, mas também para todas as pessoas próximas a ela.

Pioneiro no Brasil, Damásio de Jesus foi um dos primeiros juristas a reconhecer como forma de violência o *stalking*, definindo como uma conduta na qual o sujeito ativo invade a esfera de privacidade da vítima, repetindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando táticas e meios diversos: ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em faixas afixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola ou trabalho, espera de sua passagem por determinado lugar, frequência no mesmo local de lazer, em supermercados etc. O *stalker*, às vezes, espalha boatos sobre a conduta profissional ou moral da vítima, divulga que é portadora de um mal grave, que foi demitida do emprego, que fugiu, que está vendendo sua residência, que perdeu dinheiro no jogo, que é procurada pela polícia etc. (JESUS, 2009).

Com o propósito de estabelecer um entendimento comum sobre o que constitui perseguição e como identificá-la de forma mais clara, a abordagem mais sensata é adotar o senso comum como ponto de referência. Nesse contexto, Silva (2015) destaca a importância crucial de examinar a percepção e os sentimentos da vítima em relação a uma determinada situação, a fim de determinar a natureza desses comportamentos.

Em estudos feitos pelo CAO – Crim, Sarrubbo, foi apresentado o entendimento no Enunciado 11 do Boletim Criminal Comentado n.º 137 de Maio de 2021 pela seguinte maneira: "A 'reiteração' mencionada no artigo 147-A do Código Penal pressupõe duas ou mais condutas direcionadas a uma vítima específica, sequenciais ou não, desde que ocorram no mesmo contexto fático" (SARRUBBO, 2021, página 5).

3.TIPO PENAL ESPECÍFICO

A Lei 14.132/2021 inseriu o artigo 147-A ao Código Penal, tipificando a conduta de perseguição, também conhecida pelo termo em inglês *stalking*. A mesma lei revogou o art. 65 da Lei das Contravenções Penais, que dispunha sobre a contravenção penal de perturbação da tranquilidade, conforme os seguintes artigos do código penal:

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação.

A análise do tipo penal e os pontos de importante menção, em sua redação, serão objeto de análise.

Castro e Sydow (2021) define que na língua culta a palavra “perseguir” representa o verbo “seguir” tendo o prefixo “per”. Sendo esse prefixo de origem latina, e significa através de, acima de, muito. Tal que seu caso concreto, como melhor significado seria algo como excessivamente. Dessa forma, perseguir seria seguir excessivamente.

Merece destaque a observação de que o crime em questão se caracteriza como uma ação de livre escolha, ou seja, pode ser perpetrado por diversos meios. Isso evidencia a preocupação do legislador em coibir esse comportamento tanto no ambiente virtual quanto no físico. Dessa forma, a perseguição virtual, como a que ocorre nas redes sociais, também pode ser enquadrada como delito, destacando-se o termo “cyberstalking” para ilustrar essa situação.

É relevante analisar que o crime em estudo é de ação livre, ou seja, pode ser executado por vários meios, o que demonstra, que o legislador se preocupou em reprimir a conduta tanto no mundo virtual quando no físico. Portanto, a perseguição virtual, como a que ocorre em redes sociais, também pode ser considerada um delito, com destaque para o termo “cyberstalking” para ilustrar essa situação.

De fato, o Art. 147-A configura um crime vinculado, no qual a perseguição deve se dar através de ameaça à integridade física ou psicológica da vítima, ou pela restrição de sua capacidade de locomoção e liberdade. Nesse contexto, é correto afirmar que quem comete o crime de perseguição por qualquer meio é considerado o agente ativo. Assim, a título de exemplo ilustrativo, a vítima percebe que alguém, constantemente a persegue, seja a pé ou de carro, como um ex-namorado, a segue pela cidade, ela vai ao mercado, e

ele está lá. Ela comparece a uma festa, e ele fica rondando, divulgação não autorizada de informações pessoais, chamadas telefônicas constantes com teor de ameaça ou ofensividade.

Essa perseguição constante pode, de fato, restringir a liberdade da vítima, limitando sua capacidade de locomoção, muitas vezes devido ao medo ou constrangimento causados por essa perseguição persistente. Além disso, pode-se pensar em um fã que persegue repetidamente seu ídolo, desde que a liberdade de locomoção da vítima seja efetivamente restringida.

Com efeito, perseguição é infração de menor potencial ofensivo, sendo a pena de 6 meses a 2 anos de reclusão, além da multa.

O legislador também previu, no que diz respeito à perseguição, algumas circunstâncias que podem resultar em um aumento da pena quando o crime é cometido contra crianças, adolescentes ou idosos. É importante notar que a definição de criança e adolescente no Direito Penal pode variar, mas geralmente se adotam os critérios estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), mesmo que o artigo 2º do ECA se refira apenas para fins daquela lei específica.

De acordo com o ECA, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, artigo 2º, "considera-se criança a pessoa com idade até doze anos incompletos, enquanto adolescente é aquele que possui entre doze e dezoito anos de idade". Portanto, se a vítima tiver menos de 18 anos, isso resultará em uma pena mais alta.

Quanto aos idosos, o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, define como tal a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, embora a atenuante de pena pela senilidade estabeleça o marco em 70 anos, esse parâmetro de 60 anos tem sido seguido pela doutrina em outros tipos penais como definição de idoso para fins penais.

Além disso, uma causa de aumento de pena é aplicada quando o crime é cometido contra a mulher, desde que por razões relacionadas à sua condição de sexo feminino. Portanto, a gravidade do crime contra a mulher pode ou não ser agravada, dependendo das circunstâncias. O artigo 121, § 2º-A, do Código Penal, faz uma referência direta às razões da condição de sexo feminino para a qualificação do feminicídio.

Essas razões se relacionam, na verdade, ao gênero e ao papel que a mulher desempenha na sociedade. No entanto, o legislador optou por usar o termo sexo feminino com o intuito de excluir mulheres transexuais. As razões para essa qualificação incluem situações de violência doméstica e familiar, bem como de menosprezo ou discriminação contra a mulher. No caso de violência doméstica e familiar, a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, oferece uma definição específica.

A imposição de uma pena mais severa nesses casos se justifica pelos alarmantes índices de violência contra a mulher no país, muitas vezes praticados por pessoas de seu convívio familiar ou afetivo, inclusive dentro de seu próprio lar. Além disso, as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha podem ser aplicadas, e o descumprimento dessas medidas pode configurar um crime adicional.

De fato, o legislador previu o concurso de pessoas como um fator que aumenta o potencial lesivo do crime, justificando assim uma causa de aumento de pena. Para que essa causa de aumento seja aplicada, é necessário que haja a participação de dois ou mais agentes, que podem atuar como autores ou partícipes do delito. Não é exigido que todos sejam imputáveis, nem é necessário identificar todos os envolvidos; basta que mais de dois indivíduos tenham contribuído para a prática do crime.

Adicionalmente, o uso de qualquer tipo de arma intensifica o perigo à liberdade individual. O legislador não restringiu a palavra arma, ao contrário de casos como o roubo majorado, por exemplo. Portanto, a circunstância de agravamento da pena é aplicável quando há o uso de uma arma de fogo, uma arma branca, ou mesmo uma arma imprópria, como uma garrafa quebrada.

4. AÇÃO PENAL

No art. 147-A, segundo § 3º, o legislador conclui que o delito de perseguição é de ação penal pública, ou seja, somente se condicionada mediante à representação. É dizer, que o processo penal será iniciado apenas quando a vítima quiser. Desse modo, a nova lei, realça a importância da vontade da vítima no campo da intervenção penal. Assim, é válido dizer que embora o crime seja praticado em âmbito de violência doméstica contra a mulher, será imprescindível a representação, pois o legislador não fez qualquer ressalva sobre esse quesito.

Segundo Gomes, a ideia que " No caso, cabe à vítima formalmente representar contra o perseguidor, a fim de que este possa ser submetido a um processo penal, desde que existam elementos suficientes de materialidade e indícios de autoria" (Gomes et al.,2021, página 1133). Assim, é relevante observar que, independentemente da representação, a vítima de perseguição obsessiva tem o direito de solicitar a aplicação de medidas protetivas de urgência estabelecidas pela Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), conforme explica Gomes, "[...] devido à violência psicológica sofrida devido à perseguição ou à violência perpetrada pelo agressor".

É importante destacar que a ação penal pública condicionada à representação da vítima é aquela em que a responsabilidade pela iniciativa do processo penal recai sobre o Ministério Público, mas requer a autorização da vítima para ser instaurada. Além disso, a

vítima ou seu representante legal deve estar ciente do prazo de 6 (seis) meses para efetuar essa representação, conforme estipulado pelo artigo 38 do Código de Processo Penal. É interessante observar que esse prazo decadencial começa a contar a partir do momento em que a vítima toma conhecimento da identidade do autor do crime.

Portanto, no caso de perseguição obsessiva realizada através de um perfil falso, o prazo para representação apenas começa a contar a partir da identificação do perseguidor. Se esse prazo se esgotar sem que a representação seja realizada, ocorre a extinção da punibilidade do agente. A extinção da punibilidade se refere ao momento em que o Estado perde o direito de punir alguém que tenha violado alguma norma penal, conforme previsto no artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

5. COMPETÊNCIA JULGADORA

Dado que a sanção associada ao crime de perseguição compreende a pena de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além de multa, estamos diante de um crime considerado de menor gravidade, conforme estabelecido pelo artigo 61 da Lei n.º 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais): "Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa".

Assim sendo, nos episódios de perseguição obsessiva, a responsabilidade recai sobre o Juizado Especial Criminal, tal como estipulado pelo artigo 60 da Lei n.º 9.099/1995. Nessas circunstâncias, as disposições e o protocolo delineados por essa lei devem ser empregados, abarcando elementos como a resolução cível, o acordo penal, a possibilidade de suspensão condicional do processo e o trâmite sumaríssimo. Importa salientar que a atribuição do Juizado é definida em conformidade com a localidade do delito, de acordo com o preceito estabelecido no artigo 63 da mencionada legislação.

É crucial recordar que, caso o delito de perseguição obsessiva seja cometido nos termos do agravamento da pena delineado no artigo 147-A, §1º, inciso II, do Código Penal, isto é, quando relacionado à violência doméstica contra a mulher, tais mecanismos não são empregados, conforme preconizado pelo artigo 41 da Lei Maria da Penha (2006): "Para os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena estipulada, as disposições da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, não são aplicáveis".

Desse modo, nos casos em que ocorre o crime de perseguição obsessiva com o uso de violência doméstica contra a mulher, não se deve seguir as diretrizes estabelecidas pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Em vez disso, as disposições da Lei Maria da Penha devem ser aplicadas, o que inclui a adoção das normas do Código de Processo Penal no que diz respeito aos procedimentos judiciais, julgamento e execução das ações penais

resultantes de atos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso também implica na imposição de medidas protetivas de urgência e na disponibilidade de uma equipe de atendimento multidisciplinar para lidar com tais situações.

Em outras situações, as normativas estabelecidas pelas instâncias judiciais devem ser empregadas dentro dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A autoridade policial encarregada de tomar conhecimento dos eventos deve formalizar o registro das circunstâncias e encaminhá-lo ao Juizado Especial Criminal competente. Inicialmente, procede-se à realização de uma audiência preliminar criminal, na qual se busca uma resolução amigável por meio da conciliação de danos cíveis, de acordo com as disposições do artigo 72 da Lei n. 99/1995. Caso um acordo seja alcançado, o processo é encerrado, enquanto na ausência de conciliação, a possibilidade de apresentação de uma representação é oferecida.

Quando a representação é efetivada, cabe destacar que a responsabilidade pela oferta da transação penal, para a imediata aplicação de sanções alternativas ou multas ao autor do ato, não recai sobre o Ministério Público, conforme estabelecido pelo artigo 76 da Lei n.º 9.099/1995. É importante observar que a aceitação da proposta de transação penal não implica na admissão de culpa. Além disso, o indivíduo que cometeu o ato deve ser considerado réu primário, não possui obrigatoriedade de aceitar a proposta, não pode ter se beneficiado de tal oferta nos termos do mesmo artigo nos últimos 5 (cinco) anos, e precisa demonstrar antecedentes favoráveis, boa conduta social e personalidade íntegra.

Caso o autor do ato concorde com a proposta de transação penal, o processo é encerrado. Entretanto, caso a transação penal não seja aplicada ou não obtenha êxito, então, no âmbito do procedimento comum sumaríssimo, ocorre a audiência de instrução e julgamento. Durante essa audiência, é apresentada uma nova possibilidade de acordo ao autor do ato, que consiste na suspensão condicional do processo, em conformidade com o disposto no artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Em relação à suspensão condicional do processo, Rodrigues e Pacheco explicam que "Este é cabível quando o mínimo da pena privativa de liberdade, abstratamente cominada ao delito, for igual ou inferior a um ano" (RODRIGUES E PACHECO, 2016, página 375). É relevante ressaltar que o processo pode ficar suspenso por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, contanto que o acusado cumpra as determinações da proposta. Nesse caso, é necessário que haja uma sentença homologatória para suspender o processo provisoriamente, seguida pela extinção definitiva caso todas as condições sejam integralmente cumpridas.

No cenário em que não ocorra um acordo, na própria audiência de instrução e julgamento, a etapa subsequente é a fase de instrução, focada na apresentação de provas. Nesse estágio, acontece o questionamento da vítima, o depoimento das testemunhas de

acusação e de defesa, o interrogatório do acusado, as argumentações verbais finais e, por último, a prolação da sentença.

6.CONCLUSÃO

Com o presente estudo, vislumbrou-se apresentar o conceito de perseguição e seus aspectos mais relevantes, que justificaram a importância da inserção do artigo 147-A no Código Penal, por meio da Lei n.º 14.132/2021. Além disso, foram apresentados crimes que podem ser considerados como atos de perseguição.

Essa mudança legislativa foi uma resposta à crescente incidência de condutas prejudiciais facilitadas pela tecnologia, reforçando as disposições legais para lidar com comportamentos que violam a integridade e segurança das pessoas no mundo digital e físico.

Finalmente, os estudos permitiram a compreensão dos aspectos processuais relacionados ao crime de perseguição. É crucial destacar que a representação da vítima é um requisito fundamental. Também, sendo uma infração de menor potencial ofensivo, a competência para o processamento e julgamento de tais processos será feito pelo Juizado Especial Criminal. No entanto, é fundamental ressaltar que há uma exceção quando a perseguição ocorre no contexto de violência doméstica contra a mulher. Nessa circunstância, as penalidades aplicáveis são determinadas pela Lei Maria da Penha.

REFERÊNCIA

BRASIL. **Lei n.º 14.132, de 31 de março de 2021.** Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm#art2. Acesso em: 5 abr. 2023.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 20 ago.2023.

BRASIL. Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em 18 ago.2023.

BRASIL. **Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 18 ago.2023.

BRASIL. **Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.** disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. acesso em 01 jun. 2023

BOTTIGLIERI, F. C. S. B: Stalking: A responsabilidade civil e penal daqueles que perseguem obsessivamente. São Paulo, 2018.

CASTRO, A. L. C; SYDOW, S.T; **Stalking e cyberstalking: obsessão, internet, amedrontamento.** [Coleção Cybercrimes]. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017

JESUS, Damásio Evangelista de. **Stalking.** Disponível em: www.jusnavigandi.com.br , acesso em 12.01.2008.

GOMES, Francisco Handerson Miranda et al. Leis Penais **Especiais:** Comentadas na visão do STF, STJ e TSE. Leme: Mizuno, 2021.

RODRIGUES, Roberto; PACHECO, Livia Mara Abrão. **Direito penal fundamental: parte geral.**6. ed. Goiânia: PUC, 2016.

SILVA, Mariana Oliveira Marques da. Stalking: **A previsão legal de um novo tipo de crime.** Dissertação (Mestrado em Direito Criminal) – Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18644/1/STALKING%20-%20a%20previs%C3%A3o%20legal%20de%20um%20novo%20tipo%20de%20crime.%20pdf.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2022.

SARRUBBO, Mário Luiz. **CAO – Crim: Boletim Criminal Comentado nº 137, 5/2021 (semana nº 2). Mai. 2021.** Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/Boletim%20CAOCRIM%20137.pdf . Acesso em: 03 jul. 2023.

A PUBLICIDADE MÉDICA NAS REDES SOCIAIS, E SUA INFLUÊNCIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

RENATO DE ASSIS PINHEIRO: Advogado, professor, escritor, debatedor, conferencista. Graduado em Direito pela Universidade FUMEC-MG. Pós-graduado em Direito Processual pela PUC-MG. Pós-graduado em Direito Médico pela Universidade de Araraquara/SP⁷⁰.

RESUMO: Na última década, o fenômeno das redes sociais revolucionou a forma pela qual a sociedade se comunica, impactando nas relações pessoais e sobretudo nas profissionais, principalmente através da democratização da publicidade e do aumento da concorrência, em praticamente todos os setores. O fenômeno social do culto à beleza também é um aspecto primordial do nosso estudo, por levar milhares de pessoas em todo o mundo, a perseguir o padrão de beleza imposto pela sociedade. O encontro destes fenômenos, somado a certas características estruturais da saúde no nosso país, levou um grande contingente de médicos a buscar seu espaço no setor privado, muitos deles empreendendo com seu próprio negócio nas principais capitais do país, enfrentando a grande concorrência de médicos, e de outros profissionais da saúde. Este movimento mercadológico impactou negativamente na relação médico-paciente, que se tornou uma relação em profunda crise, sobretudo nos tratamentos eletivos, e especialmente nos estéticos. Esta crise elevou a mercantilização da medicina a níveis inéditos, piorando a experiência vivida pelos pacientes e agravando ainda mais o problema da judicialização da medicina. Neste estudo, abordamos a relação de causa e consequência entre os fenômenos inicialmente apontados, e as distorções às regras de responsabilidade civil identificadas nas decisões judiciais. Analisamos dados da judicialização da medicina no Brasil, verificando decisões judiciais, sobretudo nas condenações baseadas na publicidade médica realizada nas redes sociais. A publicidade médica possui um papel central neste quadro, trazendo consequências nos tribunais brasileiros bastante preocupantes para toda a classe médica, como o crescente volume de decisões judiciais nas quais os critérios de responsabilidade civil adotados fogem dos padrões tradicionais. Há casos em que a

⁷⁰ Pós-Graduando em MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas/RJ. Professor do curso de Direito Médico e Odontológico da UCA (Universidade Corporativa da ANADEM). Professor do curso de Direito da Regulação da UCA (Universidade Corporativa da ANADEM). Especialista em Terceiro Setor. Coautor do livro "Direito Processual e o Constitucionalismo Democrático Brasileiro" – 2009. Autor do livro "Socorro Mútuo: Como a Proteção Veicular revolucionou o mercado de Proteção Patrimonial e de Seguros do Brasil" – 2019. Conselheiro Jurídico e Científico da ANADEM – Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética. Acadêmico Efetivo e Vitalício na área de Ciências Jurídicas da Academia Latino-Americana de Ciências Humanas. Secretário Geral da Unidade Brasil da ASOLADEME – Asociación Latino americana de Derecho Médico. E-mail: renato@renatoassis.com.br

obrigação de meio deu lugar à obrigação de resultado, e outros em que a responsabilidade subjetiva deu lugar à objetiva, criando-se um contexto em que até simples intercorrências cirúrgicas e eventos adversos não evitáveis podem ser imputadas ao médico. Muitas decisões judiciais são motivadas por problemas como negligência informacional, vícios no consentimento do paciente, promessa de resultado incerto, e até a promoção de desinformação através da publicidade médica nas redes sociais. O objetivo da publicidade médica deve ser a informação, sendo a atração de pacientes uma mera consequência. Quando desvirtuada de seu conceito original, a publicidade médica gera a inevitável aproximação da relação médico-paciente, a uma mera relação de consumo. Como consequência, o Poder Judiciário pode alterar a forma de responsabilização dos médicos, causando prejuízos irreversíveis aos direitos dos médicos, de forma global. É indispensável que o Estado e a Sociedade Civil, sobretudo as entidades médicas e os Conselhos de Medicina, regulem e fiscalizem adequadamente a publicidade médica nas redes sociais, impondo os limites necessários para defesa dos direitos dos pacientes e da sociedade, assim como dos próprios médicos.

Palavras-chave: Publicidade Médica. Redes Sociais. Responsabilidade Civil. Obrigação de Resultado.

ABSTRACT: Throughout the last decade, social networking has revolutionized communications in all societies, causing great impact on personal and particularly professional relationships, mainly through democratization of advertising and increase of competition in all market sectors. The phenomenon of beauty worship is another crucial event observed in our study, since it has lead thousands of people in the world to pursue the beauty standards (often quite high ones) imposed by society. In addition to these two trends, certain structural problems in our country – which we will address further on – have caused a large number of doctors to look for their own space in the private sector, many of them running their own businesses in the main capitals of Brazil and facing enormous competition among fellow physicians and other professionals of health. The above-mentioned shift in the market has negatively impacted the doctor-patient relationship (DPR) has gone into a deep crisis, especially in elective treatments, and particularly the aesthetic ones. This crisis has elevated the commodification of medicine into unforeseen levels, worsening the patient experience and aggravating the judicialization of medicine. In this study, we assess the cause-and-effect association between the mentioned phenomena and distortions identified in applying the civil responsibility rules. We examine data pertaining to the judicialization of medicine in Brazil, inspecting legal decisions and their ground rules, expressly the convictions based upon medical advertising on social networks. Medical advertising plays a central role in this picture, replicating in Brazilian courts of law and causing concern to the entire medical class, namely the increasing volume of legal decisions in which civil responsibility criteria break away from the traditional standards.

There are cases in which the obligation of means was replaced by an obligation of result toward patients, and cases in which the subjective responsibility became objective. In this sense, even simple surgical misfortunes and unavoidable adverse events can be attributed to the doctor. A lot of legal decisions are motivated by issues such as information negligence, consent bias, uncertain result promise, or even the promotion of misinformation through medical advertising on social media. The aim of medical advertising must be the information, and patient attraction a sheer consequence. When advertising deviates from its original concept, it inevitably narrows the line between a DPR and an ordinary customer relationship (i.e., purely contractual). As a result, the judiciary alters the way doctors respond to the law, causing irreversible damage to the medical rights in general. It is crucial that the government and the civil society, mainly the medical authorities and the Boards of Medicine, regulate and properly monitor the practice of medical advertising on social networks, imposing the necessary limits to warrant patient and doctors' rights.

Keywords: Medical Advertising. Social Networks. Civic Responsibility. Obligation of Result.

1. INTRODUÇÃO

As redes sociais revolucionaram a forma pela qual a sociedade se relaciona, sendo atualmente o principal meio de comunicação em todo o mundo. O tempo gasto pelas pessoas nas redes sociais aumentou em 60% só nos últimos 7 anos, conforme levantamento da *Global Web Index*⁷¹. Os brasileiros ocupam o segundo lugar no ranking dos povos que consomem mais tempo nas redes sociais, com cerca de 225 minutos diários.

Por estes e outros motivos, as redes sociais alcançaram o status de principal *inovação disruptiva*⁷² ocorrida durante a *quarta revolução industrial*⁷³, marcada pela universalização do acesso e da utilização da tecnologia. Esta ruptura não se limitou às relações pessoais, impactando ainda mais nas relações *business-to-consumer* (B2C). Um dos impactos mais marcantes foi a quebra do monopólio da publicidade, democratizando seu acesso para os pequenos negócios e aumentando a concorrência em praticamente todos os setores. E o cliente, que até então era tratado como um recurso inesgotável, passou a ser um ativo altamente disputado, sobretudo no moderno ambiente da *Saúde Digital*⁷⁴.

Em meio a todas estas transformações, nas últimas décadas, o Brasil foi palco de uma grande expansão da rede privada de saúde, possibilitando a muitos médicos uma alternativa à atuação na caótica rede pública, com possibilidades de melhores condições de trabalho e remunerações mais justas. Segundo pesquisa recente da Associação Médica Brasileira - AMB75, somente 12,1% dos jovens médicos entrevistados, ao concluir a residência médica, se interessavam em atuar na rede pública. Na rede privada, muitos médicos decidiram empreender na área de tratamentos eletivos, sobretudo os estéticos, devido ao forte aquecimento da indústria da beleza em todo o mundo. Esse movimento causou um aumento significativo da concorrência no setor, trazendo uma série de consequências.

Paralelamente a este quadro, houve um vertiginoso crescimento do número de escolas médicas no Brasil. Atualmente já são 389 universidades oferecendo o curso, sendo que 167 delas (42,9%) foram criadas apenas nos últimos 10 anos. Em uma década foram criadas no Brasil mais escolas médicas do que o total existente na China (164), e pouco menos que o total nos EUA (196). Este crescimento foi resultado da política de expansão, que teve a finalidade de alocar e reter médicos em áreas desassistidas. Contudo, conforme apurado pela AMB76, somente 20% dos formandos destas escolas se registraram no CRM da localidade, havendo uma intensa migração para as principais capitais do país, onde estão as melhores oportunidades profissionais, e não faltam médicos.

Outra medida do governo brasileiro para resolver o problema da falta de médicos nas regiões menos desenvolvidas foi o controverso Programa Mais Médicos, implementado pela Lei n.12.871/2013. Contudo, segundo pesquisa divulgada em 2018 pelo Conselho Federal de Medicina - CFM77, a maioria dos 8.233 cubanos que vieram para o Brasil através do programa, se estabeleceu em municípios da faixa litorânea, próximos aos centros mais desenvolvidos. O estado da federação que mais recebeu médicos cubanos foi São Paulo, que além de ser o mais desenvolvido do país, já abrigava quase 30% de todos os médicos brasileiros.

Vale ressaltar também o intenso processo de privatização do ensino médico ocorrido no Brasil, pois conforme estudo recente, 80% das vagas oferecidas no Brasil são em escolas particulares, seguindo a tendência mundial, segundo trecho abaixo do PROVIMED 202378:

Na Ásia, eliminação de restrições regulatórias fez crescer o ensino médico privado. A Índia possui 579 escolas médicas, formando mais de 52.000 novos médicos por ano. Assim como na Índia, em Bangladesh (63%), no Japão (58%), Nepal (77%), Paquistão (56%), Coreia do Sul (76%) e Taiwan (73%), mais da metade das escolas médicas existentes no país é privada. No Oriente Médio, o Iêmen, o Bahrein e o Catar privatizaram totalmente sua educação médica. Já nos Estados Unidos, até o ano de 2016, o número de matriculados no primeiro ano de graduação de faculdades de Medicina aumentou cerca de 45% (de 19.456 em 2002 para 28.283 em 2016) e 33 novas escolas foram criadas.⁷⁹

Mas pelo menos no Brasil, a qualidade do ensino se movimentou em sentido contrário, talvez como um reflexo da privatização do setor. Segundo o CFM, mais de 90% das novas instituições de ensino estão em municípios com déficit na estrutura mínima para o funcionamento dos cursos (hospitais de ensino, leitos de internação, equipes de *Saúde da Família*, etc.) gerando uma baixa qualidade de ensino e a formação de profissionais despreparados. Por este motivo (somado à escassez de vagas de residência médica) somente 62,5% dos médicos habilitados no Brasil são titulados em alguma das 55 especialidades médicas reconhecidas pelo CFM.

Com o objetivo de melhorar a qualidade do ensino, em 2018 foi decretada moratória de 5 anos de interrupção das autorizações de novos cursos de medicina, a exemplo do ocorrido no Japão (moratória de 30 anos, decretada em 1991) e nos EUA (fechamento de mais de 50% das escolas de medicina). Entretanto, com seu fim em 2022 não foi constatada qualquer mudança qualitativa. Por outro lado, já existem 225 processos de criação de novos cursos em vias de aprovação, o que pode representar um incremento de quase 50% no número de vagas ofertadas.

Atualmente, existem mais de 564 mil médicos no país, cerca de 2,65 por mil habitantes, segundo informado pelo CFM⁸⁰. São oferecidas anualmente mais de 42 mil vagas de graduação em medicina, 120% a mais do que 10 anos atrás, representando um ritmo de crescimento que em breve tornará o Brasil o país com maior número de médicos no mundo.

Embora haja médicos suficientes para atender às necessidades de toda a população brasileira, existe no país um cenário de extrema desigualdade na distribuição, fixação e acesso aos profissionais. Cerca de 50% de todos os médicos do Brasil estão registrados somente em 3 das 27 unidades federativas (SP, MG e RJ), onde estão as melhores

oportunidades de trabalho. Na medicina estética a realidade é a mesma, cerca de 1/3 de todos os cirurgiões plásticos do país estão somente em SP, e 60,4% em na região Sudeste. Vivemos, portanto, um brutal paradoxo: enquanto faltam médicos nas regiões mais carentes do país, existe um ambiente de altíssima concorrência nos grandes centros urbanos.

Conforme demonstrado nesta introdução, na última década houve uma notável mudança no mercado de serviços médicos, assim como no perfil padrão dos médicos e também dos pacientes. A relação médico-paciente se afastou dos padrões hipocráticos, e entrou em profunda crise, devido ao imenso desencontro de expectativas entre as partes envolvidas. Entre as mudanças mais notáveis e problemáticas, destacam-se aquelas que ocorreram em relação aos tratamentos eletivos, especialmente no caso dos tratamentos estéticos, conforme veremos a seguir.

2.O CULTO À BELEZA

Embora a cirurgia plástica moderna tenha se desenvolvido com a finalidade reparadora, sobretudo durante a 1ª Guerra Mundial, a evolução das técnicas e a redução dos custos fizeram com que a especialidade passasse a ser utilizada com maior frequência para fins estéticos. Pouco mais de um século depois, vivemos a era do *culto à beleza*, um fenômeno social global de grande impacto no nosso estudo.

Segundo a *International Society of Aesthetic Plastic Surgery* - ISAPS81, em 2021 houve um aumento de 19,3% no número de procedimentos realizados por cirurgiões plásticos, alcançando 12,8 milhões de procedimentos cirúrgicos e 17,5 milhões não cirúrgicos, em todo o mundo. O estudo aponta ainda um aumento de 33,3% no total de cirurgias estéticas nos últimos 4 anos, e de 54,4% nos procedimentos não cirúrgicos (como toxina botulínica, preenchimentos e *peeling*). Outro estudo, da organização australiana *Pretty Foundation*⁸² aponta que a busca pela aparência perfeita se tornou uma obsessão para pessoas cada vez mais jovens. Segundo o estudo, 38% das meninas de 4 anos de idade já se declaram insatisfeitas com o próprio corpo, e 35% já fazem dietas aos 5 anos. Já o último censo da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica - SBCP⁸³ indicou que 6,6% do total de cirurgias plásticas no Brasil é realizado em pacientes de 13 a 18 anos.

O fenômeno do culto à beleza – assim como o fenômeno das redes sociais – possui uma íntima relação com a tecnologia. Aplicativos e filtros disponíveis em qualquer

smartphone modificam a estética facial e corporal vídeos e fotos, exibindo para a audiência nas redes sociais – e para o próprio usuário – uma imagem “melhorada” pela *inteligência artificial*, mais próxima ao padrão de beleza imposto pela sociedade. O efeito é o crescimento da rejeição das pessoas à própria aparência, conforme comprovado pelo estudo publicado pela Academia Americana de Plástica Facial e Cirurgia Reconstructiva - AAFPRS84 em 2017, no qual 55% dos cirurgiões plásticos americanos afirmaram que seus pacientes desejavam melhorar a aparência em *selfies*, contra apenas 13% em 2016. Números que certamente se agravaram após a pandemia do COVID-19, que aumentou drasticamente o uso da tecnologia em função do isolamento social. No Brasil não é diferente: um estudo publicado este ano na Revista Brasileira de Cirurgia Plástica⁸⁵ indicou que 44,73% dos pacientes decidiram realizar cirurgias plásticas por influência das mídias sociais.

Com cada vez mais pessoas rejeitando a própria imagem, a incidência de *transtorno dismórfico corporal* (TDC)⁸⁶ teve picos de crescimento em todo o mundo. Segundo o mesmo estudo da Revista Brasileira de Cirurgia Plástica⁸⁷, o distúrbio foi identificado em pelo menos 34,21% dos pacientes de cirurgias plásticas no Brasil.

Com todos estes impactos, o mercado da beleza no Brasil se tornou dos mais aquecidos do mundo, atraindo a força de trabalho não só de cirurgiões plásticos, mas de médicos de diversas outras especialidades, além de profissionais de outras áreas.

3.0 MERCADO DAS CIRURGIAS PLÁSTICAS NO BRASIL

Existem pouco mais de 6.500 cirurgiões plásticos no Brasil, cerca de 1,15% do total de 564 mil médicos. Embora pareça um número baixo, é o suficiente para colocar o Brasil em segundo no *ranking* mundial, atrás somente dos EUA, com pouco mais de 7 mil profissionais. Cerca de 1/3 dos cirurgiões plásticos do Brasil estão somente no estado de São Paulo, e 60,4% na região Sudeste, criando nestas regiões um mercado de altíssima concorrência na medicina estética.

A concorrência é ainda mais maior devido ao fato de o CFM permitir a atuação de médicos sem o título de especialista (medida altamente questionável), motivo pelo qual, todos os médicos brasileiros possuem um ambiente regulatório livre para realização de cirurgias plásticas. O vertiginoso aumento da oferta dos serviços democratizou o acesso aos tratamentos estéticos, reduzindo os custos para se encaixar no padrão de beleza

socialmente imposto, tornando este grande objeto de desejo algo plenamente acessível, inclusive para as classes sociais menos favorecidas, através da criação de linhas de crédito, consórcios e financiamentos.

O mercado da beleza no Brasil é um dos mais aquecidos do mundo, ocupando o segundo lugar no ranking mundial de cirurgias plásticas com mais de 1.3 milhão cirurgias por ano (cerca de 8,9% do total) atrás somente dos EUA (com 15,5%). Segundo o último censo da SBCP 60,3% deste volume são cirurgias de caráter unicamente estético. Quanto aos procedimentos estéticos não cirúrgicos, a estimativa é de pelo menos 1.3 milhão anuais segundo o censo da SBCP (que informa que 50,1% de todos os procedimentos são cirúrgicos). Contudo, como estes números somente se referem aos cirurgias plásticas, possivelmente eles somente representam uma fração da realidade brasileira, por conta da atuação de médicos sem a especialidade no mercado de cirurgias plásticas.

Por outro lado, não podemos deixar de citar a atuação na medicina estética por parte de profissionais de outras áreas, que apoiados por seus conselhos profissionais, realizam procedimentos cirúrgicos e não cirúrgicos. As cirurgias mais procuradas pelos pacientes, segundo a SBCP (tais como blefaroplastia, otoplastia e rinoplastia), atualmente são realizadas também por dentistas, biomédicos e até enfermeiros. No caso dos procedimentos não cirúrgicos, há ainda a concorrência de farmacêuticos, esteticistas e fisioterapeutas.

Neste ambiente de altíssima concorrência, as redes sociais têm sido o principal canal utilizado na publicidade (tanto médica, quanto dos demais profissionais). De fato, os médicos precisam se adaptar a esta nova realidade da comunicação digital, porém, sem abandonar os padrões éticos inerentes à medicina. Contudo, esta regra não tem sido seguida por muitos profissionais, conforme veremos a seguir, gerando uma série de impactos negativos no campo da responsabilização civil dos médicos.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Nos primórdios da medicina, a regra vigente para a atividade médica era a chamada *teoria da irresponsabilidade*, que prestigiava a idoneidade que a formação médica conferia aos profissionais. Para justificar a aplicação da teoria, eram também considerados o temor de que a responsabilização dos médicos causasse uma postura defensiva na atuação junto ao paciente. Outros aspectos levados em conta eram o risco de estagnação da ciência médica pelo receio dos profissionais, e a dificuldade que teria o médico em provar sua inocência, caso fosse acusado.

Com a evolução da sociedade e o desenvolvimento dos direitos dos pacientes, esta teoria foi substituída pela *responsabilidade subjetiva*, segundo a qual o médico é

responsável caso pratique uma conduta voluntária (ativa ou omissiva) e ilícita (violando obrigação contratual ou extracontratual) que dê causa (nexo de causalidade) a um dano (patrimonial ou extrapatrimonial) mediante a verificação de culpa (negligência, imprudência ou imperícia), conforme a jurisprudência do TJMG:

Diante de todo o relatado, não obstante a autora tenha passado, infelizmente, por um considerável período de convalescença, não há prova de erro médico, devendo prevalecer a sentença primeva, porquanto incomprovada a culpa dos profissionais de saúde, elemento sem o qual não se cogita de sua responsabilização.

(...)

Diante da convergência dos elementos probatórios quanto à inoccorrência de imprudência, negligência ou imperícia e ainda no sentido de que as complicações pós cateterismo decorreram das condições anteriores de saúde da autora, bem como do risco do procedimento, considera-se rompido o nexo causal entre as complicações pós-cirúrgicas experimentadas e o serviço médico prestado.⁸⁸

Outro aspecto da responsabilidade civil médica é a regra da *obrigação de meio*, pois o médico se obriga ao desenvolvimento de sua atividade de maneira diligente e prudente, empregando todos os meios necessários e possíveis para a obtenção do melhor resultado, sem se vincular à sua concreta obtenção (a chamada *obrigação de resultado*), conforme preconizado pela doutrina:

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão-somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão-somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final.⁸⁹

A *obrigação de resultado* sequer deveria ser considerada na atividade médica, por ser totalmente incompatível com a regra da responsabilidade subjetiva que rege a atuação dos profissionais. Ademais, o alcance do resultado em qualquer atividade médica depende de inúmeros fatores alheios à atuação do profissional, sobretudo no caso de cirurgias plásticas, nos quais o resultado depende até mesmo do comportamento do próprio paciente durante a recuperação.

Entretanto, no Brasil, a cirurgia plástica de caráter estético já vem sendo considerada como *obrigação de resultado*, conforme controverso posicionamento do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

A jurisprudência desta corte entende que “A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta”.⁹⁰

Sendo aplicada a teoria da obrigação de resultado, ocorre a presunção da responsabilidade do médico, cabendo a ele provar sua inocência, conforme trecho abaixo que retrata o entendimento predominante no STJ:

Nos termos da jurisprudência do STJ, a cirurgia plástica tem natureza de obrigação de resultado, o que atrai a presunção de responsabilidade do médico, que deve comprovar alguma excludente de sua responsabilização pelos danos causados ao paciente.⁹¹

Com este posicionamento do tribunal superior, o entendimento passou a ser manifestado de forma automática nos demais tribunais, sem uma apurada e cuidadosa análise do caso concreto, para apurar se de fato este se enquadraria à regra do STJ. Com isto, cresce no Brasil um equivocado entendimento que nega a imprevisibilidade que é característica da atividade médica. Não subsiste, contudo, o inconsistente argumento de que as intervenções cirúrgicas teriam finalidade meramente estética, especialmente porque a saúde não se limita ao bem-estar físico, englobando também a parte psíquica e social, motivo pelo qual, mesmo as de caráter estético também possuem finalidade de melhora das condições de saúde, sobretudo a mental.

Outro ponto que cabe nossa consideração é a distribuição do ônus da prova, sendo aplicável a regra geral prevista na legislação brasileira, segundo a qual, cabe ao autor da ação (no caso, o paciente) o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito. De outro

lado, cabe ao réu (o médico) a incumbência de provar os fatos modificativos, extintivos e impeditivos dos direitos do autor. A lei processual brasileira prevê ainda possibilidades excepcionais de inversão ou redistribuição do ônus, caso a prova que cabe a uma das partes seja excessivamente difícil ou impossível de ser produzida.

O entendimento das regras de responsabilidade civil do médico é essencial para o enfrentamento dos impactos da judicialização da medicina, que conforme a seguir exposto, se mostra a cada ano um problema mais preocupante para a comunidade médica.

4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA MEDICINA

Em linhas gerais, onde há pacientes e médicos existem frustrações, que em regra são geradas por expectativas não alcançadas. Estas frustrações geram crises que deterioram a relação médico-paciente, e quando estas crises não são gerenciadas adequadamente, surgem as ações judiciais. Considerando os aspectos abordados neste estudo, podemos considerar que o crescimento da judicialização é um reflexo inevitável. Segundo o relatório do Conselho Nacional de Justiça - CNJ92, em 8 anos, os tribunais brasileiros registraram um aumento de 198% nas ações que tratam sobre a saúde.

Não podemos ignorar, entretanto, que a judicialização da saúde também é um claro reflexo da ineficiência dos serviços prestados no setor da saúde. Segundo o Instituto Brasileiro de Saúde do Paciente - IBSP93, todos os anos 10% dos pacientes sofrem com eventos adversos, e 220 mil perdem a vida. Pelo menos 66,7% destes casos são considerados eventos adversos evitáveis, o que expõe a gravidade do quadro. A situação é ainda mais alarmante nos EUA, onde ocorrem 400 mil mortes por ano devido a eventos adversos.

Segundo o STJ a cirurgia plástica é a terceira especialidade médica mais demandada em números absolutos, atrás somente da obstetrícia e da ortopedia. Contudo, o número de ortopedistas (cerca de 18 mil) é 3 vezes maior do que o de cirurgiões plásticos, e o de ginecologistas (cerca de 34 mil) 5 vezes maior, o que demonstra que proporcionalmente, a cirurgia plástica é a especialidade mais processada.

Neste contexto, um dado chama a atenção: o crescente índice de condenação de médicos, sem o devido enquadramento nas regras tradicionais de responsabilidade civil. Existe um crescente volume de condenações de médicos, principalmente em cirurgias plásticas e estéticas em geral, calçadas somente na insatisfação dos pacientes em relação aos resultados alcançados, ainda que estes estejam dentro da normalidade. O mesmo ocorre em casos de intercorrências ou complicações cirúrgicas, ocorridas sem qualquer

responsabilidade do médico. E conforme apurado, a publicidade médica tem sido um notável fator de influência nestas distorções.

5. A PUBLICIDADE MÉDICA NAS REDES SOCIAIS

Em síntese, podemos definir a publicidade médica como um conjunto de estratégias e ações de comunicação, que têm como finalidade difundir conhecimento, seguindo a legislação e os padrões éticos inerentes à atividade médica. Seu objetivo não é vender serviços, mas sim, proporcionar conhecimento.

Se por um lado, há a necessidade de cientificar os pacientes e a sociedade sobre os avanços científicos e tecnológicos na saúde, assim como o legítimo direito dos médicos de divulgar sua habilitação e capacitação; temos por outro lado os limites éticos aos quais os médicos estão vinculados. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina - CFM e a Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos - CODAME, editaram a Resolução CFM 1974/11, que há mais de 12 anos regula o assunto, prevendo que a conduta do profissional deve se guiar pela função de divulgação e promoção de conhecimento científico, e a educação da sociedade.

Durante muitos anos a maioria dos médicos brasileiros ignorou as redes sociais, motivo pelo qual as entidades de classe negligenciaram a regulação da atuação dos profissionais que ali estavam, fazendo com que muitos médicos utilizassem o meio com total liberdade, criando-se naquele ambiente uma cultura de más práticas, repleta de infrações éticas e ilegalidades. Com isso, o CFM publicou a resolução CFM 2.126/15, que trata da ética médica nas redes sociais e na internet. A resolução veda claramente as *selfies* e os conteúdos que induzam a autopromoção, proíbe a publicação de fotos de "antes e depois", veda o sensacionalismo e a concorrência desleal. Em vigência há 8 anos, muitos a consideram já ultrapassada e carente de atualizações.

Atualmente, as redes sociais já são o meio mais utilizado para a publicidade médica no Brasil. Segundo pesquisa realizada pela SBCP94, 80,3% dos cirurgiões plásticos utilizam as redes sociais com esta finalidade. Embora o *Instagram* ocupe atualmente o terceiro lugar entre as redes sociais mais usadas no Brasil95, 60,2% dos cirurgiões plásticos utilizam esta rede social como principal meio para a publicidade médica. Muitos médicos fazem o uso adequado da ferramenta, conforme se infere do trecho abaixo da decisão proferida pelo TJMG em caso de cirurgia plástica:

Se o acervo probatório dos autos não demonstra que a campanha publicitária tenha conduzido o consumidor a erro, não há que se falar em propaganda enganosa. Inexistindo obrigação de resultado do tratamento médico e atestada a adequação da proposta terapêutica franqueada ao consumidor, inexistente dever de reparação, vez que o desencontro entre o resultado do tratamento e as expectativas do paciente não denota inadimplemento.⁹⁶

Porém, o mal uso das redes sociais é cada vez mais frequente, trazendo graves consequências para todos os envolvidos: os pacientes, os médicos e toda a sociedade, conforme veremos a seguir.

5.1. A PUBLICIDADE MÉDICA ANTIÉTICA

No ambiente das redes sociais os pacientes são facilmente induzidos ao erro, pois no meio digital, qualquer profissional pode se transformar em um “objeto de desejo” caso utilize as ferramentas e estratégias certas. Com isso, a percepção de conhecimento, qualidade e autoridade que o paciente tem do médico são facilmente distorcidas da realidade. Profissionais medíocres podem passar impressão de serem grandes autoridades da área, ao passo que grandes referências podem parecer profissionais medianos, por sequer estarem presentes nas redes sociais.

O abuso das más práticas ocorre porque, quanto mais a publicidade se aproxima das regras impostas pelo Código de Ética Médica, menos pacientes ela atrai. Por outro lado, quanto mais ela se afasta dos parâmetros éticos legalmente impostos, mais pacientes são convertidos. Por este motivo, o “universo paralelo” das redes sociais pode proporcionar um atalho para os novos entrantes no mercado, passando para o público uma falsa percepção de autoridade e alavancando rapidamente sua notoriedade social. Este efeito causou um verdadeiro efeito manada por parte dos médicos na má utilização das redes sociais. Neste sentido, invoca-se Rui Stoco:

A publicidade em torno dessa atividade médica e até mesmo a propaganda ostensiva de algumas clínicas contrariando a orientação dos Conselhos Regionais de Medicina e os arts. 111, 112, 113 e 116 do Código de Ética Médica é massiva, oferecendo as mais diversas intervenções e mostrando exemplos de resultados obtidos, o que demonstre que, atualmente, o que se oferece é mesmo um resultado,

como também ocorre com tratamentos odontológicos de natureza embelezadora.⁹⁷

Segundo informações do CREMESP⁹⁸, em 2022 a especialidade médica com maior número de sindicâncias instauradas por problemas na publicidade médica (com 30% do total) foi a Cirurgia Plástica. São cada vez mais constantes o uso de fotos editadas e manipuladas digitalmente, a minimização de riscos graves, os sorteios de cirurgias, uso de aplicativos para projeção digital de resultados estéticos, e as promessas de resultados incertos.

O mal uso das redes sociais, somado aos demais aspectos abordados nos capítulos anteriores, agravou ainda mais a mercantilização da medicina, pois a tradicional relação médico-paciente que deveria orientar todas estas relações, deu lugar à simples oferta de um serviço, por um meio totalmente desumanizado. A jornada do paciente, que tradicionalmente se inicia na consulta médica, passou a ter início através de publicidade nas redes sociais. Na sequência, uma série de passos importantes passaram a ser cada vez mais ignorados, como a anamnese adequada, o alinhamento de expectativas entre o médico e o paciente, e principalmente o cumprimento do dever de informação. Em seu lugar, notamos em muitos casos uma experiência evitada de *má-fé* e *desinformação*. Neste sentido, cumpre citar o trecho abaixo de decisão do TJRS, proferida no ano de 2016 em caso de tratamento médico cirúrgico:

Examinando a prova produzida, entendo que configurada a falha na prestação de serviço, tanto do médico como da clínica, por não terem observado corretamente o dever de informação, tendo atraído o consumidor com informe publicitário contendo afirmativa inverídica.

(...)

Nesse sentido, entendo que efetivamente há responsabilidade da parte demandada, na medida em que fez propaganda enganosa como maneira de atrair clientes.⁹⁹

São cada vez mais comuns os casos de *promessa de resultado incerto* nas redes sociais, realizada com o objetivo de atrair pacientes, motivando inúmeras decisões

conforme trecho abaixo de decisão recente do pelo TJMG em caso de tratamento médico não cirúrgico:

Vale dizer, em geral a responsabilidade do médico é de meio, salvo quando há prova de que ele expressamente se obrigou a alcançar o resultado junto ao paciente, como no caso.

(...)

Restou comprovado nos autos que o 1º Apelante prometeu resultado certo, que, ao final, não se apurou.¹⁰⁰

São também constantes os casos de *descumprimento do dever de informação*, que acarreta *vício no consentimento do paciente*. Vejamos abaixo um trecho de recente decisão do TJRS:

Nessa perspectiva, não há como isentar de responsabilidade a parte demandada, especialmente porque o médico agiu em total desacordo com o dever de informação sobre a cirurgia e os cuidados indispensáveis no pós-operatório, pois a propaganda nos termos em que fora redigida dá a entender pela irreversibilidade da vasectomia realizada. Todavia, se sabe que após o ato cirúrgico existe a possibilidade de recanalização espontânea dos dutos diferentes, conforme bem destacado pela douda sentença.¹⁰¹

Nestes casos a condenação do médico é bastante provável independente do resultado do tratamento, visto que a falha na transmissão das informações retirou do paciente o direito de decidir com total consciência, restando ao médico o dever de indenizar, diante da negligência informacional.

Com todas estas mudanças, a experiência vivida pelos pacientes passou por um severo processo de transformação nos últimos anos, abandonando o padrão hipocrático e se aproximando perigosamente de uma mera relação de consumo. E como consequência, aumentaram os conflitos entre as partes e o índice de frustração dos pacientes alcançou patamares inéditos, agravando o preocupante quadro da Judicialização da Medicina.

6.A INFLUÊNCIA DA PUBLICIDADE MÉDICA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Dentro do prisma apresentado no presente estudo, a relação médico-paciente passou por grandes mudanças, se afastando do padrão tradicional preconizado por

Hipócrates, pai da medicina ocidental. Embora o médico ainda tenha um grande poder de influência na condução desta relação, notamos que muitos profissionais têm agido de forma a deteriorar da relação com os pacientes, agindo como meros fornecedores de serviços, e os pacientes como consumidores (por falta de opção, ou mera conveniência).

Um dos impactos mais visíveis ocorre na natureza da relação médico-paciente, pois são comuns os casos em que poder judiciário a considera uma típica *relação de consumo*, sendo visível a interferência da publicidade médica, conforme destacado no julgado proferido pelo TJSP, em caso de cirurgia plástica:

Nesse passo, tem-se que o réu, como prestador de serviço e sujeito ao Código de Defesa do Consumidor, tinha a obrigação legal de bem informar a paciente acerca dos serviços médicos que lhe seriam prestados, assim como todas as intercorrências da cirurgia, além da indicação da melhor técnica.

(...)

Por primeiro, destaque-se a propaganda divulgada pela clínica ré, acostada a fls. 22/24, com cunho eminentemente publicitário, restando clara a obrigação de resultado e criando expectativa no consumidor, nos termos do artigo 30 do CDC.102

Sendo a relação entre as partes considerada de consumo, um dos principais impactos é a *inversão do ônus da prova* em favor do paciente, que ocorre em regra quando há verossimilhança de suas alegações. No trecho do julgado abaixo, proferido pelo TJRS em caso de procedimento médico estético não cirúrgico, notamos a aplicação da medida, justificada pela publicidade médica:

No caso em tela, andou bem a sentença quando, acertadamente, inverteu o ônus probatório (fl. 102v.), ou seja, deveria a clínica demandada comprovar a inveracidade dos fatos alegados pelo autor, dentre eles, que os resultados do tratamento estético foram plenamente satisfatórios e de acordo com a propaganda anunciada, ou, ainda, que informou o paciente acerca das vantagens e desvantagens do tratamento estético a que foi submetido e, finalmente, provar que o tratamento não foi eficaz em razão de situação peculiar e inerente ao próprio paciente, o que não ocorreu.

(...)

Também, a demandada não logrou êxito em demonstrar que prestou as devidas informações ao paciente acerca das vantagens e desvantagens do tratamento estético ou que o tratamento poderia não ter 100% de eficácia em razão de situação peculiar inerente ao próprio paciente, nos termos dos arts. 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁰³

Em outro julgado do TJRS, a inversão do ônus da prova foi pretexto para *decisão totalmente inusitada*, na qual a inversão do ônus da prova foi usada como justificativa para concluir a data em que o casal de autores manteve relações sexuais, deixando claro que os riscos assumidos pelos médicos com a publicidade médica antiética são praticamente imensuráveis:

Destarte, estando-se à frente de uma relação de consumo, impõe-se concluir que efetivamente os autores somente mantiveram relação sexual após a ciência do resultado do exame que demonstrou o sucesso de intervenção médica; nesse sentido também é o que seria esperado de quem pagou por uma intervenção médica, justamente para não ter mais filhos.¹⁰⁴

A desinformação gerada pela publicidade médica nas redes sociais é um problema tão grave, que nem mesmo a correta transmissão das informações *a posteriori*, e sua devida formalização através do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido– TCLE são capazes de sanar o vício. Nestes casos o *TCLE é considerado inválido*, conforme trecho abaixo de decisão proferida pelo TJRS, em caso de tratamento médico cirúrgico:

Inadmissível que para vender o serviço, tenham sido oferecida garantia de 100%, o que não é verdade, e após, quando da contratação, faz assinar termo onde o ofertado já não se confirma, falando-se em resultado próximo a zero.¹⁰⁵

Neste ponto nota-se um dos impactos mais graves do nosso estudo, muito embora saibamos que somente o TCLE, por si só, não comprova a completa e total transmissão das informações, visto que muitas vezes é feito de forma genérica e descuidada pelos médicos, como se nota do julgado abaixo, do TJSC:

Ademais, consentimento livre e esclarecido da autora que não foi comprovado. Juntada de termo de responsabilidade relacionado a apenas um dos procedimentos realizados, o qual é genérico (*blanket consent*), incapaz de configurar informação adequada dos riscos. dever de reparar o dano material mantido.106

Embora a medicina não seja uma ciência exata, estando sujeita a circunstâncias incontroláveis e peculiaridades de cada caso (como no caso das ocorrências iatrogênicas) notamos que em muitos casos a obrigação de meio é desconsiderada, dando lugar à *obrigação de resultado*, conforme já abordado no capítulo anterior. Nestes casos o médico passa a ter a culpa presumida a menos que comprove alguma excludente de responsabilidade, conforme trecho abaixo de julgado do STJ:

Sob essa perspectiva, no procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra uma responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la, de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente em razão do ato cirúrgico.107

Contudo, também neste aspecto é notável a influência negativa da publicidade médica, visto que são cada vez mais comuns os casos de promessa de resultado incerto, ainda que indiretamente, através das redes sociais. Neste sentido, oportuna a menção à doutrina de Rui Stoco:

Anota Ruy Rosado de Aguiar Jr. que a orientação hoje vigente na França, na doutrina e jurisprudência, se inclina a admitir que a obrigação a que está submetido o cirurgião plástico não é diferente daquela dos demais cirurgiões, pois corre os mesmos riscos e depende da mesma álea. Seria, portanto, como a dos médicos em geral, uma obrigação de meios. A particularidade residiria no recrudescimento dos deveres de informação, que deve ser exaustiva, e de consentimento, claramente manifestado, esclarecido, determinado. (...). Ressuma extremamente difícil sustentar tese contrária e afirmar que a obrigação do cirurgião plástico, quando atua no campo da cosmetologia e do embelezamento, é apenas de

meios. Não há como aderir a esse entendimento. A uma, em razão da promessa de resultado que é ínsita nesse tipo de intervenção (tratamento de pele, raspagem, bronzamento, depilação, colocação de silicone em partes do corpo, combate a celulites, lipoaspiração, cirurgias plásticas embelezadoras de toda natureza etc.). A duas, porque a excessiva propaganda atualmente veiculada e que afirma o sucesso e excelentes resultados das intervenções dessa natureza, inclusive com imagens "antes e depois" dão a dimensão da expectativa que se causa e sugere resultado. (...). Diz Miguel Kfoury Neto que "no caso de cirurgia plástica estética ou cosmetológico, que constitui, como visto, obrigação de resultado, a responsabilidade do dano deverá ser apreciada com muito maior rigor.108

Contudo, o efeito causado pela atuação antiética vai além da simples presunção de culpa, trazendo a efetiva *obrigação de efetiva entrega do resultado* prometido na publicidade médica. Tal entendimento é cada vez mais comum nos tribunais brasileiros, conforme se nota da decisão abaixo, do TJMG:

Na obrigação de resultado, como no contrato de cirurgia estritamente estética ou cosmetológica, o médico obriga-se a chegar a determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. E, não atingido o resultado prometido, impõe-se o ressarcimento dos danos materiais efetivamente comprovados, bem como os danos morais decorrentes da frustração da expectativa do resultado prometido.109

Abaixo, outra decisão no mesmo sentido, proferida pelo TJSP:

Expectativa de melhora da aparência. Obrigação de resultado porque inegavelmente prometida uma melhora estética à paciente. Jurisprudência consolidada a respeito. Não comprovada prestação de informações adequadas, antecedentes à cirurgia.110

Nas decisões analisadas, notamos ainda uma grave ofensa à regra da *responsabilidade subjetiva* dos médicos. Em alguns casos, a decisão judicial equiparou à *responsabilidade objetiva*, desconsiderando a necessidade da comprovação da culpa. Nas pesquisas realizadas, encontramos condenações proferidas por conta de *complicações*

sem a culpa dos médicos, mas ligadas à negligência informacional na publicidade médica. Neste sentido, em seguida um trecho de decisão proferida pelo TJMG, referente a caso em que a paciente omitiu dos médicos seu histórico de doença preexistente, dando causa às complicações no atendimento:

Não havendo provas de imprudência, negligência ou imperícia pelos profissionais de saúde, não há que se falar em existência de erro médico, mormente quando as complicações ocorridas decorrem das doenças pré-existentes da autora e do risco do próprio procedimento médico necessário.

(...)

“A informação prestada pelo médico deve ser clara e precisa, não bastando que o profissional de saúde informe, de maneira genérica, as eventuais repercussões no tratamento, o que comprometeria o consentimento informado do paciente, considerando a deficiência no dever de informação.

Ausente a comprovação do consentimento informado, resta configurado

o ato ilícito, bem como o dever de indenizar por danos morais (STJ – Resp REsp 1848862).111

Em casos ainda mais controversos, *sequer houve dano ao paciente*, mas o médico foi condenado a indenizar por conta dos vícios presentes na publicidade médica. No caso abaixo, decidido pelo TJRJ em caso de cirurgia plástica, o médico foi condenado a indenizar o paciente por insatisfação com a cicatriz, sem qualquer dano comprovado, mas levando-se em conta a publicidade médica antiética:

O cerne das controvérsias recursais envolve a captação de clientes mediante a utilização de propaganda com informações duvidosas.

(...)

Fato é que a autora assevera ter sofrido severos danos estéticos, já que a cicatriz deixada pela cirurgia se encontra assimétrica.

(...)

Por conseguinte, não deve prosperar a tese recursal esposada por todas as recorrentes de que estar-se-ia diante de uma obrigação de meio, devendo responder também pela culpa no não alcance do resultado estético almejado pelo procedimento empregado, ainda que reste comprovado a atuação dentro da técnica adequada.¹¹²

Pior ainda, identificamos casos em que não houve qualquer má evolução ou anormalidade no tratamento, nem mesmo descumprimento do resultado prometido pela publicidade médica, como no caso acima. Identificamos condenações somente por não atingir a *expectativa subjetiva do paciente*, que influenciada pela publicidade médica, era superior ao efetivamente proporcionado pelo tratamento, conforme trecho abaixo de julgado do STJ:

A inobservância do dever de informar, por si só, já caracteriza o inadimplemento contratual do apelado. Além disso, impõe-se presumir que o resultado esperado pela paciente e prometido pelo médico é aquele disposto na exordial, sendo que, pelas fotografias de fls. 58/67, visivelmente não foi atingido. IV - Consoante a jurisprudência do STJ, não sendo atingido o resultado, presume-se a culpa do cirurgião plástico. No caso concreto, não se pode acolher a imputação de culpa à apelante pelo resultado ineficiente da cirurgia pelo ganho de peso e por não ter fortalecido a sua musculatura na academia, já que o médico apelado não a informou, clara e taxativamente, que assim deveria proceder. V - Considerando a frustração causada à apelante, que realizou 3 (três) procedimentos estéticos sem obter os resultados esperados, assim como a culpa do médico, ao não cumprir com o seu dever de informação, é adequada a quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para compensar os danos causados, valor que também cumpre a função pedagógica da indenização.¹¹³

Por fim, identificamos precedentes jurídicos onde o profissional *sequer foi o responsável pelo ato médico*, mas ainda assim foi condenado em função da publicidade, como no julgado do TJRJ em caso de cirurgia plástica:

Pelo panfleto de marketing, verifica-se que as médicas rés atuavam em parceria comercial, oferecendo aos consumidores a segurança de

estarem sendo acompanhados por ambas as médicas, especialmente durante um procedimento cirúrgico.

Ambas, portanto, respondem pelas consequências da intervenção cirúrgica.¹¹⁴

Notamos, portanto, que o conteúdo da publicidade médica nas redes sociais compõe a documentação médica e vincula o médico de inúmeras formas, causando vícios insanáveis. Nos julgados analisados, verificamos uma notável mudança nas regras tradicionais de responsabilidade civil dos médicos, decorrente sobretudo da publicidade médica antiética veiculada nas redes sociais.

7. CONCLUSÃO

O objetivo da publicidade médica é informar, e não vender. A atração de pacientes não deve ser um objetivo, mas sim, a consequência de uma publicidade ética e leal para com os pacientes e a sociedade em geral. O efeito da publicidade médica antiética, sobretudo através das redes sociais, tem sido a causa de inúmeros de problemas na relação entre médicos e pacientes, hoje em profunda crise.

O Poder Judiciário, atento a estas mudanças e seu potencial lesivo aos pacientes, passou a atuar nos litígios de forma diversa daquela que tradicionalmente norteou a responsabilização civil dos médicos, a adequando à realidade atual.

Conforme constatado no nosso estudo, tais as mudanças representam um grande risco para todos os médicos, por construir um novo entendimento que futuramente pode ser aplicado como regra geral alcançando a todos os médicos, e não somente aos que usam a publicidade de forma antiética.

Uma atuação dentro das regras éticas não transformará o médico em uma celebridade e não atrairá milhares de pacientes. Mas será que este é o papel de um médico na sociedade? Vale a pena pagar o altíssimo preço desta atuação irregular? Este é o legado que os médicos devem construir em suas carreiras? É preciso refletir, pois da mesma forma que as redes sociais constroem celebridades, elas destroem carreiras com extrema crueldade.

Por outro lado, uma atuação ética irá transmitir conhecimento à sociedade, e gerar uma relação mais próxima com os pacientes. Irá valorizar o posicionamento ético e respeitoso para com os pacientes e a sociedade, expondo ainda mais os profissionais

antiéticos. Irá gerar confiança e autoridade na especialidade médica e região de atuação do profissional. E como consequência, atrairá pacientes conscientes das possibilidades e dos riscos, devidamente instruídos pelo rico conteúdo compartilhado pelo profissional. Aqueles que buscam em um médico algo real, e não uma ilusão.

A solução do problema, contudo, não passa somente pelos médicos. É preciso que haja uma ação conjunta por parte de todos os envolvidos e responsáveis, como a participação do Estado e da sociedade civil, sobretudo as entidades médicas e os Conselhos de Medicina, no sentido de regular e fiscalizar adequadamente a publicidade médica nas redes sociais, impondo os limites necessários para defesa dos direitos dos pacientes. Medidas que certamente beneficiarão também os médicos, ao impedir que o Poder Judiciário perpetue os posicionamentos jurídicos criticados neste estudo, que trazem grande prejuízo e inúmeros riscos para toda a classe médica.

REFERÊNCIAS

AAFPRS. American Academy of Facial Plastic and Reconstructive Surgery. Disponível em: <<https://www.aafprs.org>>. Disponível. Acesso em: 20 jun. 2023.

ANADEM. Sociedade Brasileira de Direito Ético de Bioética. Disponível em: <https://web.anadem.org.br/tcles>. 20 jun. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Considerações sobre o Programa Mais Médicos.** Novembro de 2018. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/2018_pesquisa_maismedicos.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2022 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (CNJ). **Judicialização e saúde ações para acesso à saúde pública de qualidade** / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_V2.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (CNJ). **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução.** 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. CREMESP. Atividade Conselhal. **Prestação de Contas do Exercício**, 2022.

CUTAIT, R. **Médicos pelo Brasil: Desafios**. 2023. Disponível em: <file:///C:/ME%CC%81DICOS%20PELO%20BRASIL.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

DARE PORTAL. **Digital 2023: Brazil**. 2023. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2023-brazil>. Acesso em: 20 jun. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 7.

GLOBAL WEB INDEX. **Flagship report on the latest trends in social media**. Flagship Report, 2019.

IBSP - Instituto Brasileiro para Segurança do Paciente. **Dez por cento dos pacientes deve sofrer evento adverso em internação**, 2015. Disponível em: <https://ibsp.net.br/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

INSPER- Instituto de Ensino e Pesquisa. **Relatório Final de Pesquisa**. Conselho Nacional De Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judiciali>. Acesso em: 20 jun. 2023.

ISAPS. International Survey On Aesthetic - **Cosmetic Procedures Performed**, 2022. Disponível em: <media@isaps.org> Acesso em: 20 jun. 2023.

ISAPS — A Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (International Society of Aesthetic Plastic Surgery, ISAPS). **A mais recente pesquisa global da ISAPS demonstra aumento significativo em cirurgias estéticas em todo o mundo**. 2023. Disponível em: <file:///C:/Users/M%C3%A1quina06/Downloads/2021-global-survey-press-release-portuguese-latam.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023

PROVMED 2030. **A expansão da oferta de graduação em Medicina no Brasil**. Informe Técnico nº 2 - Novembro de 2020. Disponível em: <https://sites.usp.br/gedm/sobre-provmed>. Acesso em: 20 jun. 2023.

RACHID, R., FORNAZIN, M., CASTRO, L, GONÇALVES, L.H, PENTEADO, B.E. Saúde digital e a plataformização do Estado brasileiro. **Cien Saude Colet**. 2023.

REVISTA CRESCER. **Imagem corporal**: 38% das meninas de 4 anos estão insatisfeitas com seus corpos, julho, 2019. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Crianças/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

SANTOS, M.M. **Indústria 4.0: Fundamentos, perspectivas e aplicações**. São Paulo: Erica, 2018.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA. **Censo 2018**. Análise comparativa das Pesquisas 2014, 2016 e 2018. Disponível em: http://www2.cirurgiaplastica.org.br/wp-content/uploads/2019/08/-2018_V3.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA. **Brasil lidera ranking de cirurgia plástica entre jovens**. 2018. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/2018/06/07/brasil-lidera-ranking-de-cirurgia-plastica-entre-jovens/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. AgRg no REsp 1.395.254/SC, Rel. Ministro ANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 15/10/2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ AgInt Nº 2010474 - AM 2022/0193364-7. Rel. Ministro Marco Buzzi. Julgado em 04/02/2014, DJe 21/02/2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ AgInt Nº 2010474 - AM 2022/0193364-7. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. QUARTA TURMA, Julgado em 19/09/2013, DJe: 25/09/2013.

SCHEFFER, M. et al. **Demografia Médica no Brasil**, 2023. São Paulo: FMUSP, AMB, 2023.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. Tomo I. 9. Ed. São Paulo: Editora RT, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS - AC: Nº 70042838466 RS, Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi. Data de Julgamento: 26/10/2022, 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19 de dezembro de 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. TJ-SC - APL: 03030772520168240038, Relator: Silvio Dagoberto Orsatto, Primeira Câmara de Direito Civil. Data de Julgamento: 25/05/2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. TJ-MG - AC: XXXXX20274211001 MG, Relator: Fernando Lins, Data de Julgamento: 26/10/2022, Câmaras Cíveis / 20ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 27/10/2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. TJ-MG. Apelação Cível - MG 6057260-96.2015.8.13.0024. 16ª CÂMARA CÍVEL. Data de Julgamento: 27/02/2020

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS - AC: Nº 70042838466 RS, Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi. Data de Julgamento: 26/10/2022, 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19 de dezembro de 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS - CER: Nº 70067085787 RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti. Data de Julgamento: 29/01/2016, 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19 de julho de 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, TJ-SC - APL: 03030772520168240038, Relator: Silvio Dagoberto Orsatto, Primeira Câmara de Direito Civil. Data de Julgamento: 25/05/2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. TJ-SP - APL: 01095440520098260002 SP 0109544-05.2009.8.26.0002, Relator: J.B. Paula Lima, Data de Julgamento: 27/09/2016, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/09/2016.

A PROMESSA DE NÃO PROCESSAR COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

LARISSA DE CARVALHO SANTA RITTA SEABRA:
Advogada ¹¹⁵

RESUMO: O presente trabalho busca melhor compreensão sobre o *pactum de non petendo*. Instituto jurídico que vem tomando contornos atuais no Brasil, principalmente após autorização do Código de Processo Civil de 2015 para as convenções processuais atípicas. Nesse intuito, analisou-se sua constitucionalidade e sua natureza jurídica, com limites legais e inserção no ordenamento jurídico brasileiro através do método da revisão bibliográfica, explicando o tema com referenciais teóricos doutrinários e jurisprudenciais. Observou-se com nesse estudo que a promessa de não processar ganha significado relevante quando utilizada como cláusula de paz, se prevista em contratos creditícios, onde é mais utilizada, aumentando as chances de autocomposição e evitando o litígio, ou mesmo quando inserida no direito público, como é o caso do acordo de não persecução criminal e no acordo de não persecução cível, tornando por muitas vezes viável a ideia de justiça também nos âmbitos do direito criminal e do direito administrativo.

Palavras-chave: Negócios jurídicos processuais. Promessa de não processar. Pacto de non petendo. Autorregramento da vontade. Direito de ação. Inafastabilidade da jurisdição.

ABSTRACT: The present work seeks a better understanding of the *pactum de non petendo*. Legal institute that has been taking on current outlines in Brazil, mainly after the authorization of the 2015 Code of Civil Procedure for atypical procedural conventions. In this regard, its constitutionality and legal nature have been analyzed, with legal limits and insertion in the Brazilian legal system through bibliographic research, explaining the theme with theoretical doctrinal and jurisprudential references. Covenant not to sue gains meaning when used as a peace clause, if provided for in credit agreements, where it is more used, increasing the chances of self-composition and avoiding litigation, or even when inserted in public law, as is the case of the criminal non-persecution agreement and the civil non-persecution agreement, often making the idea of justice even in the areas of criminal law and administrative law viable.

Keywords: Procedural covenant. Covenant not to sue. Pactum de non petendo. Autonomies of the parties. Right of action. Avoidness of jurisdiction.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015, em seu artigo 190, autoriza as partes do processo a realizar negócios jurídicos processuais, desde que plenamente capazes e em

¹¹⁵ e-mail: lsrseabra@gmail.com.

causas que versem sobre direitos que admitam autocomposição. A existência desses negócios jurídicos processuais não é totalmente inovadora no CPC de 2015, já que o diploma revogado de 1973 versava sobre pontuais negócios jurídicos típicos, que ocorria sempre que a lei os previa de forma expressa. O exemplo mais habitual desses negócios processuais já comum aos contratos é a cláusula de eleição de foro, permitindo às partes, antes mesmo da propositura da ação, alterar o foro competente para o ajuizamento de uma pretensa ação.

Contudo, não existe correspondência para o diploma anterior quando se fala em uma cláusula geral de negócio jurídico processual. Inclusive, parcela da doutrina, defende a existência de um novo princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil (NEVES, 2019). Anteriormente apenas o direito material se submetia à vontade das partes, o direito processual apenas deveria garantir a paridade de armas quando houvesse litígio (MENDONÇA NETO; GUIMARÃES, 2017).

Cabral (2018 apud TRIGO, 2020, p. 40) apresentou onze razões pelas quais as convenções processuais deveriam ser consideradas úteis:

- I – processo cooperativo e igualdade entre as partes;
- II – eficiência processual;
- III – flexibilidade e adaptabilidade do procedimento de forma cooperativa;
- IV – atração de negócios internacionais;
- V – possível solução ao caos administrativo;
- VI – redução de tempo e custo do processo;
- VII – reforço do acesso à justiça na perspectiva das necessidades dos litigantes;
- VIII – gestão de risco processual e previsibilidade;
- IX – controle e limites;
- X – rearranjo das relações entre direito material e direito processual;
- XI – melhor administração da justiça a partir da celebração de protocolos de procedimento (CABRAL, 2018 apud TRIGO, 2020, p. 40).

Ocorre que, mesmo com a autorização expressa e a nítida consagração de uma maior liberdade também para o processo civil, o instituto do negócio jurídico processual evolui a partir de casos concretos e assim, a cada caso que institui ou altera um procedimento, surgem dúvidas sobre sua possibilidade e limites legais já impostos. A complexidade dessas dúvidas pode influenciar na capacidade interpretativa do juiz, até porque ainda não foram previstas pelo legislador.

Nessa conjuntura de negociação processual pelas partes surge a possibilidade de celebração do *pactum de non petendo* ou Promessa de Não Processar, onde há, como na cláusula arbitral, verdadeiro afastamento da pretensão à tutela jurisdicional, mesmo que temporária, pois na promessa de não processar há a previsão contratual de não acessar a justiça para a satisfação da obrigação.

Historicamente a Promessa de Não Processar vem sendo estudada e implementada pelo Direito Europeu, mais particularmente e com maior ênfase no direito italiano. O próprio termo *pactum de non petendo* nasce no direito romano e significa que durante um período ou de forma perpétua, o credor se comprometia com o devedor a não iniciar demandas com o objetivo de satisfazer o crédito. O pacto não gerava qualquer obrigação para o credor, mas também não tinha efeito de extinguir totalmente o crédito. Caso fosse descumprida a promessa e o credor demandasse a cobrança judicial, haveria a possibilidade da chamada *exceptio pacti*, que tinha o objetivo de defesa do devedor e de tornar a demanda inefetiva (TRIGO, 2020).

No Brasil, apesar de discutida a constitucionalidade do instituto quando em consideração ao princípio da inafastabilidade do acesso à justiça, a doutrina tem aceitado o pacto, principalmente quando temporário, pois se trataria de uma restrição voluntária, obedecendo ao princípio da autonomia de vontade e previsto no Código de Processo Civil como negócio jurídico. Seria também um meio de viabilizar, através da autocomposição, o negócio jurídico em contratos creditícios e outras situações que poderiam surgir no cotidiano, beneficiando as partes e muitas vezes tornando-o eficaz, classificando-o ainda como cláusula de paz.

Além disso, existe ainda discussão sobre a natureza jurídica da cláusula, se tal promessa seria um instituto do direito civil e equivaleria à remissão de uma dívida ou seria do âmbito instrumental pré-processual, caracterizando dessa forma, um negócio jurídico processual.

A discussão sobre o instituto vem evoluindo também em outros ramos do direito como no direito processual penal, com o acordo de não persecução penal, e no direito administrativo com a promessa de não processar na improbidade administrativa, também chamado de acordo de não persecução cível, tomando sentido atual e prático, mas ainda em aberto quando se trata de entendimento do conceito e seus efeitos.

Assim, a investigação sobre o *pactum de non petendo* está sendo realizada na doutrina brasileira, principalmente após autorização do Código de Processo Civil de 2015 para as convenções processuais atípicas. No entanto, o entendimento sobre o tema ainda se encontra carente, com poucos e recentíssimos artigos publicados e apenas um livro dedicado ao tema.

Para Antônio do Passo Cabral (2020), compreender corretamente o conceito e os efeitos de um *pactum de non petendo* é o primeiro passo para o profissional ligado ao contencioso e ao planejamento sobreviver à revolução trazida pelas convenções processuais sobre a maneira de encarar os litígios. O doutrinador complementa que saber sobre seu objeto e suas relações com o direito material é a porta para explorar as suas potencialidades.

A relevância do tema encontra respaldo também, tanto nos passos lentos traçados pelas decisões do Poder Judiciário no nosso país, quanto na deficiência na eficácia trazida por essas decisões para as partes.

Diante disso, com relação aos negócios jurídicos processuais e a discussão sobre a Promessa de Não Processar na doutrina e jurisprudência brasileiras, pretende-se responder nesse estudo: há constitucionalidade na promessa de não processar? Qual a natureza jurídica do instituto? Há limites para sua utilização? Quais as espécies mais utilizadas no direito brasileiro?

Desde já é possível perceber a ainda incipiente discussão sobre o instituto como negócio jurídico processual que contribuiria para aprimorar o relacionamento entre as partes, inclusive afastando temporariamente o litígio e podendo se caracterizar como cláusula de paz e incentivo à autocomposição.

Nesse contexto, o presente artigo pretende, ao utilizar de uma revisão bibliográfica, descrever o “estado da arte” do instituto jurídico promessa de não processar no Brasil. Para isso procurará explicá-lo a partir de referências teóricas publicadas em artigos, livros, dissertações e teses dos principais doutrinadores estudiosos do tema, procurando também analisar as contribuições culturais e científicas do passado e do direito comparado.

O artigo discorrerá sobre a história da promessa de não processar, com o conceito e o debate acerca da constitucionalidade do instituto, em sequência a apresentação da discussão sobre a natureza jurídica do pacto, os limites impostos para sua utilização e as espécies que estão sendo normatizadas. Por fim, as considerações finais com a conclusão aduzida pela pesquisa.

2 A PROMESSA DE NÃO PROCESSAR: HISTÓRIA, CONSTITUCIONALIDADE E CONCEITO

O instituto da promessa de não processar nasceu no direito romano e vem sendo aplicado em todo mundo e em diversos ramos do direito (CABRAL, 2020). Naquele ordenamento o instituto era descrito como um pacto, que poderia ser unilateral, mas usualmente bilateral, em que uma das partes, o credor, se comprometia a não exigir a dívida de outra, o devedor, caracterizando-se como um acordo informal e que poderia ser realizado com termo ou condição, ou ainda ser firmado com prazo indeterminado (CRISTOFARO, 2015, apud TRIGO, 2020, p. 59).

A forma do pacto não era prescrita em lei. No entanto, o negócio ganhava valor jurídico quando havia efetivamente a demanda e o devedor alegava a exceção do negócio não cumprido pelo credor, a *exceptio*. A convenção poderia tanto ser limitada a um determinado tema ou demanda específica como poderia ser total, regulando a totalidade da dívida. Poderia ainda ser relacionada a apenas uma pessoa (*pactum de non petendo in personam*) ou poderia beneficiar coobrigados ou herdeiros (*pactum de non petendo in rem*) (BERGER, 1953 apud TRIGO, 2020, p.60).

Hoje o instituto jurídico da promessa de não processar é praticado em diversos ordenamentos jurídicos, principalmente na Europa. Na Itália, a convenção é atualmente estudada distinguindo-a das remissões de dívidas, próprias do direito material. O pacto é utilizado inclusive no common law da Inglaterra e dos EUA, onde é aplicado recebendo o nome de *convenant not to sue* (FARINA, 2018; CABRAL, 2020).

Quanto a essa diferenciação entre a promessa de não processar como instituto do direito processual e a sua possível natureza de remissão de dívida, própria do direito material, Pontes de Miranda (2016 apud TRIGO, 2020, p.63) em seu Tratado das Ações afirmava que se tratava de pacto concernente ao exercício, dele nascendo exceção, que deveria ser oponível ao devedor e ao cessionário. Complementando de forma lúcida, que se, ao invés de pacto de não processar, o crédito era desfeito, então se trataria de destrato, de renúncia, de desistência ou ainda de algum meio de desfazimento do vínculo, não seria *pactum de non petendo*.

De fato, o problema da natureza do *pactum de non petendo* provou ser decididamente complexo. A doutrina italiana, que inicialmente reservava um compromisso fugaz e às vezes superficial com o assunto, a partir da década de 2000 começou a dar atenção mais significativa à reconstrução do instituto e à sua revisão crítica. Naquele país, alguns autores que não distinguem o pacto do instituto de direito civil de remissão da dívida, partem de uma consideração básica: a inexistência para o direito civil de um direito de crédito sem a exigência de sua executoriedade contra o devedor (FARINA, 2018).

No Brasil a tendência da doutrina é a de conceber a promessa de não processar, quando sobre direito disponível e por tempo determinado, de natureza processual, o que de maneira alguma, põe um ponto final nessa discussão.

Na verdade, o que há é uma crescente atenção em torno dos acordos processuais e uma tendência, trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, a dar maior autonomia às partes, promovendo dessa forma que os litigantes deliberem sobre o seu destino no processo e, caso isso não aconteça, incidirá a norma legal (CABRAL, 2020).

Os artigos 190 e 200 do CPC trazem cláusulas gerais de negociação. Com elas as partes não necessitam seguir estritamente o que é previsto na legislação processual, podendo negociar em alguns momentos, antes ou depois do litígio, ou até incidentalmente no processo, buscando autonomia ou um protagonismo para o alcance de um destino condizente com o que é esperado por elas (NEVES, 2019).

Nesse contexto, o instituto da promessa de processar tem sido utilizado em contratos como uma maneira de retardar o processo e dar tempo às partes para acordos, fomentando a autocomposição e até mesmo uma execução do contrato em período mais extenso (CABRAL, 2020).

Concordando com a natureza processual do pacto, Trigo (2020) defende uma amplitude que não o restringe aos contratos creditícios, acrescentando sobre o instituto uma riqueza de efeitos que podem ser ajustados pelas partes. Para ele, devem ser consideradas situações diversas que podem vir do cotidiano quando se trata de direitos disponíveis, até porque a ideia de que a promessa de não processar está somente ligada aos direitos patrimoniais impediria qualquer disposição sobre os direitos processuais, pois o pacto não tem qualquer relação com o crédito em si.

A convenção ainda é discutida quando se trata de prazo para sua eficácia. Para Cabral (2020), por causa de sua natureza processual o pacto deve ser limitado no tempo (acordo *ad tempus*) e não deve ser estipulado para além do prazo prescricional ou decadencial, caso contrário iria produzir uma obrigação natural. O autor não admite que a promessa de não processar eterna (*pactum in perpetuum*) possa ser de natureza processual e aduz que, caso fosse perpétua a convenção, poderia incentivar um uso abusivo para esconder uma disposição de direito material ou de direito subjetivo. As partes poderiam perdoar a dívida, mas somente utilizando-se da autorização dos artigos do Código Civil.

Já Trigo (2020), em livro escrito a partir de sua dissertação de mestrado, defende a natureza processual do pacto de forma que uma determinada parte se compromete, de forma temporária ou definitiva, a não exigir determinado direito, ou ainda, parte dele. O

instituto também contempla os casos em que uma parte não poderia se valer de um determinado procedimento ou mecanismo processual que tivesse direito para a obtenção da obrigação. Nesse caso, quando o pacto se restringe a determinado requerimento, o autor identifica a situação como *pactum de non petendo* parcial ou promessa de não postular.

A portuguesa Paula Costa e Silva (2015 apud TRIGO, 2020, p. 55) entende que a convenção sobre o exercício de ação recai sobre a pretensão material. A partir dessa afirmação, a autora deduz que haveria impossibilidade de haver a convenção pois influenciaria sobre o direito de ação, atingindo o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional também presente no direito português. Dessa forma, a autora traz à baila outra controvérsia que precisa ser enfrentada que é a constitucionalidade do pacto também no nosso ordenamento jurídico.

2.1 A constitucionalidade e o conceito da promessa e não processar

A constitucionalidade da promessa de não processar vem sendo discutida com base no direito de ação prescrito no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal. Como o pacto atinge o direito de exigir judicialmente o direito material ou a possibilidade de exigir o cumprimento de uma obrigação, poderia ir de encontro a um direito fundamental garantido na Carta Magna.

No entanto, a promessa de não processar não parece ferir o direito de ação ou a inafastabilidade do controle jurisdicional. Para Cabral (2020), a convenção significa uma "autorrestrrição voluntária", isto é, os titulares do direito ao acesso à justiça se submetem ao pacto para atingir outros objetivos no negócio.

Ademais a autonomia privada é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana. A liberdade garantida constitucionalmente também atua no processo produzindo um subprincípio: o do respeito ao autorregramento da vontade. No processo, ele não tem exatamente as mesmas características com que se apresenta no direito civil, por envolver o exercício da jurisdição. A negociação processual, então, é mais regulada e tem o objetivo mais específico (DIDIER JR., 2018).

O termo autorregramento da vontade é típico do âmbito processual. Cunhado por Pontes de Miranda (1954 apud TRIGO, 2020, p. 36), a expressão seria mais apropriada, pois não iria de encontro a ação da vontade no direito público, como acontece com a expressão mais utilizada no direito civil: autonomia privada.

A doutrina especializada em negócios jurídicos processuais vem observando que há tendência na ampliação dos limites do autorregramento da vontade no processo civil (NOGUEIRA, 2011; DIDER Jr., 2018; CABRAL, 2020).

Tal premissa advém da evolução do exercício da liberdade como maneira de concretizar o devido processo. Fredie Didier Jr. (2018, p. 19) explica que: “Um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não é um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira.”

No entanto, como nos outros ramos do direito, também no processo civil, o poder de autorregramento da vontade não é ilimitado. A atribuição de poderes do órgão jurisdicional deve conviver com o respeito à liberdade e a mediação legislativa é indispensável, delimitando a sua extensão, como o faz o art. 190 do CPC, ao proteger os incapazes e os vulneráveis (DIDIER Jr., 2018).

Adiante veremos mais profundamente, quando falamos sobre limites do pacto, que as convenções processuais são institutos que aparecem com a finalidade de possibilitar o autorregramento da vontade no processo civil em circunstâncias em que o direito em disputa é passível de autocomposição.

Diante de todas essas premissas sobre negócios jurídicos processuais, sobre o princípio do autorregramento da vontade e o atual incentivo a negociação, mediação e conciliação prévia ao ingresso em juízo no processo civil a doutrina não considera o pacto como convenção inconstitucional.

Ocorre que, conforme argumenta Trigo (2020), o conceito desse instituto ainda está repleto de controvérsias, pois há uma intersecção com o direito material. Para o autor, há razoabilidade nessa ideia, mas somente do ponto de vista clássico, em que há confusão entre direito e ação. Atualmente, essa versão não está afinada com a concepção de processo.

Em 2017, enquanto o então novíssimo CPC apresentava ao mundo jurídico a possibilidade dos negócios processuais atípicos, Mendonça e Guimarães (2017) discutiram a conjuntura para surgimento do pacto, conceituando-o como contrato por meio do qual as partes acordam pela impossibilidade de exigir-se, judicialmente, um crédito. Nele, o credor renunciaria ao direito de exigir no Poder Judiciário que seu devedor cumpra uma obrigação que lhe é devida.

De fato, a promessa de não processar pode ser mais benéfica em contratos creditícios, porém, também é verdadeiro que essa convenção pode ser e vem sendo utilizada no direito brasileiro para tornar outros tipos de contratos eficazes e sendo considerada uma cláusula de paz. Isso porque, durante o prazo estipulado para a promessa ser cumprida, ou seja, não serem ajuizadas ações, há a possibilidade de novas negociações

sobre a obrigação, inclusive podem ser previstos métodos de autocomposição ou transação que devem ser executados durante aquele prazo.

Em parecer publicado em 2011 a respeito de Recurso Especial, José Manoel de Arruda Alvim Netto analisou um pedido de indenização fundado em transação realizada no distrato em que as partes se outorgavam ampla e recíproca quitação, com renúncia do direito material e à respectiva ação pela recorrida. Por óbvio que, entre as duas pessoas jurídicas envolvidas no recurso, havia uma promessa de não processar. Ao analisar o caso, observa que em todas as instâncias jurisdicionais houve o reconhecimento da existência do pacto, porém, de forma a negar-lhe eficácia, com alegação de que o direito público subjetivo de ação seria irrenunciável. De forma ímpar o doutrinador refuta essa alegação (ALVIM NETO, 2011).

A Constituição Federal e o ordenamento jurídico brasileiro permitem e incentivam a autocomposição, enaltecendo meios de prevenir litígios ou extingui-los com a transação. Não deveria, então, ser inconstitucional a pactuação entre as partes, no exercício de sua autonomia privada, dirimindo o conflito porventura existente, sem acessar o Poder Judiciário. E ainda, o pacto deveria ser reconhecido e legitimado, tão logo tivesse sido alegado como exceção da convenção não cumprida, assim como ocorre com a alegação da cláusula compromissória (ALVIM NETO, 2011).

A arbitragem é uma forma de se resolverem pendências igualmente válida no ordenamento jurídico, sendo baseada também na autonomia privada. Complementa que a autonomia privada incidindo na modalidade de solução de conflitos é uma tendência que se acentua mundialmente. Na realidade, se as partes transacionaram sobre não acionar a justiça, existe um ato jurídico perfeito e acabado (ALVIM NETO, 2011).

Trigo (2020, p. 55) compara mais veementemente a promessa de não processar parcial, ou promessa de não postular, com a arbitragem:

Em verdade, um exemplo essencial de promessa de não postular é exatamente a cláusula compromissória, prevista nos arts. 3º e 4º da Lei 9.307/64. Esta, como frequentemente conceituada na doutrina, é negócio jurídico processual que produz efeitos negativos em relação à jurisdição estatal e efeitos positivos no que tange à jurisdição arbitral (TRIGO, 2020, p. 55).

Pois bem, se há liberdade para a escolha da arbitragem como meio de resolução de um conflito e se há liberdade para a propositura da ação, deve haver liberdade também para se excluir a pretensão de se exigir a obrigação.

Em verdade, a promessa de não processar parece ser não apenas constitucional, mas instrumento para resolução simplificada de conflitos, além de uma maneira de colocar em prática o princípio do autorregramento da vontade, braço processual da garantia constitucional à liberdade.

Na contramão do entendimento majoritário da doutrina brasileira e estrangeira e da autorização legislativa do art. 190 do CPC, assentou-se orientação recente da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1810444/SP, com relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, que limitou a amplitude da liberdade das convenções processuais às imposições do devido processo legal. Para o eminente ministro o controle sobre os negócios jurídicos processuais se descortina complexo, pois “não se limita à observância dos requisitos de validade apontados na legislação híbrida entre direitos processual e direito civil, mas também, e principalmente, aos ditames constitucionais” (SALOMÃO, 2021 apud TUCCI, 2021, p.12).

Dito isso, é mais que necessário que se discuta sobre a natureza jurídica do pacto e como ela pode afetar sua utilização no direito brasileiro.

3 A NATUREZA JURÍDICA DA PROMESSA DE NÃO PROCESSAR

Cabral (2020), em seu recente artigo sobre o tema, esclarece que a investigação e dedução sobre o objeto do *pactum de non petendo* auxilia na conclusão sobre a natureza do instituto. Nesse intuito, o debate sobre o pacto, em regra, remete às discussões sobre as relações entre direito material e direito processual. Essas discussões e definições doutrinárias são primordiais para que o instituto possa vir a ser utilizado e juridicamente acatado pelos tribunais.

Para Trigo (2020) o estudo do objeto da promessa de não processar deve perpassar inicialmente pelo quadrinômio de Pontes de Miranda (2016 apud TRIGO, 2020, p.63), que divide o direito em categorias: direito subjetivo, pretensão, ação de direito material e remédio jurídico-processual, o autor ainda acrescenta a pretensão de direito processual diferente da pretensão de direito material, classificando a promessa de não processar naquela categoria. Complementa com o esclarecimento ponteano de que o pacto não se confunde com o direito subjetivo, a pretensão de direito material ou o direito de ação, pois diz respeito ao processo, por isso recairia sobre o remédio jurídico processual ou, se parcial, sobre alguns pedidos no procedimento.

Ocorre que o tema tem relação com conceitos básicos da Teoria do Processo e da Teoria dos Negócios Jurídicos, se tornando uma questão que não é de simples solução, havendo confusão terminológica também na doutrina europeia (CABRAL, 2020).

É necessário então que se discuta sobre os principais conceitos citados pela doutrina relacionados ao instituto para melhor compreensão do objeto da promessa de não processar e, conseqüentemente, da sua natureza.

3.1 Direito subjetivo ou pretensão

De início, se faz necessária a diferenciação demonstrada por Pontes de Miranda (2016 apud TRIGO, 2020, p.3) entre o *pactum de non petendo* e o desfazimento do crédito, pois o objeto da convenção que o torna existente pode não parecer claro a partir dos seus efeitos ou dos instrumentos que pode atingir.

Para Paula Costa e Silva (2015 apud TRIGO, 2020, p. 69), o pacto não cria obrigação natural, ou seja, não atinge o direito subjetivo, ao contrário, atinge apenas a pretensão jurídico-material. Trigo (2020) e Cabral (2020) concordam em parte com a doutrinadora portuguesa, pois, apesar de também não considerarem o instituto de direito subjetivo, definem a promessa de não processar não como relacionada à exigibilidade da prestação, mas sim com a exigibilidade do direito, portanto pretensão processual.

Para essa conclusão, se faz necessário o esclarecimento sobre o que diferencia o objeto do direito subjetivo, a pretensão material e a pretensão processual.

Clóvis Beviláqua (1977 apud VENOSA, 2017, p.24) define obrigação como relação jurídica transitória, que constrange a dar, fazer ou não fazer algo, geralmente, de caráter patrimonial, em proveito de alguém que, por ato ou em virtude de lei, tem o direito de exigir essa ação ou omissão. Essa relação jurídica é de direito subjetivo.

As situações jurídicas que fazem nascer o direito subjetivo são situações substanciais (ativas e passivas, direitos e deveres, por ex.) e correspondem ao mérito de um possível processo (Didier Jr., 2018).

De fato, tal relação jurídica obrigacional é identificável quando nasce a exigibilidade da prestação, ela é efeito da relação entre crédito e débito, quando o crédito se converte em pretensão (LOBO, 2011).

A existência de tal pretensão material é o que garante o cumprimento da obrigação quando isso não se dá de forma espontânea.

A relação jurídica obrigacional possui, portanto, o condão de aforar a responsabilidade caso o devedor deixe de realizar uma prestação ao seu credor. Essa responsabilidade parece não integrar o âmago do conceito da obrigação, embora seja de importância fundamental, pois nasce junto com o seu inadimplemento (VENOSA, 2017).

Mas o destino natural de uma obrigação é, em regra, o seu cumprimento, decorrente do interesse dos sujeitos envolvidos na prestação pactuada. No entanto, existem casos em que o credor não tem mais interesse nesse cumprimento e, de forma inequívoca, dispensa a obrigação. Sendo, dessa forma, retirada a exigibilidade do crédito. A esse perdão dá-se o nome de remissão (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Para Cabral (2020) não há interferência do pacto no direito material, não existem efeitos de remissão de dívida, não há impacto na pretensão material. Inclusive as partes poderiam exigir seus direitos fora do processo, com outras formas de cobrança.

É possível imaginar, então, uma convenção que permita, com o inadimplemento da prestação, tanto o perdão da dívida, recaindo sobre a pretensão material, quanto uma outra convenção para não se cobrar a dívida em juízo, ou até uma outra que se relacione com alguns pedidos processuais, buscando a satisfação do direito, mas sem relação com a pretensão material, correspondendo à pretensão processual.

Trigo (2020) dispõe que não haveria compatibilidade do objeto *do pactum de non petendo* com o direito subjetivo e sua pretensão material, ou seja, com o perdão da dívida, até porque, não haveria nenhuma utilidade nessa disposição, pois para o desfazimento do crédito seriam utilizados outros instrumentos dispostos no código civil, como a doação ou a própria remissão. Para o autor, não se pode confundir a convenção sobre o exercício do direito, com a convenção sobre o próprio direito.

Haveria a possibilidade, inclusive, da existência do processo em si, exigindo-se o direito e a prestação, apenas com restrição de pedidos, o que Trigo (2020) chama de promessa de não postular, ou promessa de não processar incidente sobre parte da demanda. Um exemplo seria o afastamento de concessão de tutelas antecipadas no curso do processo.

Posto isso, seria correta a dedução de que o pacto não incidiria sobre o direito, apenas sobre a sua exigibilidade. No entanto, a promessa de não processar não diz respeito apenas a relação obrigacional. A doutrina tem demonstrado que a convenção tem espaço em outros ramos do direito, atingindo sim, mas apenas em última instância, direitos (não de forma exclusiva) e ônus processuais, o que trataremos adiante neste artigo (TRIGO, 2020; CABRAL, 2020).

3. 2 Direito de ação ou remédio processual

O art. 5º, XXXV da Constituição Federal garante o direito de ação ao não excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O direito de ação é razão de ser do ordenamento jurídico e premissa básica da atuação estatal detentora do *jus imperium*. Ao lado dele existe o princípio dispositivo, que se traduz no poder das partes para pedir a tutela jurisdicional e fixar o objeto interno do litígio. A partir desse princípio, as partes definem o que interessa ser levado à apreciação estatal (MENDONÇA NETO; GUIMARÃES, 2017).

De fato, esse direito assegurado constitucionalmente, não tem qualquer relação com o direito material peticionado pelo autor, nem tampouco com o direito à defesa do réu, sendo possível o ajuizamento de qualquer ação, inclusive aquela com convenção processual para não processar. O pacto não pretende vedar o acesso ao Poder Judiciário, até porque seria impossível essa restrição.

Trigo (2020) defende que a promessa de não processar não impede o acesso à justiça e a análise do juiz. Da mesma forma que ocorre com a cláusula compromissória, a convenção deverá ser alegada pela parte a quem aproveita, ou seja, o juiz não pode, após a verificação de existência de promessa de não processar, extinguir o processo, pois ela não é uma condição da ação por si mesma. No entanto, o direito de ação não significa o direito de mérito, sendo necessária de início a análise das questões processuais. Nesse sentido, como no direito romano, a *exceptio* deve ser alegada.

Ocorre que, em nome de outros objetivos negociais, há a autorrestrição voluntária, que os próprios titulares se impõem. Sendo assim, tendo sido garantido o acesso ao Poder Judiciário para uma das partes e, tendo apresentado a outra parte a promessa de não processar como defesa, o processo deverá ser extinto (CABRAL, 2020; TRIGO, 2020).

Por isso, a doutrina brasileira é unânime em considerar que o pacto não fere o direito de ação, no sentido de acesso à justiça, não excluindo a apreciação do Poder Judiciário em nenhuma espécie de promessa de não processar total ou parcial.

Como dito anteriormente, Pontes de Miranda (2016 apud TRIGO, 2020, p.84) considera o *pactum de não petendo* como remédio jurídico processual, ou como Trigo (2020) prefere chamar, instrumento processual, que nada mais é que o mecanismo técnico, previsto na lei processual para tutela de direito material violado.

Para esse autor, é razoável que seja celebrado o pacto sobre os poderes das partes como um aspecto negativo instrumental, em que, apesar de não ser excluída a pretensão inteira, há limitação parcial nos direitos postulatórios, como por exemplo, as partes podem prometer não propor ação uma contra a outra perante o juizado especial cível, sendo competente para julgar o futuro processo, somente a justiça comum, ou mesmo quando se opera a cláusula compromissória. (TRIGO, 2020).

Em verdade, parece que a doutrina brasileira, a partir de Pontes de Miranda até os anos 2020, classifica o *pactum de non petendo*, tanto total como parcial como de direito processual, mais especificamente como convenção negativa de pretensão processual, atuando com mais ênfase no direito privado, sendo um pacto pre-processual que tenta gerir o risco do inadimplemento.

Nesse sentido, recai a opinião de Cabral (2020), quando afirma que as partes que prometem não processar, tanto credor quanto devedor, terão que avaliar a iniciativa e o impulso de agir na justiça e repensar outras formas não judiciais de cobrança e exigência no cumprimento do contrato.

Não há dúvidas que ao restringir a pretensão processual, haveria a possibilidade de maior período para tentativas de autocomposição e até mesmo de adimplemento contratual. Dessa forma, nasce mais uma utilidade do pacto, que, ao ser firmado, pode ser considerado cláusula de paz, com a promoção de meios alternativos de resolução de disputas, com a vantagem de diminuir o número de processos que chegam ao Poder Judiciário, além de ser uma forma de deixar as partes mais satisfeitas com a solução do impasse porventura existente, diante da satisfação do regramento proposto por elas próprias (TRIGO, 2020).

3. 3 A promessa de não processar como negócio jurídico processual atípico

O Código de Processo Civil de 2015 adotou uma flexibilização procedimental ao processo para dar maior efetividade ao direito material discutido, com respeito aos princípios constitucionais. Dessa forma, o CPC trouxe a teoria dos negócios jurídicos processuais regulamentada em seu art. 190 e seu parágrafo único (THEODORO JÚNIOR, 2017).

Didier Jr. (2018) defende em seu livro sobre os negócios jurídicos processuais que:

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento (DIDIER JR., 2018).

Os negócios jurídicos processuais se coadunam com princípios constitucionais como o da cooperação e tentam superar o que se poderia chamar de hiper publicismo, podendo as partes dispor sobre certos direitos processuais, ou até renunciar ao exercício (THEODORO JÚNIOR, 2017; TRIGO, 2020).

Fredie Didier Jr. (2018) classifica e exemplifica diversos negócios processuais. Para ele, existe a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, tendo em vista que o art. 190 é cláusula geral de negociação sobre o processo, sendo esse a principal concretização do princípio do respeito ao autorregramento no processo.

O negócio processual atípico pode ter por objeto o ato processual. É possível, então, o acordo sobre pressupostos processuais. Não se trata de negócio sobre o direito litigioso, negocia-se apenas sobre o processo, alteram-se suas regras, derogam-se normas processuais (DIDIER JR., 2018).

A promessa de não processar parece-nos ser vista como negócio jurídico processual atípico, ligada ao período pré-processual de liberdade contratual, sem que incida qualquer tipo de norma cogente e condicionada aos limites legais.

Assim, para ser válida, a promessa de não processar deve obedecer aos requisitos de validade de todo o negócio jurídico descritos no código civil. Ademais, nos termos do art. 190, parágrafo único, do código de processo civil, o desrespeito a qualquer um desses requisitos implicará nulidade do negócio processual, inclusive podendo ser reconhecida *ex officio*. No entanto, como dito anteriormente, não pode o juiz de ofício conhecer do inadimplemento da promessa de não processar. Como qualquer outro negócio jurídico processual, a alegação da convenção não cumprida será ônus da parte que a aproveita.

Um exemplo ilustrado por Fredie Didier Jr. (2018) quando se fala na alegação do inadimplemento do negócio processual atípico, é o acordo de instância única, quando se negocia que não haverá recurso por nenhuma das partes. Se ocorrer de uma das partes recorrer, o órgão jurisdicional não pode deixar de admitir o recurso por esse motivo, caberá a parte recorrida alegar e provar o inadimplemento da convenção processual, sob pena de preclusão.

Como a convenção para não processar é autônoma em relação ao negócio jurídico principal, se esse for invalidado, não será a promessa de não processar. Tal noção também vale sobre a possibilidade do pacto ser invalidado parcialmente, ou totalmente, não incidindo a nulidade sobre o negócio principal.

A capacidade processual é requisito de validade para a promessa de não processar, mas não se limita a ela, sendo necessária a capacidade processual negocial. Essa questão é de importante menção, pois o sujeito pode ser incapaz civilmente e capaz processualmente, no entanto, incapazes não podem celebrar negócios processuais sozinhos, somente se estiverem representados. Um outro exemplo de incapaz processual negocial é o consumidor, pois o art. 190 do código de processo civil literalmente limita a atuação de parte que se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (DIDIER JR., 2018).

É importante acrescentar que que Administração Pública pode se utilizar da negociação processual, desde que preservado o princípio da indisponibilidade do interesse público. Acontece que, como veremos adiante, diversas questões de direito público têm sido submetidas a soluções negociadas, pois não se trata de dispor, renunciar ou transacionar em relação ao direito material em si, o qual permanece indisponível e impassível de transação (COELHO, 2019).

A questão do objeto do negócio jurídico processual atípico se mostra tão conflituosa quanto a já discutida questão da promessa de não processar. Fredie Didier (2018) sugere padrões dogmáticos ou diretrizes gerais para o exame da licitude do objeto para serem seguidas, sem, no entanto, exaurir o tema: (i) na dúvida deve se admitir o negócio jurídico processual, exceto existente alguma regra que imponha interpretação restritiva, como é o caso do art. 114 do código civil, em que negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente; (ii) somente pode realizar-se em causas que admitam a autocomposição, pois pode haver reflexo na resolução do direito litigioso, no entanto, “a indisponibilidade do direito material não impede por si só, a celebração de negócio jurídico processual”(EN.135, FPPC apud DIDIER JR, 2018, p. 37); (iii) somente é possível negociar comportamentos lícitos; (iv) quando a lei regular expressamente um negócio jurídico processual, deverá delimitar os contornos de seu objeto; (v) negócio processual não pode ser admitido quando o seu objeto afastar regra processual cogente que sirva à proteção de direito indisponível; (vi) o negócio processual pode ser inserido em contrato de adesão, desde que não seja abusivo; (vii) as partes poderão definir deveres e sanções, distintos do rol legal processual, para o caso de descumprimento do negócio jurídico processual atípico.

Com relação à forma do negócio jurídico processual atípico, a doutrina cita que é livre. Assim seria possível que que ele fosse escrito ou oral, expresso ou tácito, apresentado por documento extrajudicial ou formado em audiência (DIDIER JR.,2018). Porém, como serve para criação de deveres não previstos na legislação processual e para possível troca de evidências e provas, sendo também descrito como acordo obrigacional que altera o procedimento, dando origem à situação jurídica das partes, é interessante que se convençione de forma escrita (TRIGO, 2020).

Como ocorre com o art. 200 do código de processo civil, quando prevista sua necessidade em lei, a homologação judicial é condição legal de eficácia do negócio jurídico processual, conseqüentemente, quando ocorre o negócio processual atípico os seus efeitos são imediatos, não necessitando da homologação. Para Didier Jr. (2018), não possuindo defeito, o juiz não pode recusar aplicação do negócio processual.

4 LIMITES DA PROMESSA DE NÃO PROCESSAR

Para adentrarmos na seara dos limites ao *pactum de non petendo* se faz necessária a análise do artigo 190 do Código de Processo Civil. Em seu *caput*, ele delimita os casos de negócios jurídicos processuais aos direitos que admitam autocomposição e às partes com capacidade processual negocial.

Mendonça Neto e Guimarães (2017) atentam para o fato de que não há qualquer relação entre direitos disponíveis e direitos que admitem a autocomposição, sendo essa categoria mais ampla que aquela.

A autocomposição é uma técnica processual e a indisponibilidade diz respeito ao direito material. A técnica não afasta a cognição, nem a pretensão da tutela jurisdicional, por isso não haveria razão para a recusa do processo negociado, sob pena de privar as partes da possibilidade de se alcançar melhor solução para o caso concreto. Assim, o mérito do negócio jurídico processual sempre deve ser sindicado pelo juízo, sendo dessa forma aceito, alterado ou recusado (MENDONÇA NETO; GUIMARÃES, 2017).

Um bom exemplo desenvolvido por Mendonça Neto e Guimarães (2017) é o seguinte:

Pode-se supor, que as partes envolvidas, num processo de interdição – o qual não dispensa a tutela judicial – firmem um acordo processual no qual somente a parte autora dispense recurso, caso a sentença venha a reconhecer a capacidade do interditando. (...). No caso hipotético, a solução faz sentido até mesmo porque a parte poderia decidir não recorrer. O que fez foi somente antecipar para o início do processo uma decisão que tomaria ao final do exercício da jurisdição de 1º grau. Não haveria razão para negar a possibilidade do negócio jurídico processual nesses casos, ainda que a pretensão à tutela judicial fosse indisponível (MENDONÇA NETO; GUIMARÃES, 2017, p.7)

Trigo (2020) comenta com fulcro no artigo 190 do CPC, que seria possível, num mesmo processo, concorrerem direitos que podem ser objeto da promessa de não processar e outros que não poderiam, possibilitando a utilização de um pacto parcial, ou promessa de não postular, englobando apenas os direitos passíveis de autocomposição.

Com relação à capacidade processual negocial, o artigo 190 determina que as partes devem ser plenamente capazes para a convenção e não apenas para o processo.

Didier (2018) observa que a capacidade processual negocial pressupõe a capacidade processual, mas não se limita a ela.

A vulnerabilidade é um exemplo de incapacidade processual negocial. Casos como os relacionados ao direito do consumidor ou quando a parte não é acompanhada por procurador, podem ser considerados nulos se houver a constatação de manifesta situação de vulnerabilidade, como determina o parágrafo único do artigo 190 do CPC. Caberá ao Poder Judiciário resolver se a negociação foi feita em condições de igualdade ou não.

Tereza Arruda Wambier (2015 apud COELHO, 2019) afirma que para a concretização do negócio jurídico processual não é possível que ele tenha por objeto dever processual imperativo imposto à parte. Não é o intuito o “vale tudo” processual, sob pena de ser ilícito o objeto.

Sobre o assunto, Cabral (2020) complementa que não podem as partes transferir a outras pessoas, inclusive ao Poder Judiciário, os custos que deveriam ser arcados pelas próprias partes. Isso porque, a litigância, sendo extrajudicial ou judicial, impõe custos, nesse sentido, não seria possível impor esses custos a terceiros.

Além das limitações impostas às convenções processuais já determinadas no CPC, Cabral (2020) defende não ser possível que a promessa de não processar se estenda além do prazo prescricional, ou se prolongue de forma indeterminada no tempo.

No primeiro caso, se submetidos a prazo fixo, o cumprimento da convenção puder levar à ocorrência de prescrição ou decadência, equivaleria a produzir uma obrigação natural e significaria um dever moral apenas, sem a sua exigibilidade, o que não justificaria a natureza processual do pacto.

Para Trigo (2020), a distinção teórica entre a obrigação natural e a promessa de não processar por tempo maior que a prescrição é simples, pois o pacto exige uma exceção para ser cumprido, ele deve atuar como matéria de defesa no primeiro momento processual. O que não ocorre com a obrigação natural, que, em regra, é reconhecida ex officio. O exemplo claro utilizado pelo autor é a manifestação do julgador quando da impossibilidade da repetição do pagamento de dívida prescrita, sem que isso seja alegado por nenhuma das partes.

Dito isso, fica evidente que para Trigo (2020) é possível que a promessa de não processar seja convencionada além do prazo prescricional.

Com relação a se prolongar por tempo indeterminado, Trigo (2020) enfatiza que os argumentos para que não seja possível essa convenção são o impedimento por completo do acesso à justiça e que não seria possível o nascimento ou a subsistência do débito sem a exigibilidade.

O autor rebate esses argumentos. O primeiro seguiria a mesma linha de que a promessa de processar não significa renúncia ao direito de ação. Podendo o credor levar ao Poder Judiciário sua questão, sendo alegada a exceção e, verificada pelo juiz a inexistência de irregularidades no processo, esse seria extinto (TRIGO, 2020).

Quando se fala em impossibilidade de débito sem exigibilidade, há o contra-argumento de que existe o valor social da promessa de não processar por tempo indeterminado. Como os efeitos da convenção são diversos da remissão de dívida, pois ela afasta a exigibilidade processual apenas, existiria ainda outras formas de cumprimento que não através do processo judicial (TRIGO, 2020).

Considerando a promessa de não processar como negócio jurídico processual atípico, é certo que deve guardar os limites descritos na lei que o regulamenta. De modo que venha a ser considerada como convenção útil no direito brasileiro.

De fato, para o convencimento da sua natureza processual e, principalmente, de sua constitucionalidade nos tribunais, parece-nos que seria necessário o estabelecimento do termo para cumprimento da convenção anterior ao prazo prescricional. Evitando dessa forma, como Cabral (2020) menciona, o seu uso abusivo para esconder uma disposição sobre uma pretensão de direito material, ou do próprio direito subjetivo.

5 ALGUMAS ESPÉCIES DE PROMESSA DE NÃO PROCESSAR

As convenções processuais têm, entre seus objetivos, tutelar os direitos materiais, adequando o procedimento de acordo com as necessidades do conflito, além de possibilitar uma visão democrática do processo, ampliando o diálogo e a interação entre as partes (PONTE; ROMÃO, 2015).

É com esse intuito de cooperação, seja durante ou anterior ao processo, que a promessa de não processar pode atuar, evitando o ambiente excessivamente litigioso que, por muitas vezes se instaura entre as partes. Isso ocorre particularmente em processos que envolvem direitos existenciais, como os processos de família (TRIGO, 2020).

Para dirimir o conflito, alguns ordenamentos jurídicos preveem a obrigatoriedade de um período para negociações prévias ao ajuizamento de ação, seja através da mediação ou da conciliação, devendo reservar para a jurisdição somente os conflitos não solucionados por essas técnicas. É o que acontece na Argentina, por exemplo, em que, nas ações de família, uma das partes deve procurar inicialmente um dos mediadores registrados no Ministério da Justiça (ALMEIDA, 2014 apud TRIGO, 2020, p. 132).

O direito francês trata da convenção na qual as partes se comprometem a buscar a execução do contrato com boa-fé e, na eventualidade de litígio, também se comprometem a buscar uma solução negociada. Nesse sentido, é lançado mão da autocomposição antes

de qualquer ajuizamento. Essa cláusula contratual é chamada Cláusula de Paz e vai além da boa-fé contratual, prevista no direito material brasileiro. Isso porque ela cria preliminar que pode ser conhecida pelo juiz, desde que alegada por uma das partes, além de suspender o prazo prescricional para o período de composição (TRIGO, 2020).

No Brasil, a partir da década de 1990, com o incremento de técnicas processuais e constitucionalização de um conjunto ousado de garantias, sem a construção de políticas públicas e sociais correlatas, houve ambiente propício para maior judicialização de conflitos (TUCCI, 2015).

Para Tucci (2015) aconteceu o que poderíamos chamar de “banalização de demandas” e com esse afluxo e a manifesta incapacidade do Poder Judiciário de oferecer soluções eficientes para cada caso concreto, existiu também a necessidade de se prestigiar outros meios adequados de solução de conflitos como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

Em verdade, o Código de Processo Civil de 2015 infunde a cultura da pacificação em inúmeros preceitos, sugerindo a autocomposição. Em seu artigo 3º, parágrafo 2º dispõe que “o Estado promoverá, sempre que possível a solução consensual dos conflitos” e o Estado tem se empenhado na organização de instituições capacitadas a mediar conflitos entre os cidadãos e entre ele mesmo e os cidadãos. O mesmo código prevê, em seu artigo 174, a criação pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios de câmaras de mediação e conciliação para a solução de conflitos no âmbito administrativo (TUCCI, 2015).

A convenção para não processar, quando utilizada como Cláusula de Paz, pode evitar o litígio num momento crucial de conciliação, em que as partes ainda devem dialogar e não acessar o Poder Judiciário, mantendo as atenções nas negociações.

Em resumo, seria não somente possível, mas aconselhável, que antes de qualquer ação convencionassem as partes a inexigibilidade processual de determinado direito, com o objetivo de concretização do firmado em contrato e mediação do conflito.

Para Trigo (2020), essa cooperação, apesar de ter natureza processual, é decorrente da boa-fé que acompanha a celebração de contratos, que ao surgimento do litígio é para o processo transposta.

Além de ser um meio de concretização do princípio da cooperação processual como a instituição contratual da cláusula de paz, a promessa de processar aparece no ordenamento brasileiro em diversas aplicações, como no processo penal e no processo administrativo.

5.1 O acordo de não persecução penal

A Constituição Federal foi o autorizativo legal para que se expandisse no Brasil a justiça consensual. A partir dela, surgiram leis que instituíram uma nova era no sistema jurídico brasileiro (MPF, 2020; CABRAL, 2020).

As linhas gerais para a composição no processo penal também foram traçadas.

Com a promulgação da Lei 12.850/2013 e seu procedimento consensual como meio especial de obtenção de provas para o enfrentamento de organizações criminosas e crimes transnacionais e da Lei 12.846/2013 com a possibilidade de se formar acordos de leniência em matéria anticorrupção (Lei Anticorrupção Empresarial) observou-se a necessidade de se superar o modelo de que nenhum crime deve ficar impune (*nec delicta maneant impunita*), característico da obrigatoriedade da ação penal, pois, como o próprio Ministério Público Federal comenta, "o modelo se tornou economicamente inviável e inviabilizador de ideias de justiça e eficiência na persecução penal" (MPF, 2020).

O acordo de não persecução penal foi positivado no artigo 3º da Lei 12.850/2013, com a redação dada pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), sendo também chamado de "acordo de imunidade", é negócio jurídico processual por meio do qual o Ministério Público promete não ajuizar a pretensão punitiva contra o colaborador, em troca da sua colaboração (CABRAL, 2020).

O artigo 28-A do Código de Processo Penal prevê o acordo de não persecução penal como um dos benefícios trazidos com a colaboração premiada:

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940

(Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (BRASIL, 1941).

Fredie Didier Jr. e Daniela Bonfim (2018) defendem a colaboração premiada como negócio jurídico bilateral como um contrato, com interesses contrapostos e vantagens esperadas por ambas as partes. De um lado o Ministério Público, a fim de colher provas, espera a colaboração do investigado, de outro, o colaborador, apesar de não ter interesse em comum com o Ministério Público, terá como vantagem uma decisão judicial que pode significar a não persecução penal.

Trigo (2020) deduz que o acordo não se trata de negócio entre as partes, mas sim de juízo de opção do Ministério Público, ou convenção, para que não se dê início a ações penais com requisitos estabelecidos no artigo 395 do Código de Processo Penal.

Cabral (2020) e Trigo (2020) concordam ao classificarem o acordo de não persecução penal ou o benefício de não oferecer denúncia, dado pelo Ministério Público com homologação judicial, como promessa de não processar.

Ainda que o acordo de não persecução penal seja negócio jurídico processual penal, pois possui outros requisitos além da vontade das partes (requisito do processo civil) para que tenha eficácia, ele difere do puro arquivamento da denúncia, pois depende da homologação do juízo competente e, segundo a doutrina majoritária é espécie de promessa de não processar.

5.2 O acordo de não persecução cível

A Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) também alterou o artigo 17, parágrafo 1º da Lei 8.429/1992 (Improbidade Administrativa), prevendo que “aditem a celebração de acordo de não persecução cível”. Antes havia a vedação da transação, do acordo ou da conciliação nas ações de improbidade administrativa (GONÇALVES FILHO, 2021).

A alteração desfaz a equivocada compreensão sobre a indisponibilidade do interesse público. Pois, ao contrário do que se concebia, existem graus de disponibilidade e mesmo algumas regras que foram concebidas nesse interesse podem ser flexibilizadas (CABRAL, 2020).

Antes mesmo da promulgação do Pacote Anticrime, o Supremo Tribunal Federal admitiu acordos em improbidade administrativa, não somente sobre o processo, mas também sobre as sanções determinadas no artigo 12 da Lei 8.429/1992. Com isso, houve a regulamentação da celebração de Termo de Ajuste de Conduta nessa matéria pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CABRAL, 2020).

As alterações legislativas que visam possibilitar e estimular a resolução extrajudicial de conflitos de improbidade administrativa se coadunam com o próprio Código de Processo Civil, que não obstante afirme a inafastabilidade da jurisdição, estimula a resolução consensual dos conflitos (GONÇALVES FILHO, 2021).

Dito isto, é possível afirmar que o pacto de não ajuizar a ação de improbidade administrativa tende a ser cada vez mais comum, bem como as demais convenções processuais que objetivam a resolução dos conflitos extrajudicialmente no âmbito da Fazenda Pública.

O incentivo à autocomposição tem sempre pautado as decisões das altas cortes do país. Nada obstante, o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que é possível acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa inclusive na fase recursal. O momento limite para a homologação do acordo ainda deve ocupar as decisões da corte (GONÇALVES FILHO, 2021).

5.3 A promessa de não executar

De acordo com Fredie Didier Jr e Antônio do Passo Cabral (2018) o *pactum de non exequendo* é negócio jurídico processual unilateral e hipótese específica do *pactum de non petendo*, no qual o credor ou um legitimado extraordinário compromete-se a não executar um título executivo, subsistindo, então, a pretensão cognitiva. Tal hipótese se torna possível pela independência entre as pretensões cognitiva e executiva.

Trigo (2020, p. 139) argumenta que existem duas questões a serem abordadas quando se trata do *pactum de non exequendo*: "(i) o efeito da promessa de não executar sobre a responsabilidade patrimonial do devedor e (ii) a (im)possibilidade de propositura de ação de conhecimento para que se obtenha condenação a pagamento que jamais poderá ser executado, sendo tal convenção prévia ao processo."

As questões são refutadas, não sendo impeditivas da convenção processual de não executar. Primeiro que não é razoável a restrição do autorregramento da vontade em detrimento da inexistente natureza pública da responsabilidade patrimonial. Isto porque essa responsabilidade nasce no início do processo executivo ou nas medidas tomadas pelo credor após o inadimplemento da obrigação, sendo essas últimas ainda possíveis (TRIGO, 2020).

Quando nos referimos sobre a possibilidade de existir um processo cognitivo sem o seu consecutivo executivo, não existe norma que regule essa situação, além do que, não é possível que se detenha a pretensão processual cognitiva em razão do pacto que impossibilita a posterior execução (TRIGO, 2020).

Por meio da promessa de não executar o credor pactua não intentar ação executiva, podendo-se utilizar de outros meios para cumprimento da obrigação. O acordo, que pode ser bilateral, não significa renúncia no plano material, a parte pode se utilizar de outras modalidades de cobrança de crédito, como a ação monitória, ou a possibilidade de se usar o crédito como compensatório, ou ainda inserir o nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito para pressionar o adimplemento (TRIGO, 2020; DIDIER JR.; CABRAL, 2018).

O enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) que trata da admissibilidade de negócios processuais atípicos cita o acordo de não promoção das execuções provisórias como convenção possível, pacto este considerado por Didier Jr e Cabral (2018) comum e útil.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de esgotar o tema, nesse artigo foram abordadas discussões atuais sobre a constitucionalidade da promessa de não processar, sua natureza jurídica, seus limites e sobre algumas espécies do instituto.

A Constituição Federal e o ordenamento jurídico brasileiro são claros ao incentivar a autocomposição e os meios de se evitar o litígio.

A promessa de não processar é um instrumento processual que tem a capacidade de dar tempo para as partes entrarem em acordo, antes do ajuizamento da ação, incentivando a autocomposição e tornando possível a resolução de um conflito de forma simplificada, além de permitir que ele tenha uma resposta mais eficiente e satisfatória.

Em verdade, o pacto parece ser uma maneira de colocar em prática o princípio do autorregramento da vontade, braço processual da garantia constitucional à liberdade, não sendo contrário ao princípio do pleno acesso à justiça, pois o direito de ação é garantido, cabendo a alegação da cláusula de não processar em preliminar de contestação quando a parte a aproveitar.

A promessa de não processar mostrou-se, então, não apenas constitucional, mas instrumento para resolução de conflitos por meio da autocomposição.

Ficou demonstrada a natureza processual do pacto, pois ele recai sobre a pretensão processual, podendo ser relacionado a alguns pedidos processuais ou a não se ajuizar a ação, buscando a satisfação do direito de outras maneiras que não através da intervenção do Poder Judiciário. O que não se confunde com o perdão da dívida, pois ela ainda pode ser cobrada de outras formas, mantendo-se a pretensão material.

A promessa de não processar, de acordo com a doutrina majoritária brasileira classifica-se então como negócio jurídico processual atípico, conforme disposto no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, mais especificamente como convenção negativa de pretensão processual, com ênfase maior no direito privado, sendo um pacto pre-processual que tenta gerir o risco do inadimplemento.

Sendo assim classificada, se submete aos ditames e limites do mesmo artigo, as partes devem ser plenamente capazes para a convenção e não apenas para o processo, além do que, o direito a ser convencionado deve admitir a autocomposição, que é técnica processual e não se confunde com direito material, podendo inclusive ser instrumento para compor conflitos em direitos indisponíveis.

Ainda quando se fala em limites da promessa de não processar, encontramos na doutrina divergências relacionadas ao período para cumprimento da convenção e se há necessidade do termo antes da prescrição para que o instituto tenha eficácia e o direito não se transforme em obrigação natural.

Para que a convenção processual de não processar seja reconhecida nos tribunais como de fato constitucional e de natureza processual, parece-nos ser necessário o estabelecimento do termo anterior à prescrição para seu cumprimento, evitando seu uso abusivo no intuito de esconder, na verdade, a pretensão de direito material.

Isto porque, deve ficar claro que a intenção primordial da cláusula é a de promover a paz, evitando o litígio em momento que pode ser crucial para a conciliação, em que o diálogo deve prevalecer e, ainda, não se deve acessar o Poder Judiciário, devendo-se manter o foco nas negociações. O que seria não somente possível, mas aconselhável, como já ocorre em alguns ordenamentos jurídicos como na Argentina e na França.

No Brasil, a promessa de não processar vem sendo paulatinamente reconhecida como importante e necessária ao ordenamento.

É o que acontece com o acordo de não persecução criminal que, como o próprio Ministério Público Federal reconhece, veio como uma das maneiras de tornar viável a ideia de justiça e eficiência na persecução penal.

Pela doutrina majoritária, o acordo de não persecução penal trata-se de uma espécie de promessa de não processar com requisitos distintos daqueles estabelecidos pelo

processo civil, pois vai além da vontade das partes para que tenha eficácia, mas que não se equipara ao puro arquivamento da denúncia, dependendo sempre da homologação judicial.

No direito público, além do âmbito criminal, ocorreram alterações legislativas também para possibilitar e estimular a resolução extrajudicial de conflitos de improbidade administrativa.

Na verdade, o pacto de não ajuizar em improbidade administrativa, ou acordo de não persecução cível, tende a ser cada vez mais comum, seguindo o mesmo caminho dos demais conflitos que envolvem a Fazenda Pública que, cada vez mais se posiciona a favor da utilização das técnicas de autocomposição nas câmaras de resolução de conflitos.

Dentre as espécies mais estudadas de promessa de não processar no direito brasileiro está a promessa de não executar, que nos parece ser uma das de maior utilidade quando se fala em concretização do direito ou adimplemento de crédito, seja através da opção pela ação monitória, ou através do protesto, ou da inserção do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito, ou ainda na utilização compensatória desse crédito. Evitando o tempo despendido no trâmite de execução do judiciário e compelindo o devedor ao adimplemento.

Por fim, como se pode notar, a promessa de não processar é um tema atual que perpassa vários ramos do direito, que ainda necessita ser mais bem estudado e entendido para que se utilize de todas as suas potencialidades e para que, ao ser alegado no Poder Judiciário, possa ser reconhecido e legitimado como negócio jurídico processual com plena eficácia.

REFERÊNCIAS

ALVIM NETTO, J. M. A. Indenização por ato ilícito e pactum de non petendo. **Soluções Práticas – Arruda Alvim**. 2011. v.2. p. 983 – 1000.

CABRAL, A. P. Pacto de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro. **Revista de Processo**. Disponível em: https://www.academia.edu/43956586/Pactum_de_non_petendo_promessa_de_n%C3%A3o_processar_no_direito_brasileiro. Acesso em: 24 set. 2020.

COÊLHO, M. V. F. Art.190 do CPC – Clausula geral de negociação processual. **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/294604/art--190-do-cpc---clausula-geral-de-negociacao-processual>. Acesso em: 13 abr.2021.

DIDIER Jr. F. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In*: DIDIER JR. F. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. 1. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 17-23.

DIDIER Jr. F. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. *In*: DIDIER JR. F. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. 1. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 25-46.

DIDIER Jr. F. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. *In*: DIDIER JR. F. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. 1. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p.111-152.

DIDIER Jr. F.; CABRAL, A. P. Negócios jurídicos atípicos e execução. *In*: DIDIER JR. F. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. 1. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 63-89.

FARINA, A. La natura giuridica del pactum de non petendo. *In*: FARINA, A. **Pactum de non petendo: profili critici e ricostrutivi**. [Milão]: Universidade de Milão, 2018. Disponível em: https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/554181/971377/phd_unimi_R10863.pdf. Acesso em 24 set. 2020.

GONÇALVES FILHO, E. S. Acordo de não persecução cível ainda deve ocupar a pauta do STJ. **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-nao-persecucao-civel-stj-23032021>. Acesso em 07 mai. 2021.

LÔBO, P. L. N. **Direito civil**: obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDONÇA NETO, D. D.; GUIMARÃES, L. C. V. Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposição e o pactum de non petendo. **Revista de Processo**. Disponível em: <https://www.vgplaw.com.br/wp-content/uploads/2017/09/Artigo-NEGO%CC%81CIO-JURI%CC%81DICO-PROCESSUAL-DIREITOS-QUE-ADMITEM-A-AUTOCOMPOSIC%CC%A7A%CC%83O-E-O-PACTUM-DE-NON-PETENDO-II.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (Brasil). Acordos de não persecução penal. Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas. **Atuação temática**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020_.pdf. Acesso em: 07 mai. 2021.

NEVES, D. A. A. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 4. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

NOGUEIRA, P. H. P. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. [Salvador]: Universidade Federal da Bahia, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10743>. Acesso em: 18 mar. 2021.

PONTE, M. D.; ROMÃO, P. F. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19968/14311>. Acesso em: 07 mai. 2021.

THEODORO JUNIOR, H. Os negócios jurídicos processuais. *In*: **Curso de direito processual civil**. v. 1. 58 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 484-9.

TRIGO, A. L. A. C. **Promessa de não processar e de não postular**. O pactum de non petendo reinterpretado. Salvador: JusPodivm, 2020.

TRIGO, A. L. C. Pactum de non petendo parcial. **Revista de Processo**. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2018;1001124306>. Acesso em: 24 set. 2020.

TUCCI, J. R. C. Proibição do pactum de non petendo na jurisprudência do STJ. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-02/paradoxo-corte-proibicao-pactum-non-petendo-jurisprudencia-stj?imprimir=1>. Acesso em: 18 mar. 2021.

TUCCI, J. R. C. Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e mediação. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-08/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arbitragem-conciliacao-mediacao>. Acesso em: 07 mai. 2021.

VENOSA, S. S. Estrutura da relação obrigacional. *In*: **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17 Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 33-42.

A CONSTITUIÇÃO PRÉVIA DE ADVOGADO PELO RÉU OBSTA A SUSPENSÃO DO PROCESSO PENAL NOS TERMOS DO ART. 366, CPP?

THAIS PASTOR DE AMORIM SIQUEIRA:

Graduada em Direito na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul

RESUMO: neste artigo, procurou-se analisar o artigo 366, CPP e a necessidade de citação do réu mesmo na hipótese em que há constituição prévia de advogado sem poderes especiais, em razão dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

INTRODUÇÃO.

O art. 366 prevê a suspensão do processo e do prazo prescricional para o acusado que, após a citação por edital, não comparece nem constitui advogado.

Uma questão com a qual pode se deparar o intérprete é: a constituição prévia de advogado pelo acusado, antes da perfectibilização da citação por edital, é suficiente para que o processo prossiga sem a suspensão prevista no art. 366, CPP?

A questão pode parecer meramente teórica, mas a prática revela que muitos investigados constituem advogados exclusivamente para acompanhar o inquérito policial. Uma leitura apressada do art. 366, CPP, poderia sugerir que essa constituição de advogado bastaria para obstar a suspensão do processo na hipótese de citação do réu por edital. Não é, todavia, a interpretação que mais se adequa ao sistema Constitucional estabelecido pela Constituição de 1988. É o que se pretende demonstrar nesse artigo.

DA IMPOSSIBILIDADE DE SE OBSTAR A SUSPENSÃO DO PROCESSO EM RAZÃO DE CONSTITUIÇÃO PRÉVIA DE DEFENSOR.

A necessidade de suspensão do processo no caso de réu citado por edital – modalidade de citação ficta – decorre da impossibilidade de certeza sobre a ciência efetiva do processo após o ato citatório.

Nesse sentido, ao comentar referido dispositivo legal, ensina Eugênio Pacelli: *"Se o ato citatório é indispensável para a regularidade do feito, uma vez que é ele que possibilita ao réu não só o conhecimento da demanda, mas a oportunidade do exercício da ampla defesa, do contraditório, do direito ao silêncio e das demais garantias processuais*

individuais, não há dúvida de que semelhante modalidade de citação não cumpre o seu destino, na maioria das vezes".¹¹⁶

Isto é: o Código reconhece que a citação por edital não é meio de efetiva ciência do acusado e, por isso, impede que o processo tenha curso sem sua efetiva ciência.

Nesse sentido, a doutrina de Renato Brasileiro: "*O objetivo do dispositivo é evidente: visa assegurar uma atuação efetiva e concreta do contraditório e da ampla defesa. De fato, sobretudo em casos de nomeação de defensor público ou advogado dativo, a citação por edital do acusado, com ulterior decretação de revelia, tal qual ocorrida anteriormente, inviabilizava por demais o exercício da ampla defesa, na medida em que impossibilitava que o acusado apresentasse ao juiz sua versão a respeito do fato da imputação, cerceando também o direito de acompanhar, ao lado de seu defensor, os atos da instrução processo*"¹¹⁷.

De mais a mais, cumpre consignar que o advogado constituído não pode, em nenhuma hipótese, receber citação em nome do réu, se no instrumento de mandato não houver expressamente cláusula com outorga de poderes especiais para tanto. Aqui, importante lembrar que o art. 105 do Código de Processo Civil exige poderes especiais para receber citação – que devem estar expressamente previstos no instrumento de mandato.

Caso a procuração preveja expressamente poderes para receber citação e o advogado continue a atuar em favor do cliente após a citação, o problema aqui estudado fica superado. Porém, não é o que ordinariamente acontece.

Quando se trata de processo civil, é pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de exigir poderes específicos no instrumento de mandato:

*"AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA DUAS RÉS COM PROCURADORES DIFERENTES. JUNTADA DE PROCURAÇÃO SEM PODERES PARA RECEBER CITAÇÃO. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO NÃO CARACTERIZADO. 1. **A juntada de procuração sem poderes para receber citação não configura comparecimento espontâneo** (Código de Processo Civil de 1973, artigo 214, § 1º). Precedentes. 2. **Agravo interno a que se nega provimento**" (STJ, AgInt no AREsp*

¹¹⁶ PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal, 21ed., São Paulo: Atlas, 2017.

¹¹⁷ BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Código de Processo Penal Comentado, 2ª. Ed., Salvador: JusPodivm, p. 1002.

896.467/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 21/03/2017).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes: AgRg no REsp 1538505/MT¹¹⁸, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Belizze e o AgRg no AREsp 276.143/PA¹¹⁹, que teve como relator o Ministro Raul Araújo.

Todos esses precedentes, porém, tiveram origem em casos em que se discutiam processos cíveis.

A questão então é: tais precedentes seriam aplicáveis ao processo penal? Isto é: são necessários poderes especiais para o advogado receber citação em nome do cliente? Ou o mero comparecimento de advogado, como sugere o art. 366, CPP, supriria essa necessidade?

Conforme já adiantado na introdução desse artigo, entendemos que a melhor interpretação do art. 366, CPP, é aquela que – atenta aos princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal – apenas admite que o comparecimento de advogado obste a suspensão da ação penal se ele possuir poderes específicos para receber citação.

¹¹⁸ "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. JUNTADA DE PROCURAÇÃO SEM PODERES PARA RECEBER CITAÇÃO OU DE REPRESENTAÇÃO PARA O FORO EM GERAL. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A juntada aos autos de procuração sem poderes específicos para receber citação, e nem mesmo para o foro em geral, não configura o comparecimento espontâneo, nos termos do art. 214, § 1º, do Código de Processo Civil. 2. Os precedentes trazidos a confronto não têm o condão de demonstrar o invocado dissídio jurisprudencial, na medida em que se encontram amparados em diferentes bases fáticas, as quais permitiram excepcionar a aplicação da regra geral, que exige a citação do réu como requisito de validade do processo de execução, circunstâncias essas que não se fazem presentes no acórdão recorrido. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no REsp 1538505/MT, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016).

¹¹⁹ "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE. TERMO INICIAL. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO. NÃO VERIFICAÇÃO. PRECEDENTES. DESPESAS CONDOMINIAIS. ARREMATACÃO. DÉBITOS NÃO PREVISTOS NO EDITAL. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que o comparecimento de advogado com o escopo de juntar procurações somente tem o condão de configurar comparecimento espontâneo se houver, na procuração, poderes específicos para receber citação ou para atuação específica naquele processo, o que não ocorre no caso em tela. 2. "A responsabilização do arrematante por eventuais encargos omitidos no edital de praça é incompatível com os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança" (REsp 1.297.672/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/9/2013, DJe de 1º/10/2013) 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 276.143/PA, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015).

Primeiro, porque a procuração é instrumento que veicula o contrato de mandato, típico do direito civil e por ele regulado. Isto é: o contrato de mandato está sujeito às regras do direito civil, e não penal – mesmo porque, não há na lei penal disciplina específica sobre tal instrumento.

Em segundo lugar, se a legislação civil – que, geralmente, lida com direitos disponíveis – confere determinado rigor ao ato, este não pode ser flexibilizado na esfera penal, que lida com direitos muito mais relevantes (liberdade), à míngua de previsão legal específica que assim autorize.

Terceiro: não é apenas o CPC que determina a necessidade de poderes especiais para o recebimento de citação por terceiro. Também o Estatuto da OAB, Lei nº 8906/94, no art. 5º, par. 2º, determina: “*A procuração para o foro em geral habilita o advogado a praticar todos os atos judiciais, em qualquer juízo ou instância, salvo os que exijam poderes especiais*”.

Assim, há Lei Nacional que exige a necessidade de os poderes especiais estarem expressos na procuração. A Lei 8.906/94 não faz distinção entre casos penais ou cíveis ao deixar explícito que a procuração geral para o foro não autoriza ao advogado receber citação em nome do Réu.

O art. 366, CPP, ao fazer menção ao réu que constitui advogado, por óbvio, se refere àquela constituição de advogado posterior à citação – constituição que deixa claro e inequívoca a ciência do réu acerca do processo.

Não há como, portanto, admitir que a prévia constituição de advogado pelo Réu, antes da citação ficta, e sem poderes especiais para receber citação, possa justificar a não suspensão do processo nos termos do art. 366, CPP.

Em caso em que se tratava de hipótese idêntica à aqui analisada, o Tribunal de Justiça de São Paulo, concedeu Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo, determinando-se a suspensão do processo nos termos do art. 366, CPP, nos seguintes termos:

“Embora os defensores constituídos pelo corréu, ora paciente, tenham atuado na fase de inquérito, apresentado defesa prévia e, inclusive, já impetrado habeas corpus em prol do seu cliente, não é possível afirmar que o paciente tenha inequívoco conhecimento da ação penal contra ele instaurada, considerando que os únicos instrumentos de mandato juntados aos autos são genéricos, foram outorgados pelo paciente, respectivamente, nos dias 16/03/2020 e

30/03/2020, e juntados aos autos, respectivamente, em 26/03/2020 e 18/04/2020, ou seja, muito antes do oferecimento e do recebimento da denúncia (ocorridos, respectivamente, dias 19/05/2020 e 20/05/2020). Ademais, a citação por edital foi determinada somente em 15/09/2020, ou seja, após a realização de inúmeros atos processuais e quando o paciente não era mais representado por advogado constituído, que, por motivos particulares e pelo fato de o seu cliente estar em local incerto e não sabido, renunciou ao mandato no dia 04/09/2020 (renúncia esta homologada na mesma data com nomeação da Defensoria Pública) Necessária suspensão processo e do curso do prazo prescricional Inteligência do artigo 366 do CPP Constrangimento ilegal configurado .Ordem concedida para determinar a suspensão da ação penal e do curso do prazo prescricional correspondente” (TJSP, Habeas Corpus nº 2253432-18.2020.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Osni Pereira, j. 10/12/2020)¹²⁰.

CONCLUSÃO.

Neste artigo, procurou-se analisar a seguinte hipótese: a prévia constituição de advogado seria suficiente para se obstar a suspensão do processo na hipótese de citação por edital?

Após análise da legislação vigente, doutrina e jurisprudência, entendeu-se que o comparecimento de advogado só é suficiente para suprir a citação pessoal do acusado se no instrumento de mandato houver poderes específicos para receber citação (art. 105, CPC e 5º, par. 2º, Lei 8906/94) ou se, sendo a constituição do causídico posterior ao ato citatório, houver elementos que demonstrem inequívoca a ciência do acusado da ação penal em curso.

Nesse contexto, a constituição prévia de advogado não obsta a suspensão do processo na hipótese de citação por edital. Essa conclusão, conforme demonstrado, tem guarida na jurisprudência dos Tribunais.

¹²⁰ Em sentido semelhante: “HABEAS CORPUS – Estupro de Vulnerável – Lei Maria da Pena – Impetração visando à revogação da decisão que determinou a suspensão do processo, nos termos do art. 366 do CPP, bem como a revogação da prisão preventiva, por falta de contemporaneidade – IMPOSSIBILIDADE – Procuração outorgada pelo paciente em 2010, com referência a cláusula ad judicia, com o fim especial para atuação exclusiva no IP que antecedeu a ação penal em análise - A procuração com poderes específicos não pode ser considerada de forma ampliada - Tal limitação impede a conclusão de que o paciente estava representado na ação penal” (TJ/SP, 3ª Câmara de Direito Criminal, HC nº 2205114-38.2019.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, j. 30/01/20).

BREVES ACENOS SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO SISTEMA DE GOVERNO PARLAMENTARISTA NO BRASIL VIA EMENDA CONSTITUCIONAL

BÁRBARA MENDES PERES:

Bacharela em Direito. Advogada.

Resumo: A derrota do parlamentarismo no Plebiscito de 1993 não impediu que a temática sobre a instituição desse sistema de governo no Brasil ganhasse força. Tal proposição é evidenciada em Propostas de Emenda à Constituição e no estudo realizado por Bruce Ackerman, no qual o professor assentou a necessidade de que, em 2023, seja convocada uma Assembleia Constituinte e instituído o parlamentarismo no Brasil. Considerando os limites ao poder de reforma, a presente pesquisa analisará se eventual adoção desse sistema de governo pode ocorrer via Emenda Constitucional ou se, para tal, seria necessário convocar uma Assembleia Constituinte.

Palavras-chave: Sistemas de governo. Parlamentarismo. Emenda à Constituição. Limites ao poder de reforma. Eficácia das normas constitucionais.

1. INTRODUÇÃO

Durante a Assembleia Nacional Constituinte, instaurada em fevereiro de 1987 e dissolvida em outubro de 1988, o Congresso Nacional tornou-se palco de discussões acerca da estrutura institucional a ser implementada no Brasil (BARBOSA; PAIXÃO, 2013). Nesse cenário, destacou-se a definição do sistema de governo que deveria vigorar no País (FRANCO, 2007).

A Carta Magna acabou seguindo a tradição presidencialista. Contudo, o polêmico debate travado à época culminou na aprovação do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinava a realização de um plebiscito em 1993 para a escolha da forma (república ou monarquia) e do sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo).

Em que pese a derrota do parlamentarismo, fato é que esse resultado não impediu que a temática a respeito da sua instituição no Brasil seja defendida por muitos, objeto de estudos acadêmicos e de Projetos de Emenda à Constituição. Feitas essas considerações, o presente artigo analisará a possibilidade de que tal adoção ocorra via Proposta de Emenda à Constituição.

2. PROJETOS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 2.1 PEC 20-A/1995

Em 1997, foi apresentada pelo ex-deputado Eduardo Jorge a PEC 20-A/95, que visa instituir o sistema de governo parlamentarista no Brasil. De acordo com a referida

proposta, a figura do Presidente da República continuaria a existir. Entretanto, suas atribuições seriam divididas com o Conselho de Ministros.

Deve-se destacar que, nesse modelo, o Presidente da República seria eleito por voto universal, direto e secreto. Ademais, caberia a ele efetuar a escolha e a nomeação do Primeiro-Ministro, devendo ouvir o partido ou a coligação majoritária na Câmara dos Deputados (BRASIL, 1995).

Em 1997, houve a aprovação de admissibilidade da PEC nº 20-A pela Comissão de Constituição e Justiça e Redação da Câmara dos Deputados e seu seguimento para a Comissão Especial destinada proferir parecer acerca da referida proposta (art. 202, §2º, do RICD).

Na ocasião, houve sugestões de alterações em relação à proposta original, dentre as quais destacaram-se: (i) a possibilidade de o Presidente demitir o Primeiro Ministro;

(ii) o fato de que o plano de governo deve ser aprovado pelo Presidente e não pela Câmara dos Deputados e; (iii) a determinação de que a emenda entrasse em vigor em 2007 e, em 2010, fosse submetida a referendo popular (BRASIL, 2001).

Os trabalhos da Comissão Especial na Câmara dos Deputados foram concluídos em outubro de 2001. Nesse mesmo ano e em 2015, o deputado Luiz Carlos Hauly requereu a sua inclusão na Ordem do Dia. Atualmente, a Proposta de Emenda à Constituição nº 20-A está pronta para pauta no Plenário.

2.2 PEC 32/2015

Em 2015, sob o argumento de que diante da crise político-econômica que o país tem enfrentado, o sistema parlamentar poderia recolocar o Brasil no caminho do desenvolvimento e fazer com que sociedade tenha seus anseios atendidos (COLLOR, 2007), o Senador Fernando Collor apresentou a PEC nº 32/2015, a qual visa adotar o parlamentarismo no Brasil.

O projeto supracitado cria a figura do Presidente do Conselho de Ministros, o qual é nomeado pelo Presidente da República, responsável pela indicação dos Ministros de Estado e detentor da iniciativa dos projetos de lei que devam ser submetidos à apreciação e aprovação do Congresso Nacional (BRASIL, 2015).

Frise-se que, além de a proposta prever que sua entrada em vigor se dará a partir da vigência do mandato presidencial subsequente à sua promulgação, consigna que os Estados decidirão sobre a instituição do sistema parlamentarista em seus territórios.

2.3 PEC 102/2015

Ainda em 2015, houve a apresentação da PEC 102/2015 pelo Senador Antônio Carlos. A mencionada proposta cria o cargo de Primeiro-Ministro, que além de ser nomeado pelo presidente da República e aprovado pela Câmara dos Deputados, está sujeito ao voto de desconfiança por essa Casa. No que concerne às suas atribuições, destacam-se o exercício do poder regulamentar, a indicação ao Presidente da República dos nomes dos Ministros que devam integrar o Conselho de Ministros e a titularidade da iniciativa legislativa.

Além disso, a Proposta de Emenda à Constituição assenta que, caso seja aprovada, sua vigência somente ocorrerá a partir da posse do presidente eleito e após a realização de referendo.

2.4 PEC 9/2016

O Senador Aloysio Nunes Ferreira, em 2016, apresentou a PEC 9/2016, que prevê que o Governo deve ser chefiado pelo Primeiro-Ministro, o qual é indicado pela maioria da Câmara dos Deputados e nomeado pelo Presidente da República. Este, por sua vez, é o Chefe de Estado, dispõe das prerrogativas inerentes à essa condição e deve ser eleito pelo voto direto.

A referida proposta tem como referência a PEC nº 20-A, de 1995. Contudo, acrescenta a competência do Primeiro-Ministro para editar medidas provisórias, nos termos disciplinados pela Constituição, bem como que tal cargo é privativo de brasileiro nato. No que se refere ao crime de responsabilidade e seu julgamento, aduz que a condição de Chefe de Governo deve assemelhar-se à de Chefe de Estado (BRASIL, 2016).

2.5 PEC 245/2016

No mesmo ano, o Deputado Federal Beto Rosado propôs a PEC 245/2016, que objetiva instituir o parlamentarismo no Brasil. Como justificativa, aduziu que esse sistema de governo possibilitaria mensurar o apoio legislativo e popular a determinado Programa de Governo, bem como seria capaz de propiciar mecanismos institucionais mais eficazes para fazer frente às eventuais crises de legitimidade política que afetam o regular funcionamento dos governos (BRASIL, 2016).

Neste projeto, o Presidente da República seria o Chefe de Estado, ao qual incumbiria indicar, nomear e exonerar o Primeiro-Ministro e, por indicação deste, os Ministros de Estado, bem como sancionar ou vetar projetos de lei, total ou parcialmente, promulgar e fazer publicar as leis. No que concerne ao Governo, seria exercido pelo conselho de Ministros, integrado pelo seu Presidente, pelos Ministros de Estado e pelo Primeiro-Ministro.

2.6 PEC 178/2019

Em 2019, o Deputado Giovani Cherini apresentou a PEC 178/2019, que busca introduzir em nosso ordenamento jurídico o sistema de governo parlamentarista em substituição ao presidencialismo.

A referida Emenda Constitucional prevê que cabe ao Presidente da República indicar, nomear e exonerar o Primeiro-Ministro e, por indicação deste, os Ministros de Estado. Consigna, outrossim, que Governo será exercido pelo Conselho de Ministros, que se compõe do Primeiro-Ministro, que o preside, e dos Ministros de Estado.

Dispõe, ainda, que a Emenda Constitucional entrará em vigor na data de sua publicação e aplicar-se-á a partir das eleições gerais de 2022.

3.MANDADO DE SEGURANÇA 22.972/97

Tendo em vista a aprovação de admissibilidade da PEC nº 20-A pela Comissão de Constituição e Justiça e Redação da Câmara dos Deputados e seu seguimento para a Comissão Especial destinada proferir parecer acerca da referida proposta, em 1997, cinco Deputados Federais à época impetraram no Supremo Tribunal Federal o Mandado de Segurança 22.972, com pedido liminar.

No que se refere ao cabimento do *writ*, com fundamento na jurisprudência do próprio STF no Mandado de Segurança 20.257, os impetrantes aduziram que o escopo do remédio constitucional não era questionar matéria *interna corporis* do Parlamento, mas de obstar a deliberação do Congresso Nacional de Emenda Constitucional que afronte ao art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

No mérito, lastrearam seu pedido no fato de que haveria suposta violação aos seus direitos subjetivos, pois foi admitida como constitucional a proposta de Emenda tendente a abolir a forma republicana e o sistema presidencialista e, como decorrência, a separação dos poderes, cuja opção política foi democraticamente feita pelo povo brasileiro. Aduziram, ainda, que artigo 2º da ADCT subtraiu ao poder de reforma constitucional a decisão sobre a forma de governo.

Do mesmo modo, a Procuradoria-Geral da República opinou no sentido de que a forma e o sistema de governo não podem ser alteras pelo Congresso Nacional no exercício do Poder Constituinte derivado, eis que afronta o princípio da separação dos poderes, que constitui cláusula pétrea, a teor do art. 60, § 4º, III, da Carta Magna.

Ao apreciar o pedido liminar, o Rel. Min. Neri da Silveira o indeferiu, sob o argumento de que, apesar de considerar presente o confronto entre o conteúdo da PEC nº20-A e o disposto no art. 60, § 4º, III, da Lei Maior, a não suspensão da tramitação da

mencionada Proposta de Emenda não conduziria à ineficácia do mandado de segurança, caso deferido.

Saliente-se que, em 2018, foi protocolado pedido de desistência do Mandado de Segurança 22.972, o qual foi homologado pelo Min. Rel. Alexandre de Moraes, que declarou extinto o processo, sem resolução do mérito.

4.A PROPOSTA DE BRUCE ACKERMAN

Em painel promovido pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), em junho de 2020, no projeto “Direito em Tempos de Covid-19”, Bruce Ackerman analisou o processo de criação da Constituição de 1988 para justificar as graves crises vivenciadas pelo Brasil e a desilusão popular com a Carta Magna (ACKERMAN, 2020).

Na ocasião, o constitucionalista estadunidense concluiu que, no ano de 2023, deve ser convocada uma Assembleia Constituinte e adotado o parlamentarismo como sistema de governo. Só assim, segundo o autor, será possível impedir a alienação política crescente e evitar que governantes extremistas assumam o poder (ACKERMAN, 2020). Desde então, eclodiu no meio acadêmico discussões acerca da fragilidade dos argumentos históricos utilizados por Ackerman para embasar sua proposta, bem como as consequências que a instituição de nova constituinte e a adoção do sistema de governo parlamentarista podem trazer (MUDROVITSCH, 2020). Note-se que, principalmente em momentos de crise, a proposta de substituir o atual sistema presidencialista pelo parlamentarista volta a ganhar força no campo jurídico e político. Entretanto, tais debates não são o foco do estudo.

O que se pretende analisar é a possibilidade de adoção do sistema de governo parlamentarista no Brasil via Emenda Constitucional ou se, para tal, seria necessário convocar uma Assembleia Constituinte, como propõe Bruce Ackerman.

5. ART. 2º DO ADCT – NORMA DE EFICÁCIA EXAURIDA E APLICABILIDADE ESGOTADA

O art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT assenta que “no dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País”.

Tal previsão classifica-se como uma norma constitucional de eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada, uma vez que não mais apresenta eficácia jurídica, social ou sociológica (efetividade), pois ao a condição imposta ocorrer, desvaneceram todos os seus

efeitos (BULOS, 2018). Deveras, a referida disposição existiu, vigeu, teve plena eficácia e esgotou seus efeitos. Hoje, tornou-se dispositivo com valor histórico (FIGUEIREDO, 2018).

Feitas essas considerações, deve-se analisar se é compatível com a Constituição Federal o estabelecimento do sistema de governo parlamentarista pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, por meio de Emenda à Constituição. Para tanto, devem-se destacar os limites ao poder de reforma.

6.LIMITES AO PODER DE REFORMA

O Poder Constituinte Originário não se confunde com o Poder Constituinte Reformador. Aquele é inicial, ilimitado e incondicionado, podendo ser conceituado como “a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política” (MENDES, 2020).

Por sua vez, o Poder Constituinte de Reforma possui como características principais a subordinação, a derivação e o condicionamento (FERREIRA, 2014), sendo responsável por reformular a Carta Magna, nos limites do assentado pelo Poder Originário (BULOS, 2018).

Nesse sentido, o Constituinte Derivado não é livre de tal forma que se constitua de verdadeiro Constituinte Originário (CANOTILHO, 2003), não podendo a revisão violar as limitações constitucionais expressas e implícitas (MORAES, 2020), como serévisto a seguir.

6.1 DA SOBERANIA POPULAR

O regime democrático adotado pela Constituição Federal de 1988 funda-se no princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente (SILVA, 2006). Tal determinação está no art. 1º, parágrafo único, da Lei Maior121.

A Carta Magna consagra a atuação direta dos cidadãos nas decisões políticas (art. 14 da CF), a qual, segundo Lenza, prevalece sobre a democracia representativa, uma vez que constitui uma expressão do exercício da soberania popular (LENZA, 2019).

Desse modo, aos constituintes originários assentarem no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que incumbe ao povo, através de decisão

121 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

plebiscitária, escolher forma e do sistema de governo, excluíram do Poder de Reforma a possibilidade de modificar tal determinação (SARLET, 2017).

Sendo a soberania popular fundamento de legitimidade dos regimes democráticos, a determinação popular acarreta um limite procedimental ao exercício do poder de reforma constitucional (PILLATI, 2001). Assim, o Congresso Nacional vincula-se ao determinado, não podendo, sob fundamento de exercer o poder que lhe é incumbido, propor alteração que contrarie tal princípio (COMPARATO, 1992).

Destarte, não é possível instituir o parlamentarismo no Brasil via Emenda à Constituição (LENZA, 2019). Como visto, o artigo art. 2º do ADCT consagra a via plebiscitária como a adequada, bem como assenta que o mandatário do poder não é legitimado para implementar o parlamentarismo no país (FIGUEIREDO, 2018).

Caso contrário, restaria fraudada a intenção constitucional presente no dispositivo supracitado, sendo tal norma eivada de inconstitucionalidade, por violar os arts. 1º, parágrafo único, e 14 da Constituição Federal.

Feitas tais considerações, poder-se-ia chegar à conclusão de que seria possível a adoção do sistema parlamentarista via Emenda Constitucional, desde que submetida à consulta prévia e referendada pela população (LENZA, 2019). Entretanto, tal argumento também não merece prosperar, pois além de o constituinte estabelecer data específica para a realização do plebiscito, tal Proposta de Emenda encontra óbice no art. 60, § 4º, III, da Lei Maior.

6.2 DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O art. 60, § 4º, III, da Constituição Federal dispõe que não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a separação de poderes. Trata-se, portanto, de cláusula pétrea. O art. 2º da Constituição, por sua vez, elenca que: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

O desenho da separação de Poderes concebido pelo constituinte originário é importante e deve ser interpretado no sentido de que a emenda que suprima a independência de um dos Poderes ou que prejudique sua autonomia é imprópria (MENDES, 2020).

No que tange à independência dos poderes, José Afonso da Silva elucida:

"A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não

dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.” (SILVA, 2005, p. 109)

Sabe-se que no sistema parlamentarista os Poderes Legislativo e Executivo são interdependentes. Em razão dessa engrenagem constitucional, tal sistema de governo pode ser considerado como de cooperação de Poderes e não de independência entre eles (CASSEB, 2019).

É certo que a separação de Poderes pode ser realizada de vários modos. Entretanto, no que concerne ao sistema constitucional brasileiro, à luz da interpretação sistemática, a adoção do sistema parlamentarista é incompatível com o princípio disposto no art. 2º da Carta Magna. Deveras, o plebiscito de 1993 constituiu a única e excepcional possibilidade de sua instituição na ordem vigente. Após a consulta popular, o presidencialismo apenas pode ser substituído com a instituição de uma nova Assembleia Nacional Constituinte (NOVELINO, 2014).

Nodal gizar que os Ministros Ayres Brito e Dias Toffoli compartilham desse posicionamento. Em 2016, no seminário realizado pela Fecomércia e intitulado “Parlamentarismo no Brasil: utopia ou possibilidade?”, o ex-ministro do STF assentou que, em que pese o parlamentarismo ensejar menos crises institucionais, a Constituição Federal não permite tal sistema, ao descrever os atributos provenientes da Presidência da República e elencar os poderes legislativo, executivo e judiciário como independentes. Dias Toffoli, por sua vez, concorda que uma Constituinte seria necessária, mas não entende que essa seria a solução para o País.

7.CONCLUSÃO

Portanto, apesar da existência de Projetos de Emenda à Constituição que visam instituir o parlamentarismo no Brasil, conclui-se que tal via não é adequada, ante os limites impostos ao Poder Constituinte Derivado Reformador, que não pode atuar nos mesmos termos do Constituinte Originário (CANOTILHO, 2003).

O art. 2º do ADCT assentou que, por meio de plebiscito já realizado, a população definiria o sistema de governo a ser adotado, não seus representantes. Tal opção foi exercida, restando vitorioso o presidencialismo. Permitir a instituição do parlamentarismo via Emenda à Constituição violaria a intenção constitucional presente no dispositivo supracitado, bem como a soberania popular (FIGUEIREDO, 2018).

Ademais, sabe-se que o desenho de inter-relacionamento entre Poderes diferentes varia de acordo com o sistema de governo (MENDES, 2020). No parlamentarismo, o Legislativo e Executivo são interdependentes (CASSEB, 2019). Nesse sentido, à luz da interpretação sistemática (arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF), na ordem constitucional brasileira, a adoção desse sistema é incompatível com o princípio da separação dos poderes disposto na Carta Magna.

É fato que o plebiscito de 1993, de modo excepcional, possibilitou a instituição do parlamentarismo (NOVELINO, 2014). Entretanto, considerando a escolha popular de manutenção do presidencialismo, apenas é possível sua substituição através da convocação de nova Assembleia Nacional Constituinte.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Brazil's Constitutional Dilemma in Comparative Perspective: Do Chile and Spain Cast Light on the Bolsonaro Crises.** *Versão expandida do artigo publicado no jornal Correio Braziliense. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2020/07/brazils-constitutional-dilemma-in-comparative-perspective-do-chile-and-spain-cast-light-on-the-bolsonaro-crisis/>. Acesso em: dez. 2020.

ACKERMAN, Bruce. **O Brasil precisa de uma nova Constituição** - Bruce Ackerman. Disponível em:

https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/07/13/internas_opiniao,871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml. Acesso em: dez. 2020.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. PAIXÃO, Cristiano. **Crise Política e Sistemas de Governo: origens da “Solução Parlamentarista” para a Crise Político-Constitucional de 1961.** Universitas JUS, v. 24, n. 3, p. 47-61, 2013.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição PEC 20/1995.** Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD28MAR1995.pdf#page=20> . Acesso em: nov. 2020.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição PEC 32/2015.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4462111&ts=1594025889619&disposition=inline> . Acesso em: nov. 2020.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição PEC 102/2015.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg->

getter/documento?dm=4200831&ts=1593920448144&disposition=inline · Acesso em: nov. 2020.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição PEC 09/2016**. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=09/03/2016&paginaDireta=00608> · Acesso em: nov. 2020.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição PEC 245/2016**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node012puh5gkc5yej12vldjcu59h3164255.node0?codteor=1468601&filename=PEC+245/2016 · Acesso em: nov. 2020.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição PEC 178/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2226594>. Acesso em: nov. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSEB, Paulo Adib. **Sistema Parlamentarista de Governo: o mais adequado para o Brasil?**. In: Revista de Direito Constitucional, ISSN 2674-9750, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019. Disponível em: <revistas.anchieta.br/index.php/issue/download>. Acesso em: dez. 2020.

COLLOR, Fernando. **Collor defende parlamentarismo como saída da crise para o país**, 2007. Disponível em: <<http://fernandocollor.com.br/collor-defende-parlamentarismo-como-saida-da-crise-para-o-pais/>>. Acesso em: dez. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **Emenda e Revisão da Constituição de 1988**. In: Simpósio Sobre Revisão e Plebiscito: Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1992, p. 74.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte** – 6. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FIGUEIREDO, Everton Luan Oliveira de. **Parlamentarismo e a Constituição Federal de 1988: o poder constituinte derivado reformador e os limites do Art. 2º, do ADCT**. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/26359>>. Acesso em: dez. 2020.

FRANCO, Rogério Moacir. **Um estudo dos discursos parlamentares sobre sistemas de governo na Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988** – Centro de Formação,

Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo, 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/MICRO%2001/Downloads/estudo_discursos_rogerio%20(1).pdf>. Acesso em: dez. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional** – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. – (Série IDP).

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed - São Paulo: Atlas, 2020.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da reforma constitucional** – 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. **A democracia brasileira não precisa de uma nova constituinte**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-12/observatorio-constitucional-democracia-brasileira-nao-constituente>. Acesso em: dez. 2020.

NOVELINO, **Manual de direito constitucional** – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; STRECK, Lenio Luiz. **O Brasil, o jurista Ackerman e a lição de Platão em Siracusa**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-15/streck-cattoni-brasil-ackerman-licao-platao-siracusa>>. Acesso em: dez. 2020.

PILATTI, Adriano. **O Princípio Republicano na Constituição de 1988**. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). Os Princípios da Constituição de 1988. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SANTOS, Luiz Alberto dos. **PECs que buscam instituir o parlamentarismo são inconstitucionais**. Conjur, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-28/luiz-santos-pecs-propoe-parlamentarismo-sao-inconstitucionais>>. Acesso em: dez. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Congresso Nacional trata soberania popular com descaso**. Conjur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-18/direitos-fundamentais-congresso-nacional-trata-soberania-popular-descaso>>. Acesso em: dez. 2020

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** - 25ª Edição São Paulo: Malheiros, 2005.

TEIXEIRA, João Carlos. 2008. **Na Constituinte, tentativa de adoção do parlamentarismo fracassou**, 2008. Disponível em:
<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/09/25/na-constituente-tentativa-de-adoacao-do-parlamentarismo-fracassou>>. Acesso em: dez. 2020.

TSE. **Resultado do Plebiscito realizado em 1993**. Disponível em:
<https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/plebiscito-de-1993/rybena_pdf?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/plebiscito-de-1993/at_download/file>. Acesso em: dez. 2020.

VALE, André Rufino do. **Não precisamos de uma nova Constituição, mas de melhores práticas constitucionais**. Conjur. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2020-ago-15/observatorio-constitucional-nao-precisamos-constituicao-melhores-praticas>. Acesso em: dez. 2020.

VALENÇA, Lucas. **Ayres Brito: sistema de governo é cláusula pétrea; confira outras opiniões Parlamentarismo no Brasil: utopia ou possibilidade?**. Uniceub, 2016. Disponível em: < <http://www.agenciadenoticias.uniceub.br/?p=14979>>. Acesso em: dez. 2020.

HOLDING NO PROCESSO DE SUCESSÃO PATRIMONIAL

DANIEL GADELHA DOS SANTOS:

Mestrando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica – PUC SP. Bacharel e Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – FDSBC¹²²

RESUMO: O presente estudo tem o propósito de abordar os efeitos do planejamento sucessório de uma *holding* no processo de sucessão patrimonial bem como seus reflexos tributários. O planejamento sucessório tem a característica de auxiliar na continuidade dos negócios, uma vez que o sócio fundador, ainda em vida, pode previamente pensar em uma futura gestão, o sócio fundador define a questão patrimonial da empresa. Após realizarmos esta investigação que buscou verificar quais os objetivos sociais da *holding*, assim como identificar quais os benefícios adquiridos para o grupo e seus sócios com a constituição da *holding*, onde consideramos que estes pontos irão depender do planejamento a ser adotado, o total de bens que se pretende realizar a sucessão e em que momento os familiares encontram-se. Desta forma pudemos observar que a formação de uma *holding* é uma alternativa a redução a carga tributária praticada no Brasil, para a sucessão de bens, também servindo de grande valia para administrar bens provenientes de pessoa física. Contudo, é preciso observar a peculiaridade de cada atividade empresarial, analisando a viabilidade ou não da constituição de uma *holding* ou outra espécie de pessoa jurídica.

Palavras-chave: Sucessão. Elisão fiscal. *Holding*.

1.INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o propósito de abordar os efeitos do planejamento sucessório de uma *holding* familiar no processo de sucessão patrimonial bem como seus reflexos tributários. A continuidade de empresas, quando se dá a morte de um de seus sócios, são cruciais para seus funcionários e para a economia do País, mas manter a continuidade de empresas familiares é uma tarefa árdua, uma vez que dificilmente a empresa cresce no mesmo ritmo da família que a controla, e que a visão de negócios do fundador geralmente é distinta da visão dos herdeiros.

¹²²E-mail: gadelha@gadelhasantos.com.br – 11 3020-9068.

<http://lattes.cnpq.br/5431052594583767>

A empresa familiar representa uma importante realidade em todo o mundo, isso porque, parte das empresas existentes são administradas e controladas por integrantes de uma mesma família. Assim se comprova o que se encontra na doutrina a qual menciona sobre seus reflexos estatísticos e econômicos, afirmando que ao considerar apenas os países industrializados, 75% de suas empresas são familiares – o qual é um percentual parecido com a realidade brasileira, e as empresas familiares empregam em torno de 55% da força total de trabalho.

Nesta toada, o planejamento sucessório tem a finalidade de auxiliar na continuidade dos negócios, uma vez que o sócio fundador, ainda em vida, pode previamente pensar em uma futura gestão, designando sucessores que vão dar continuidade na empresa por gerações. Por meio de cláusulas previamente criadas no contrato social da empresa, o sócio fundador, define a questão patrimonial da empresa. Esse processo é feito por meio de doação de cotas ou ações da *holding*, concentrando em si o poder de decisão da maneira que melhor o agrada, evitando assim, o processo de inventário e discussões familiares na divisão dos bens.

2. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

O fenômeno sucessório mantém relação com duas bases das instituições sociais: a família e a propriedade,^{123,124} as quais demonstram os elos de transmissão cultural e patrimonial. Este tema é visto como de grande importância, pois é incontestável que um indivíduo detentor de uma riqueza construída em vida, tenha planejado os caminhos percorridos com a construção da sua fortuna e o percurso das suas conquistas, sendo absolutamente coerente que busque igualmente contribuir antes de sua morte, com a planificação futura dos bens que deixará para seus herdeiros.¹²⁵

Reforçando esta ideia, afirmar-se que sobre a família e a propriedade “existe entre elas um tão íntimo consensus que foi, em torno delas, que se consolidou a sociedade dos povos europeus, de sorte que, mudar pela raiz uma parte, seria mudar e revolver a própria sociedade”.¹²⁶

¹²³ TELLES, Inocêncio Galvão. Apontamentos para a história do direito das sucessões português. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa**, v. XV, 1963. p. 12.

¹²⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6.

¹²⁵ MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, 2014. p.189.

¹²⁶ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 26.

A morte é o agente que desencadeia essa corrente sucessória, onde, apesar de consistir em fenômeno natural, tem suas consequências reguladas pelo Direito.¹²⁷ O foco desta regulamentação é a necessidade de dar continuidade as relações jurídicas em decorrência da morte do seu titular,¹²⁸ este fenômeno jurídico abre duas possibilidades, não excludentes mas complementares: a sucessão legítima, prevista no Art. 1.829 do Código Civil, e a testamentária.

Essa ordem demonstra bem o próprio querer do legislador, isto é, o próprio sentido da lei, a própria mens legis. Vale dizer: o legislador, pretensamente substituindo a ausente vontade do autor da herança, selecionou certas pessoas e as colocou em ordem, de modo a que pudessem ser convocadas para herdar. A seleção se processou em duas ambiências relacionais do falecido, se assim se pode dizer, isto é, a ambiência da parentalidade e a ambiência da conjugalidade, nesta última compreendidos tanto aqueles que faleceram no estado de casados, quanto aqueles que faleceram no estado de conviventes.¹²⁹

Desta forma, em toda situação em que esta ordem não represente a real vontade do autor da herança, se faz necessária a definição de uma ordem particular, elaborada pelo próprio autor da herança o qual pode utilizar os instrumentos de planejamento sucessório, dentre os quais podemos destacar o testamento, mas não com exclusividade.

Outros instrumentos vêm sendo utilizados para a realização do planejamento sucessório, para além do tradicional testamento, institutos como o fideicomisso e o codicilo, além de negócios jurídicos com efeito *post mortem*, como o seguro de vida e a doação com reserva de usufruto. Existem ainda instrumentos com eficácia imediata, como a criação de uma fundação ou de uma *holding* familiar.¹³⁰

¹²⁷ PERLINGIERI, Pietro. La funzione sociale del diritto successorio. In: PERLINGIERI, Pietro. Rassegna di diritto civile 1. **Diretta da Pietro Perlingieri**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. p. 132.

¹²⁸ TELLES, Inocêncio Galvão. **Teoria geral do fenômeno jurídico sucessório: noções fundamentais**. Lisboa: Oficina da Biblioteca da Faculdade de Direito, 1944. p. 20.

¹²⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 510.

¹³⁰ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório**: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 109-154.

Desta maneira, temos que planejamento sucessório ou planejamento de sucessão familiar, pode ser definido como ponto central da escolha do sucessor e a orientação por critérios claros que defendam aos interesses da empresa.¹³¹

Na literatura encontramos definições sobre sucessão de empresa familiar:

A sucessão deve ser encaminhada como um processo, engajando as várias partes interessadas. A utilização da palavra processo tenta caracterizar a necessidade de atividades programadas, onde cada segmento envolvido tenha uma responsabilidade e um papel a desempenhar na continuidade do negócio.¹³²

Em caráter preventivo, o planejamento sucessório permite ao titular do patrimônio definir, ainda em vida, o modo como deve ocorrer a transferência dos bens (imóveis, móveis, ações, aeronaves, fazendas, empresas, controles dos negócios, etc.) aos seus sucessores após sua morte, evitando, assim, eventuais conflitos, cujos reflexos negativos possam recair sobre o patrimônio deixado.¹³³

No Brasil, a estrutura do Direito Sucessório brasileiro foi moldada pelas diferentes características dos direitos Romano, Germânico e Canônico, onde demos ressaltar que as mais expressivas influências decorreram do Direito Romano, como a autonomia no direito de testar, onde o testador só conseguia dispor da metade de seus bens, fato que gera uma série de problemas de partilha, mantendo-se, por vezes, obrigatoriamente um condomínio indivisível de bens e com difícil fruição do patrimônio.¹³⁴

Quanto ao testamento romano, este não foi recebido na forma originária pelas legislações modernas. Entre os germanos, o testamento difundiu-se lentamente por influência da Igreja. Já em Portugal, as Ordenações Afonsinas aceitaram e adotaram a noção romana de testamento, assim também a compilação Filipina.¹³⁵

O Direito Germânico e o Romano estabelecem concepções opostas, tanto da família, quanto da relação jurídica sucessória. No Direito Germânico apenas são

¹³¹ FIGUEIREDO, G. P.; MARTIN, J. C.; MARQUES, H. R.; 129 RICCA, D. (Orgs.). **Desenvolvimento local em Mato Grosso do Sul**: reflexões e perspectivas. Campo Grande: UCDB, 2001. p. 284.

¹³² LEONE, N. M. C. P. G. (Org.) e outros. **Empresa familiar**: desvendando competências, racionalidades e afetos. São Paulo: Atlas, 2010. p. 47.

¹³³ PENA JR., Moacir César. **Curso completo de direito das sucessões**. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Método, 2009, p. 21.

¹³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: **Direito das Sucessões**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 194.

¹³⁵ *Ibidem*.

reconhecidos os herdeiros de sangue. Já no Direito Romano, havia a mais ampla liberdade de dispor dos próprios bens com o ato testamentário; ressalta-se que o Direito Germânico limitava a sucessão a bens determinados, e o Romano, já de maneira mais abrangente, englobava todo o patrimônio do autor da herança.¹³⁶ Quanto à limitação de quota no ato de testar, verifica-se que no Direito Romano, era admitido o amplo poder do *pater familias*, desta forma, havia plena liberdade de testar.

Posteriormente foram sendo criadas regras que limitavam essa liberdade, porém não havia regra fixa sobre a quota mínima reservada.¹³⁷

No Direito Germânico todo o patrimônio pertencia a familiar, e com a morte do membro da família, a sucessão era atribuída ao primogênito, embora com o tempo tenha se passado a permitir a disposição de parte da quota.¹³⁸ Para o Direito Canônico o testador era limitado a dispor de um terço do patrimônio, onde dois terços do patrimônio eram reservados aos herdeiros necessários.¹³⁹

Tendo isso em vista, podemos observar que, em termos de resguardo da legítima, o Direito brasileiro é o mais rigoroso e limitador da liberdade do testador.

No Direito Romano, antes da Lei das XII Tábuas, o direito de testar era matéria obscura.¹⁴⁰ Observa-se nos textos dos compiladores elaborados posteriormente à Lei, que as formas normais de testamento eram as *colatiscomitis*, firmadas por ocasião dos comícios, nos quais cada pai de família podia declarar sua última vontade tendo o povo como testemunha, que caíram em desuso no século II a.C., e o *testamentum in procinctu*, feito perante as tropas, já em forma para a guerra, posteriormente transformado em testamento militar, tendo deixado de ser usado no século I a.C.¹⁴¹

No ordenamento brasileiro, o tema sucessão de empresas familiares, são resguardados na Constituição de 1988, a qual embasa a necessidade de organização e controle das sociedades empresariais. Em seu artigo 170, a Constituição estabelece, as bases para novos empreendimentos, e o artigo 226 trata do novo relacionamento familiar a qual baseia-se no afeto, onde um dos principais princípios constitucionais estabelecido,

¹³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 194.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ VIEIRA DA SILVA, Luís Antônio. **História interna do direito romano privado até Justiniano**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2008. (Edições do Senado Federal, vol. 106), p. 239.

¹⁴¹ *Ibidem*.

é o da livre concorrência onde todos são livres para concorrer entre si, sem intervenção estatal desnecessária.

Verificamos com isso que o Estado não pode proibir ou discriminar injustamente uma atividade econômica sem fundamentos, mas sim deve promover incentivos a todos aqueles que estejam cumprindo requisitos legais.¹⁴² Outro princípio previsto na Constituição Federal é o princípio da propriedade privada, o qual assegura aos trabalhadores, empresários, investidores, que a propriedade privada não sofrerá intervenção do Estado sem motivos relevantes, este princípio encontra-se no art. 5º, XXII, Constituição Federal, porém tratado de forma geral, sendo tratado de maneira mais específica e individualizada no art. 170 da Constituição, o qual traz a garantia de não intervenção estatal sem motivos justos e razoáveis.¹⁴³

3.A SUCESSÃO HEREDITÁRIA

A sucessão hereditária tem como objetivo final proporcionar a transmissão do acervo patrimonial da forma pensada e definida ainda em vida pelo interessado que será sucedido. A Lei civil atualmente não guarda uma sintonia adequada aos anseios individuais, dispondo de forma a criar situações inusitadas e não esperadas pelos envolvidos.¹⁴⁴

A herança legítima corresponde à metade de todo o patrimônio que compõe o acervo hereditário,¹⁴⁵ com isso temos a outra metade a qual é chamada de herança disponível, esta pode ser objeto de atos de liberalidade, sendo possível sua destinação a quem quer que seja, o que inclui pessoas que não guardem vínculo de parentesco com o autor da herança, podendo ser até uma pessoa jurídica.

Ressalta-se que não havendo disposição de última vontade, o acervo receberá um só tratamento, obedecendo as previsões legais, será transmitido aos herdeiros necessários.

Esta previsão legal que trata da chamada ordem de vocação hereditária, esta prevista no art. 1.829 do Código Civil, o qual dispõe:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

¹⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012, 27 ed. p. 300.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ HERNANDEZ, José Rubens, **Sucessão legal**: planejamento sucessório, uma visão prática. Ribeirão Preto: Outras Palavras, 2019. p. 85.

¹⁴⁵ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Isto posto, passaremos a verificar brevemente instrumentos disponíveis para o planejamento da sucessão, onde dentre as formas mais conhecidas, temos o testamento, porém este não é o único instrumento que pode auxiliar o indivíduo a planejar a sucessão de seu patrimônio.

A antecipação dos bens aos filhos com reserva de usufruto pode também reduzir os riscos de disputas e mal entendidos entre os herdeiros. A opção de transformar grande parte do patrimônio acumulado em ativos de alta liquidez, como por exemplo cotas de fundos de investimento ou ações de companhias comercializadas em bolsas de valores, facilitará a distribuição do patrimônio.

4. TESTAMENTO

O Testamento é o principal e mais difundido veículo jurídico para quem busca realizar sua vontade após a morte. Com amplas possibilidades de utilização, confere aplicabilidade nas mais diversas necessidades e arquiteturas sucessórias. O código civil em vigor não traz uma definição do que vem a ser um testamento, ficando essa incumbência a cargo dos operadores do Direito, para os quais o testamento pode ser visto como um ato unilateral de vontade, revogável a qualquer tempo por quem o fizer, pelo qual uma pessoa dispõe de seu patrimônio ou parte dele para depois de sua morte.

Os chamados testamentos podem ser feitos por escritura pública, chamados então de testamento público, por documento particular, chamado de testamento particular. Ainda tem-se o meio que leve ao conhecimento dos herdeiros somente quando houver a morte de quem o elaborou, chamado de testamento cerrado, além das modalidades especiais, como o testamento marítimo, o aeronáutico e o militar.

Vale destacar também o chamado testamento nuncupativo, espécie que é realizada em situações extremas, em que há risco de morte e que impedem o testador de buscar os meios ordinários de testar.¹⁴⁶

Ainda ressaltamos os codicilos, o qual encontra sua previsão legal no art. 1.881 do Código Civil, onde o testador pode estabelecer condições quanto ao seu sepultamento e ao destino dos bens de pequena monta. Também temos o chamado de testamento vital, o qual contem previsões que na verdade não se referem a disposições de ultima vontade, mas sim para que seja respeitadas ainda em vida, como é o caso da proibição de determinados tipos de tratamentos de saúde que expõem o paciente a procedimentos dolorosos e que podem afetar a dignidade da pessoa humana.¹⁴⁷

5. DOAÇÃO E USUFRUTO

A Doação e Usufruto, em contraponto ao testamento, é o meio por excelência para se antecipar a transmissão patrimonial. Pode o doador transferir qualquer bem ou direito seu para outra pessoa, por instrumento particular ou escritura pública, sendo a aceitação do donatário, tácita ou expressa, condição necessária para se concretizar a mudança de titularidade. Pode ainda o doador reter direitos de posse para si, através do usufruto, garantindo a ele o uso, gozo e fruição vitalícios do bem. Há ainda a cláusula de reversão, que determina que os bens doados voltem ao doador, caso este sobreviva ao donatário.

As doações são transferências a título gratuito de bens ou vantagens de uma pessoa a outra, onde o Código Civil em seu art. 538 define: “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

A doação é um contrato gratuito, unilateral e formal, do qual emerge a vontade de doar, *animus doanandi*, onde a aceitação não é um requisito de validade da doação, ela irá se aperfeiçoar quanto há a aceitação do ato de liberalidade por parte do donatário, o que pode se dar tanto de forma tácita ou presumida.¹⁴⁸

Por sua vez o usufruto, também utilizado no planejamento sucessório, onde o doador transfere, por meio da doação, a chamada nua propriedade do bem envolvido no planejamento, reservando o usufruto para si ou mesmo para si e seu cônjuge ou

¹⁴⁶ HERNANDEZ, José Rubens, **Sucessão legal**: planejamento sucessório, uma visão prática. Ribeirão Preto: Outras Palavras, 2019. p. 85.

¹⁴⁷ HERNANDEZ, José Rubens, **Sucessão legal**: planejamento sucessório, uma visão prática. Ribeirão Preto: Outras Palavras, 2019. p. 106.

¹⁴⁸ *Ibidem*. p. 111.

companheiro, sendo estabelecida na maior parte das vezes, essa reserva de modo vitalício. Importante observar que realizada a doação da nua propriedade, o imposto sobre doações recairá sobre o valor equivalente a 2/3 do valor total do bem. Quando ocorrer o falecimento do doador, a propriedade plena se consolidará nas mãos dos nus proprietários, assim incidindo a parcela restante sobre 1/3 do valor do bem. Essa cobrança tem sido questionada, onde o Tribunal de Justiça de São Paulo, firmou entendimento no sentido de que a cobrança não é válida, dado que não consta da lei instituidora do imposto essa hipótese de incidência.¹⁴⁹

6.SEGURO DE VIDA

O seguro de vida vem como um conceito de proteção financeira, e não como realmente um instrumento de planejar a sucessão patrimonial. Não é considerado um dos instrumentos do plano sucessório, uma vez que, de acordo com o Código Civil, o capital estipulado, não é considerado herança, não havendo a incidência do ITCD. Sua atuação prevê o pagamento de um valor periódico, chamado prêmio, mensal ou anual, pelo segurado à seguradora, e, na hipótese de sua morte, esta destina o capital estipulado aos beneficiários apontados.

Como mencionado, o seguro possui uma característica prevista no art. 794 do Código Civil: o capital estipulado, a ser pago na eventualidade do sinistro, não é considerado herança. Com isso, se derivam diversas consequências muito úteis na elaboração de uma estrutura patrimonial para a sucessão. Uma delas é a velocidade e simplificação burocrática com a qual o montante é liberado ao beneficiário.

Outra consequência esta na questão tributária, onde sobre o valor recebido pelo beneficiário não há a incidência do Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação. Por último, apresentam-se a liberdade de estipulação dos beneficiários no contrato de seguro e a irrelevância do valor recebido pelos que também são herdeiros para o cálculo da legítima. Ou seja, o segurado pode estipular como seu beneficiário um de seus herdeiros necessários, deixando de nomear qualquer outro, e aquele não precisará levar o valor recebido à colação. Ou então, pode indicar um terceiro, sem que, com isso, haja redução na parte disponível de seu patrimônio.

7.PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

Os planos de previdência privada, mostram-se relevantes ferramentas para quem está se preparando para a aposentadoria. Em um plano sucessório, o PGBL e o VGBL

¹⁴⁹ HERNANDEZ, José Rubens, **Sucessão legal**: planejamento sucessório, uma visão prática. Ribeirão Preto: Outras Palavras, 2019. p.115-6.

também tem grande utilidade, pois através deles é possível contratar uma cobertura por morte associada ao plano e, principalmente, o beneficiário apontado, quando do falecimento do titular, receberá todo o capital acumulado de imediato. Este instrumento não transita por inventário e não incide o ITCD.

8.FIDEICOMISSO

O fideicomisso é uma das espécies de substituição testamentária apresentadas pelo Código Civil a qual proporciona ao testador instituir herdeiros ao tempo da abertura da sucessão.¹⁵⁰

Por meio de manifestação de último anseio do fideicomitente (testador), que baseado na confiança, deixa disposição testamentária, chamando o fiduciário (como propriedade resolúvel) à propriedade dos bens para transmiti-la ao fideicomissário (titular do eventual direto), que os receberá depois da morte do fiduciário, após o decurso de certo tempo ou sob certa condição estipulada no testamento.

9.EMPRESAS FAMILIARES

No Brasil, empresas familiares, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e do Sebrae, representam 90% das empresas no país, o que leva a uma representatividade de 65% no Produto Interno Bruto (PIB) e à empregabilidade de cerca de 75% dos trabalhadores. Porém, os índices de sobrevivência dessas companhias são muito menores: apenas 5% sobrevivem à terceira geração, também de acordo com o IBGE. São vários os desafios que levam a esse resultado.¹⁵¹

Na doutrina encontramos que Empresas familiares na sociedade moderna enfrentam situações que se assemelham as demais empresas, onde, dentre eles destaca-se a sucessão e a profissionalização dos cargos administrativos, pontos esses que são considerados fundamentais para o seu crescimento e desenvolvimento. Também encontramos que empresas com gestão familiar contribuem para o desenvolvimento econômico da região a qual estão inseridas, gerando empregos e renda.¹⁵²

¹⁵⁰ MENDES, Josefa Rosângela de Carvalho. Substituição testamentária e fideicomisso. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 16 mar 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/27313/substituicao-testamentaria-e-fideicomisso>. Acesso em: 16 mar 2020.

¹⁵¹ **Instituto Brasileiro de Governança Corporativa Governança em empresas familiares**: evidências brasileiras. São Paulo, SP : IBGC, 2019. 60 p.

¹⁵² MAÑAS, Antonio Vico. Gestão da empresa familiar - conceitos, casos e soluções. **Revista Administração em Diálogo - RAD**, v. 8, n. 1, dez. 2007. ISSN 2178-0080. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/rad/article/view/468>. Acesso em: 10 fev. 2020.

A doutrina não guarda um conceito restrito ou mesmo analítico de “empresa familiar” em nenhum diploma jurídico. Em linhas gerais tem-se que empresa familiar é aquela em que os membros de uma família trabalham em prol de um fim comum. Do próprio vocábulo “familiar”, infere-se, obviamente, que o poder central de decisão dessas empresas estar afeto ao âmbito de uma ou poucas famílias.

A empresa familiar pode ser definida como:

I – Aquela que nasceu de uma só pessoa, um *self made man* (empreendedor). Ele a fundou, a desenvolveu, e, com o tempo, a compôs com membros da família a fim de que na sua ausência, a família assumisse o comando.

II – a que tem o controle acionário nas mãos de uma família, a qual, em função desse poder, mantém o controle da gestão ou de sua direção estratégica.¹⁵³

As empresas familiares representam uma parcela significativa dos grandes grupos empresariais. Diferente do que muitos pensam administrar uma empresa familiar é uma tarefa árdua, pois pode haver conflitos de interesses, ideias e visão de futuro. Para garantir a perenidade da organização é necessário ter um bom planejamento, como por exemplo, o planejamento sucessório.

Uma empresa familiar é aquela organização com vínculos que vão além do interesse societário e econômico. Considera-se uma empresa familiar quando um ou mais dos fundamentos a seguir podem ser identificados numa organização ou grupo de empresas: a) o controle acionário família e/ou a seus herdeiros; b) os laços familiares determinam a sucessão no poder; c) os parentes se encontram em posições estratégicas, como na diretoria ou no conselho da administração; d) as crenças e valores da organização identificam-se com os da família; e) os atos dos membros da família repercutem na empresa, não importando se não atuam; f) ausência de liberdade total ou parcial de vender suas participações/quotas acumuladas ou herdadas na empresa.¹⁵⁴

¹⁵³ WERNER, René A. **A Família & negócio**: um caminho para o sucesso. São Paulo: Manole, 2004. p.20.

¹⁵⁴ BORNHOLDT, Werner. **Governança na empresa familiar**: implementação e prática. São Paulo. Bookman, 2005, p. 34.

As empresas familiares possuem o perfil de que duas os mais pessoas, do mesmo grupo familiar, as quais conduzem os negócios,¹⁵⁵ seu tamanho não é importante para os resultados, mas sim a capacidade da família para administrá-la.

10.HOLDING

Holding, em linhas gerais, é uma sociedade gestora de participações sociais que administra um conglomerado de empresas de um determinado grupo, ou seja, ela é formada com o objetivo de administrar.¹⁵⁶

Há relatos na literatura que a origem das empresas *Holdings* se deu em 1976, tendo como base jurídica a lei das sociedades por ações, onde se estabeleceu que as empresas podem ter, como objetivo social, a participação em outras sociedades regularizando a constituição de *Holdings* no Brasil.¹⁵⁷ Há autores que conceituam *Holding*¹⁵⁸ como uma atitude empresarial, objetivando à empresa internamente, cuja sua função é a produtividade das empresas controladas e não seu produto.

Nesta toada, *Holding* deve atender ao grupo empresarial, sendo considerada uma solução para a pessoa física e uma alternativa técnica e administrativa para a jurídica, cuja finalidade é a participação em outras sociedades; enquanto a mista possui a mesma função agregada de prestação de serviços ou atividades comerciais.¹⁵⁹

Holding tem a finalidade de assumir a titularidade de pessoas jurídicas ou sociedades, tornando-se representante de bens imóveis, móveis, participações, investimentos entre outros, destaca-se ainda que não existe um modelo universal para constituição deste tipo de sociedade, deve-se buscar uma estrutura que se enquadre atendendo os objetivos estabelecidos.¹⁶⁰

A origem do termo contribui para sua compreensão, como se vê a seguir:

¹⁵⁵ BARRUECO, Fernando Mauro; PERROTTI, Paulo Salvador Ribeiro; LERNER, Walter. **Empresas familiares: aspectos jurídicos e estratégias para uma boa gestão**. São Paulo: IOB Thomson, 2007. P. 171.

¹⁵⁶ MACHADO, Sheron. *Holding familiar como forma de planejamento sucessório patrimonial e seus reflexos tributários*. 2017. 47p. Orientador: Prof. Esp. Rafael dos Santos. **Trabalho de Conclusão do curso de Ciências Contábeis**. Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Criciúma –SC. p.17.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Holding, Administração corporativa e unidade estratégica de negócio: Uma abordagem prática**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p.19.

¹⁵⁸ LODI, João Bosco; LODI, Edna Pires. **Holding**. 2.ed. São Paulo: Pioneira, 1991. p.18.

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.109

To hold, em inglês, traduz-se por segurar, deter, sustentar, entre ideias afins. *Holding* traduz-se não apenas como ato de segurar, deter etc., mas como domínio. A expressão *holding company*, ou simplesmente *holding*, serve para designar pessoas jurídicas (sociedades) que atuam como titulares de bens e direitos, o que pode incluir bens imóveis, bens móveis, participações societárias, propriedade industrial (patente, marca etc.), investimentos financeiros etc.¹⁶¹

Isto posto, verificamos que trata-se de uma sociedade, que detém participações societárias de outras sociedades, que tenha sido constituída exclusivamente para isso (sociedade de participação) ou não (*holding* mista)¹⁶², que controla um patrimônio pertencente a uma ou mais pessoas naturais, tendo como objeto social a participação em outras sociedades e a administração de bens próprios da sociedade ou dos sócios. Visam, sobretudo, à “concentração e a proteção do patrimônio familiar, facilitando a gestão de ativos e, em vários casos, aproveitando de benefícios fiscais”¹⁶³.

Esses benefícios se referem principalmente ao fato de que a operação de transferência inicial de domínio de bens à pessoa jurídica, ou seja, a integralização do capital social subscrito pelo titular, é imune à incidência tributária¹⁶⁴. Em seguida a essa integralização, as cotas serão distribuídas por aquele que planeja sua sucessão. Se essa

¹⁶¹ MAMEDE, Gladston. **Holding familiar e suas vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 13-4.

¹⁶² Ibidem. p. 14.

¹⁶³ CARVALHO, Mário Tevernard Martins de. Planejamento sucessório no âmbito da empresa familiar. *In*: COELHO, Fábio Ulhôa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). **Empresa familiar**: estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 459-460.

¹⁶⁴ **Constituição Federal**, “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

II – transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

– não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;”

transferência se der a título gratuito, deverá ser respeitada a legítima e recolhido o tributo devido: o ITCD – Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação.¹⁶⁵

A busca de tais benefícios, no entanto, tem ganhado importância tamanha que o instituto da *holding* familiar corre o risco de se esvaziar como forma de planejamento sucessório e resvalar para um planejamento apenas tributário.

Quanto a origem da *holding* no Brasil, temos a Lei que regulamentou as empresas *holding* no Brasil, foi à lei 6.404 de 1976, conforme descrito no artigo 2º, § 3º onde diz que “a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades”. Porém a participação em outras sociedades é facultada, podendo apenas beneficiar-se dos incentivos fiscais.

Existem algumas teses de como a *holding* originou-se no Brasil, uma delas afirma que a *holding* veio para o Brasil, por meio das empresas multinacionais nos anos 60. Esses grupos multinacionais com suas estruturas tecnológicas e baixos custos operacionais renderam os empresários brasileiros.¹⁶⁶ Já no em outro sentido, há autores que afirmam que as *holding* não chegaram no Brasil por meio das multinacionais, mas este esquema organizacional foi testado e aperfeiçoado, por empresas nacionais, somente em um segundo momento as multinacionais, instaladas no Brasil, aderiram a essa forma de gestão, visando se livrar das limitações impostas pela lei da remessa de lucros, e conseqüentemente, facilitar a movimentação de recursos financeiros no país.¹⁶⁷

Em linhas gerais, encontramos as normas que embasam a constituição, funcionamento e dissolução das *holdings* em diversas leis, dentre as quais temos as seguintes:

A Constituição de 1988 veio embasar a necessidade de organização e controle das sociedades empresariais, em seus artigos 1º, 5º e 6º são demonstradas uma nova ordem social e um novo ambiente a atuar, novas diretrizes para as estratégias dos anos 90 e os caminhos para os anos 2000. O artigo 170 da Constituição nos trás as bases para novos empreendimentos, e o artigo 226 veio esclarecer o novo relacionamento familiar.¹⁶⁸

¹⁶⁵ MAMEDE, Gladston. **Holding familiar e suas vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 13-4.

¹⁶⁶RASMUSEN, U. W. **Holding e joint ventures**: uma análise transacional de consolidação e fusões empresariais. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1991. p. 53.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Djalme Pinho Rebouças. **Holding, Administração Corporativa e Unidade Estratégica de Negócio**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.p. 26.

¹⁶⁸ TEIXEIRA, João Alberto. **Holding Familiar**: tipo societário e seu regime de tributação. 2012. Disponível em: <https://www.contabeis.com.br/artigos/893/holding-familiar-tipo-societario-e-seuregime-de-tributacao>. p.1. Acesso em: 19 mar 2020.

Um dos principais princípios constitucional-empresarial é o da livre concorrência, em que os atores da atividade econômica possuem a garantia de concorrer livremente entre si, sem intervenção estatal desnecessária. Com isso temos que o Estado não pode proibir ou discriminar injustamente uma atividade econômica por si só, sem fundamentos justos, deve sim o Estado promover incentivo sobretudo fiscais, aos atores financeiros que estejam cumprindo requisitos legais, atuando em áreas de manutenção da sobrevivência humana e encorajando outros atores financeiros à atuação pelos ditames legais.¹⁶⁹

Ainda a Constituição Federal nos trás o princípio da propriedade privada o qual assegura aos trabalhadores, empresários, investidores, entre outros. que a propriedade privada é da ingerência dos mesmos, onde o Estado não deve interferir sem motivos relevantes naquilo que é a mola propulsora da atividade econômica.

Ainda se aplica à *holding* o princípio da função social da propriedade, o qual legitima a intervenção estatal na propriedade que não cumpre sua função social. Este princípio reza que a propriedade deve cumprir sua função econômica devendo então ser usada para gerar riquezas, garantir o trabalho, sustentar o Estado através de tributos justos e promover o desenvolvimento econômico.

Com o Novo Código Civil, Lei 10.406, de 10/1/02, considera-se que a *holding* é a única possibilidade de proteger a família dos conflitos latentes que há nessa lei.¹⁷⁰

A Lei nº 6.404/1976, lei das Sociedades por Ações, figura entre as legislações de maior importância quando se trata de *holding* com fins de controle de outras empresas, uma vez que regulamenta este modelo de participação acionária. No seu artigo 2º, faz a previsão da utilização da sociedade anônima como controladora de outras empresas, o que torna este formato societário bastante atrativo. De forma complementar, toda a legislação disciplina o funcionamento de uma companhia deste tipo. Engloba, assim, os órgãos diretivos, as responsabilidades, limitações, requisitos, denominações, entre outros aspectos. Especificamente nos artigos 216 a 219, encontram-se questões referentes à liquidação deste tipo de companhia, prestação de contas e liquidação da sociedade. Apesar dessa previsão na Lei das sociedades anônimas (S/A), nada impede que as sociedades *holding* se estruturam na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, ou de outros tipos societários, uma vez que a expressão *holding* não reflete a existência de um tipo societário específico, mas sim a propriedade de ações ou quotas que lhe assegure o poder de controle de outra ou de outras sociedades.

¹⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2012, 27 ed. p.300.

¹⁷⁰ Ibidem.

Temos ainda que, a Lei das S/A, em seu art. 243, § 2º, contempla as sociedades *holding* no capítulo em que trata das sociedades coligadas, controladoras e controladas. Controlada, conforme estabelece a lei das S/A, é a sociedade na qual a controladora, diretamente ou por meio de outras controladas, possui direitos societários que lhe assegurem permanentemente preponderância nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores.

Desta maneira temos que a Lei nº 6.404/1976 estabelece um critério básico de preponderância do capital social para configurar a controladora. Quanto a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações, o Código Civil traz esta indicação, onde a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações da empresa pelo sócio que é limitada à sua quota de participação, como podemos verificar no artigo 1.052 do Código Civil de 2002: “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”

Já no Regulamento do Imposto de Renda (n. 3.000/99) nos seus artigos 223, §1º, III, c; 225; 384; 519, §1º, III, c; 521 menciona a porcentagem de imposto de cada mês no caso da administração de bens imóveis é de 32%, ou seja, independentemente do tamanho da empresa será fixo para as *holdings* familiares.

A Lei 10.833/2002, em seu art. 1º, § 3º, V, b, menciona a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. O valor dos lucros e dividendos recebidos, decorrentes de participação societária em outras sociedades, não se sujeitará à tributação do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS pela empresa beneficiária. Em suma, os lucros e dividendos recebidos, decorrentes de participações societárias em outras pessoas jurídicas, não estão sujeitos à tributação na empresa beneficiária.

A Lei 11.033/2004 altera a tributação sobre o mercado financeiro e de capitais. Tema este de grande relevância para o tratamento de empresas *holding*, já que estas se utilizam para fins de controle de outras empresas sob forma de participação acionária, e assim devem observar o que é disposto com relação aos rendimentos obtidos com investimentos.

A Lei 9.430/1996 trata, entre outros pontos, da aplicação da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido sobre as sociedades anônimas, estabelecendo as normas de tributação sobre ganhos de capital para empresas optantes pela apuração trimestral ou mensal por estimativa.

11. FINALIDADES E RAZÕES PARA CONSTITUIR UMA *HOLDING*

A criação de uma *holding* pode ser interessante, principalmente, para o aspecto fiscal e ou societário. Quanto ao aspecto fiscal, os empresários podem estar interessados em uma redução da carga tributária, planejamento sucessório, retorno de capital sob a forma de lucros e dividendos sem tributação.

No aspecto societário, os objetivos podem ser descritos como, crescimento do grupo, planejamento e controle, administração de todos os investimentos, aumento de vendas e gerenciamento de interesses societários internos.¹⁷¹

Dentre as razões acima mencionadas para a constituição de uma *holding*, ainda podemos citar:¹⁷²

- Mecanismos que visa solucionar problemas de sucessão administrativa, treinando sucessores, como também profissionais de empresa, para alcançar cargos de direção;
- Solucionar problemas referentes à herança, substituindo em parte declarações testamentárias, podendo indicar especificamente os sucessores da sociedade, sem atrito ou litígios judiciais;
- Tendo maior facilidade de administração, exerce a *Holding* maior controle pelo menor custo;
- Aproveitamento da legislação fiscal vigente, apesar dos controles mais rígidos sobre a *holding*;
- Melhor administração de bens móveis e imóveis, visando principalmente resguardar o patrimônio da operadora, finalidade hoje muito procurada para evitar conflitos sucessórios;
- Problemas pessoais ou familiares não afetam diretamente as operadoras, onde no caso de dissidências entre parentes ou espólios, será ela que decidirá sobre as diretrizes a serem seguidas;

¹⁷¹ TEIXEIRA, João Alberto. **Holding Familiar**: tipo societário e seu regime de tributação. 2012. Disponível em: <https://www.contabeis.com.br/artigos/893/holding-familiar-tipo-societario-e-seuregime-de-tributacao>. p.1. Acesso em: 19 mar 2020.

¹⁷² Ibidem.

- Age como sócia ou acionista de outra empresa, evitando dessa maneira que a pessoa física fique exposta inutilmente, evitando sequestros, roubos e uma série de outros elementos inconvenientes;
- Não estará sujeita à lei de falência por ser também uma prestadora de serviços, e sendo Sociedade Simples;
- Acordos Societários: é a livre vontade de pessoas físicas ou grupos familiares para exercerem o poder durante alguns anos predeterminados e sob condições negociadas e registrados;
- Sucessão: facilita as soluções referentes à herança, sucessão acionária, sucessão profissional e outras disposições do acionista controlador, às vezes substituindo o testamento e um inventário, evitando atrito ou litígio jurídicos.

12. TIPOS DE *HOLDING*

No planejamento de constituição de uma empresa, deve-se levar em consideração a finalidade de sua criação para analisar a viabilidade, de ter ou não, como objeto social uma *holding*. Após a análise das necessidades, deve-se definir o modelo de *holding* mais adequado de acordo com o objetivo da organização.

Interessante observar a opinião de outros doutrinadores sobre a formação de *holding* com fins de planejamento sucessório, "dado que a constituição de uma sociedade para receber determinado patrimônio a título de integralização do capital pode se revelar como uma hipótese totalmente desnecessária e inútil em determinados casos".¹⁷³

A exemplo desta afirmativa, o autor comenta que, basta ver que uma sociedade, independente de ser uma *holding* ou empresa patrimonial, tem por finalidade a organização do patrimônio, bem como uma menor tributação quanto às receitas que obtiver, comparadas a tributação auferida por pessoa física. No sentido oposto, é importante observar que empresas não resolvem questões relacionadas às pessoas, aos regimes de bens nos casamentos, filiação e a ordem de vocação hereditária, sucessão em vida por meio de doações ou mortis causa, entre outros instrumentos que permeiam o tema. Desta maneira, a *holding*, servirá de caminho para se buscar a sucessão e a transmissão de bens, mas não encerrará essa finalidade, que dependerá de inúmeros outros instrumentos.¹⁷⁴

¹⁷³ HERNANDEZ, José Rubens, **Sucessão legal**: planejamento sucessório, uma visão prática. Ribeirão Preto: Outras Palavras, 2019. p. 135.

¹⁷⁴ Ibidem. p. 135-6.

No Brasil, por questões fiscais e administrativas, a *holding* é utilizada num sentido mais amplo, haja vista possibilitar tanto a participação societária em outras empresas como também a prestação de serviços civis ou eventualmente comerciais, mas nunca industriais.¹⁷⁵

Há doutrinadores que afirmam existirem duas espécies de *holding*: a *holding* pura e a *holding* mista, onde a *holding* pura “tem como objetivo social e exclusivo a participação no capital de outras sociedades, isto é, uma empresa que tem como atividade única manter quotas ou ações de outras companhias”. E a *holding* mista, por sua vez, a qual tem como objeto social não apenas a participação em outras empresas, mas também prevê sobre o exercício de exploração de alguma atividade econômica.¹⁷⁶

Com efeito, foram sendo criados pela doutrina jurídica diferentes tipos de *holdings*, classificando-as por suas características e seus objetivos, a fim de constituir as que melhor se adaptem a um determinado contexto, atendendo a objetivos variados, sendo as mais usuais as *holdings* de controle, as *holdings* de participações, as *holdings* puras, as *holdings* mistas e as *holdings* patrimoniais.

A diferença destas espécies está no poder de controle que exercem sobre a empresa operacional.¹⁷⁷ A diferentes classificações de *holdings* na doutrina, utilizaremos a mais utilizada para detalhar cada espécie.

- *holding* de controle, aquela que detém quotas e ou ações em outras sociedades em montante suficiente para exercer o poder controle, enquanto que a *holding* de participação possui mera participação dos títulos societários;

- *holding* pura, também usa-se a expressão sociedade de participação, é aquela que possui como único objetivo participar de outras empresas, desta forma, não há uma atividade sendo explorada, operacionalizada, como seria no caso da prestação de serviço, na comercialização de produtos e na industrialização, onde a receita de tais sociedades é

¹⁷⁵ LODI, Edna Pires; LODI, João Bosco. **Holding**. 4. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 5

¹⁷⁶ SILVA, F.P. **Holding familiar**: visão jurídica do planejamento familiar, sucessório e tributário. São Paulo: Trevisan, 2017. p. 14.

¹⁷⁷ MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 7.

composta exclusivamente pela distribuição de lucros e juros sobre o capital próprio, pagos pelas sociedades nas quais tem participação.^{178,179}

Alguns doutrinadores classificam 2 sub espécies de *holdings* pura, a de controle e a de participação, sendo a diferença entre elas no seguinte aspectos, *holding* de controle, que tem por finalidade específica deter quotas e ou ações de outras sociedades em montante suficiente para exercer seu controle societário, e *holding* de participação, que seria aquela constituída para titularizar quotas e ou ações de outras sociedades, sem que detenha o controle de qualquer delas.

- *holdings* mistas: são as empresas que não exploram única e exclusivamente a participação societária e acionária. Essas mesclam, com o objeto social de *holding*, uma outra atividade, como a prestação de serviço, comércio e industrialização.^{180,181}

Holding mista: sociedade cujo objeto social é a realização de determinada atividade produtiva, mas que detém participação societária relevante em outra ou outras sociedades.

Holding patrimonial: sociedade constituída para ser a proprietária de determinado patrimônio. É também chamada de sociedade patrimonial.¹⁸²

- *holding* de participação: muito semelhante a *holding* pura, envolvendo apenas participações minoritárias. Assim, não há relação de coligada ou controladora com as entidades investidas, não podendo exercer o controle societário.¹⁸³

- *holding* administrativa: destina-se a centralizar a administração de outras sociedades em que possua participação societária, estruturando, definindo e distribuindo os planos de atuação, orientação gerencial, elaboração estratégica, intervindo na condução das atividades negociais da sociedade controlada.

¹⁷⁸ Ibidem. p. 16

¹⁷⁹ SILVA, Fabio Pereira da; ROSSI, Alexandre Alves. **Holding familiar** [livro eletrônico]: visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário. São Paulo: Trevisan Editora, 2015. . Acesso em: 19 mar. 2020. p.13.

¹⁸⁰ HERNANDEZ, José Rubens, **Sucessão legal**: planejamento sucessório, uma visão prática. Ribeirão Preto: Outras Palavras, 2019. p. 144.

¹⁸¹ AMENDOLARA, Leslie. **A sucessão na empresa familiar**. 2. ed. São Paulo: Lazuli, 2005. p. 35-6.

¹⁸² MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 16.

¹⁸³ Ibidem. p. 7.

- *holding* familiar: a sociedade que tem o objetivo de deter bens e participar de outras sociedades que integram o patrimônio da família, tornando-se possível manter o controle das diversas atividades empresárias de que participam por meio de uma única entidade societária.¹⁸⁴ Tecnicamente a *holding* familiar é a empresa *holding* criada para acomodar blocos familiares em uma estruturação societária que participará de outras empresas.

A constituição de uma *holding* familiar está inserida no chamado planejamento sucessório, e, além de evitar o procedimento burocrático tradicional de partilha, os inventários, também previne que as consequências das disputas entre os herdeiros afetem a sociedade, já que o procedimento sucessório passa a ser conduzido pelo próprio empresário, autor da herança.¹⁸⁵

A *holding* patrimonial se assemelha a *holding* familiar, uma vez que seus objetivos são parecidos, a *holding* patrimonial é constituída para ser titular e proprietária de um determinado bem, podendo constar ações ou cotas de outras sociedades, concentrando e protegendo os recursos da família por meio da formalização da pessoa jurídica. Assim, facilita a gestão dos ativos e protege o patrimônio familiar.

Na doutrina encontramos que a *holding* patrimonial também pode ser chamada de *holding* imobiliária, a qual, foge da ideia originária da *holding*, isto porque é constituída objetivamente para ser proprietária de determinado patrimônio, podendo ser bens móveis ou imóveis.¹⁸⁶

- *holding* imobiliária: é aquela que tem por objetivo deter e ou explorar patrimônio imobiliário; para isso, as pessoas físicas conferem seus bens para a *holding*, que passa a ser titular deles. Quando o imóvel pertence a mais de uma pessoa, a constituição da *holding* implica a descontinuidade do condomínio então existente, e os proprietários do imóvel recebem participações na *holding*.¹⁸⁷

¹⁸⁴ SILVA, Fabio Pereira da; e ROSSI, Alexandre Alves. **Holding familiar**: visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário. – 2.ed. – São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 20.

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ PRADO, Roberta Nioac; COSTALUNGA, Karine; KRISCHBAUM, Deborah. Sucessão familiar e planejamento societário II. In: PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro; SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Org.). **Direito societário**: estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 246.

¹⁸⁷ LONGO, José Henrique et al. Sucessão familiar e planejamento tributário II. In: PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro; SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Org.). **Direito societário**: estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.270-1.

Para o planejamento de uma *holding* deve-se estudar cada caso, e sua necessidade da constituição a qual precisa ser feita de modo que atenda a finalidade e os propósitos de cada organização e se obtenha as vantagens existentes.

13. A QUESTÃO TRIBUTÁRIA

Um dos principais objetivos relacionados à constituição da *holding* familiar são as possíveis vantagens tributárias obtidas através da organização do patrimônio, buscando um planejamento sucessório adequado e estudado de acordo com as necessidades e vontades de cada família.

Planejar a sucessão significa organizar o processo de transição do patrimônio levando em conta aspectos como (i) ajuste de interesses entre os herdeiros na administração dos bens, principalmente quando compõem capital social de empresa, aproveitando-se da presença do fundador como agente catalisador de expectativas conflitantes, (ii) organização do patrimônio, de modo a facilitar a sua administração, demarcando com clareza o ativo familiar do empresarial, (iii) redução de custos com eventual processo judicial de inventário e partilha que, além de gravoso, adia por demasiado a definição de fatores importantes na continuidade da gestão patrimonial, e , por último, (iv) conscientização acerca do impacto tributário dentre as várias opções lícitas de organização do patrimônio, previamente à transferência, de modo a reduzir seu custo.¹⁸⁸

Em tempos onde os entes tributantes vêm cada vez mais tentando aumentar seu faturamento por meio da ampliação da carga tributária, procurar alternativas legítimas para minimizar o impacto do custo fiscal é medida que se faz necessário para assim reduzido com o pagamento de tributos.

Para fazer a análise das vantagens tributárias devem ser avaliados o cenário fiscal, o tipo de constituição e objetivo da empresa. É importante que seja feito o planejamento tributário da empresa para que seja gerado o melhor resultado possível nas escolhas fiscais.

É assegurado como direito constitucional, a administração e gerenciamento dos negócios, por todo contribuinte, desde que assim o faça de forma lícita. A Constituição Federal do Brasil, tem expressamente destacado em seu texto, os princípios que garantem esses direitos.

¹⁸⁸ PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro; SANTI, Eurico Marcos Dinis de. **Direito societário: estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório**. 2. ed. – São Paulo, Saraiva, 2011. p. 193.

A análise tributária é essencial para o planejamento da *holding*, a qual deve ser constante, para atender de forma correta as necessidades da organização e assim trazer benefícios em relação à diminuição de custos com tributos.¹⁸⁹ Neste sentido, temos na doutrina que um dos regimes tributários que agrega vantagem a *holding* é o de lucro presumido, por suas alíquotas serem mais baixas.^{190,191} No entanto, se a *holding* não tiver impedimentos que a Lei 9.718/98 estabelece, essa pode optar pelo regime de lucro presumido, usando as alíquotas fixas que se encontram no site da Receita Federal.

14.CUSTOS E TRIBUTAÇÃO NA SUCESSÃO POR *HOLDING*

No que se refere aos custos tributários para sucessão na constituição da *holding*, o primeiro que desaparece é o Imposto Estadual Causa Mortis, o ITCD, já que a propriedade não é transmitida pela morte, mas sim por ato voluntário do transmissor, observamos aqui contudo, que a transferência não pode ser feita por doação, porque aí há incidência do mesmo imposto, mas deverá ser feita por compra e venda das cotas da *holding*, pois neste caso se está diante de uma transação onde não há incidência de imposto.¹⁹²

O segundo encargo que desaparece na utilização da *holding* com o propósito da sucessão civil, são as custas processuais ou cartorárias para a realização do inventário, além de honorários advocatícios, apenas não haverá inventário para ser realizado caso o sucedido tenha patrimônio particular que não esteja sob a propriedade da *holding*. Da mesma forma os herdeiros não terão custos de registros das transferências dos bens para os seus nomes, já que os bens são de propriedade da sociedade *holding*, os herdeiros, adquirentes, passam a ser titulares de parte da participação que pertencia ao sucedido.¹⁹³

O ITBI, tem como fato gerador a transmissão, *inter vivos* (entre pessoas vivas), a qualquer título, de propriedade ou domínio útil de bens imóveis; quando há a transmissão a qualquer título de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia; ou quando há a cessão de direitos relativos às transmissões acima mencionadas. O contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei,

¹⁸⁹ MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.139.

¹⁹⁰ FERNANDEZ, Hamilton D. Ramos; BALKO, Lenine Ceymini. **Benefícios Tributários na Constituição da Holding Familiar**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 12.

¹⁹¹ FABRETTI, Láudio Camargo. **Contabilidade tributária**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 26.

¹⁹² Fabiano Souza De Almeida, Giovani André Plentz y Romualdo Kohler (2018): Constituição de holding como instrumento para sucessão familiar, **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**. Junho 2018. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/ccss/2018/06/holding-sucessao-familiar.html>. Acesso em: 20 mar. 2020.

¹⁹³ *Ibidem*.

que, no caso, será lei municipal. A base de cálculo é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos à época da operação. No caso da transmissão ser por herança -“*Causa mortis*”, o ITBI não é cobrado; ao invés dele, será cobrado o ITCMD que é um imposto estadual.

A alíquota utilizada é fixada em lei ordinária do município competente. A função do ITBI é predominantemente fiscal. Sua finalidade é a obtenção de recursos financeiros para os municípios. O pagamento prévio do ITBI é obrigatório para que se possa fazer o registro de um imóvel adquirido.

Na formação da *holding* patrimonial surge o questionamento da incidência ou não de tal imposto. Conforme a regra do artigo 156, §2º, I, da Constituição Federal, o ITBI não terá a incidência nas hipóteses de integralização de capital social, salvo quando a atividade preponderante desses bens seja a compra e venda e a locação:

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

II - compete ao Município da situação do bem.

Há determinados casos que a empresa constituída não se dedica a atividades imobiliárias, não incidindo, dessa forma, o ITBI na integralização do capital social, conforme preceito do artigo 156, §2º, inciso I, da Constituição Federal. Contudo, como há imóveis, para fazer jus à isenção deve ser provado à Fazenda Municipal que a empresa não realizou negócios imobiliários superiores à metade da sua renda operacional, o que não permitiria a incidência do ITBI, nos termos do artigo 36 e 37, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, o Código Tributário Nacional.

O imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação -ITCMD é um imposto brasileiro de competência dos Estados e do Distrito Federal, e está prevista no artigo 155 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que incide quando da transmissão não onerosa de bens ou direitos, tal como ocorre na herança - *causa mortis* - ou na doação - *inter-vivos*. O fato gerador do ITCMD ocorre quando da transmissão "*causa mortis*" ou doação a qualquer título ou pelo domínio útil de bens imóveis e de direitos a eles relativos, como os bens móveis, títulos e créditos, inclusive direitos a eles relativos.

Os contribuintes do imposto são, em caso de herança, os herdeiros ou legatários. No caso de doação, pode ser tanto o doador como o donatário.

A alíquota utilizada varia de acordo com uma tabela progressiva, que determina a alíquota de acordo com a soma do valor venal dos bens doados ou transmitidos. A base de cálculo é o valor venal dos bens, dos títulos ou dos créditos transmitidos ou doados.

O ITCMD possui função fiscal e extrafiscal, ou seja, tem a finalidade de arrecadar recursos financeiros para os Estados e Distrito Federal, mas também de ordenar a economia e as relações sociais.

O lançamento do crédito tributário é feito por homologação, onde a ocorrência do fato gerador deste imposto se dá na transmissão de qualquer bem ou direito havido por sucessão legítima ou sucessão testamentária, inclusive a sucessão provisória; na transmissão por doação, a qualquer título, de quaisquer bens ou direitos; ou ainda, na aquisição de bem ou direito em excesso pelo herdeiro ou cônjuge meeiro, na partilha, em sucessão *causa mortis* ou em dissolução de sociedade conjugal.

15. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIOS SEM TRIBUTAÇÃO

Na doutrina¹⁹⁴ encontramos que existem duas hipóteses que podem ser adotadas em núcleos familiares composto por pais que pretendem transferir ao longo do tempo patrimônio aos filhos sem tributação.

A primeira consiste na doação, ano após ano, de quotas de capital ou de ações representativas do capital de uma sociedade por ações, observando-se os limites de isenções, que no Estado de São Paulo, é de 2.500 UFESPs¹⁹⁵, o que representa para o ano de 2020 o total de R\$ 69.025,00.

Este limite a soma de todas as doações realizadas por determinada pessoa a outra durante o ano, importante observar que superando o limite de 2.500 UFESPs, o imposto incidirá sobre todos os valores doados e não somente em relação ao que exceder o limite de isenção. É importante destacar que a isenção será considerada em relação ao valor dos bens doados, no caso de cotas de capital ou de ações de uma sociedade, onde é necessário verificar o Patrimônio Líquido (PL) que consta no balanço patrimonial, obtendo-se o valor pela divisão do referido PL pelo número total de quotas ou de ações, para se encontrar a

¹⁹⁴ HERNANDEZ, José Rubens, **Sucessão legal**: planejamento sucessório, uma visão prática. Ribeirão Preto: Outras Palavras, 2019. p. 165.

¹⁹⁵ Ibidem. p. 165.

quantidade de quotas ou ações que não ultrapassem o limite da isenção,¹⁹⁶ ou seja, deve-se realizar o cálculo com base no PL que elas representam frente a sociedade.

Nestas doações os pais podem prever tanto as cláusulas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade, quanto a de reversão para o caso de os donatários falecerem antes dos doadores.

Desta maneira descrita acima, o capital social migrará das mãos dos pais para as dos filhos, ano após ano.

A segunda hipótese consiste na diluição do capital detido pelos pais em relação aos filhos, integrando todos uma sociedade do tipo limitada, ocorrendo a elevação a partir da distribuição desproporcionais dos resultados aos sócios minoritários, aqui os filhos, com consequentes capitalizações destes valores.

Prevendo o contrato social a possibilidade de distribuição de resultados desproporcionalmente ao capital subscrito e integralizado pelos sócios. A ideia aqui é realizar ao longo do tempo a distribuição de dividendos aos filhos unicamente ou em maior parte, com imediata conversão em quotas de capital, de maneira que ao longo do tempo as participações dos pais permanecerão estáticas e as dos filhos aumentarão consideravelmente, gerando a chamada diluição das participações dos pais.¹⁹⁷

Em linhas gerais, as sociedades empresárias familiares são diferentes de uma empresa comum, pois têm aspectos que as distinguem por conta da condução muito pessoal do seu funcionamento e da sua direção, onde a marca registrada é a gestão de seu fundador. Elas têm as mais diferentes estruturas de organização e de administração, podendo ser uma empresa familiar doméstica, dado ao seu pequeno porte, e no fato de seu comando ser composto exclusivamente por familiares. Em paralelo está a empresa familiar tradicional, por igual pertencente a poucas pessoas, e embora a diretoria seja constituída exclusivamente por familiares, postos de gestão podem estar ocupados por pessoas sem vínculos de parentesco. Existem empresas familiares de pequeno, médio e grande porte, com seus cargos de direção preenchidos por parentes, e não parentes. E também existem empresas familiares de capital aberto que se encontram em mãos de pessoas alheias ao grupo familiar, cujos postos de direção são ocupados por não familiares.

O planejamento tributário pode otimizar os resultados das empresas. Para se manter no mercado atual, que é cada vez mais competitivo, as organizações precisam minimizar os custos e maximizar os lucros, e a principal barreira está na alta carga tributário.

¹⁹⁶ Ibidem. p. 166.

¹⁹⁷ HERNANDEZ, José Rubens, **Sucessão legal**: planejamento sucessório, uma visão prática. Ribeirão Preto: Outras Palavras, 2019. p. 168.

Isto posto, este planejamento deve ser observado em todas as atividades empresariais, tornando-se vital para evitar, postergar ou fazer com que o fato gerador da obrigação tributária ocorra em momentos apropriados para a entidade, ou que ao menos ela possa escolher entre as alternativas existentes, aquela que representará um menor valor de tributos a recolher.

Tendo em vista que o Lucro Presumido é calculado sobre o faturamento e não há aproveitamento de despesa, e ainda o percentual determinante da base de cálculo do IRPJ e CSLL dessa forma de enquadramento apresenta valor tributável maior, não compensa à empresa o recolhimento sobre essa modalidade de tributação. Já no Lucro Real, esses tributos citados são calculados sobre o resultado real da empresa, que pode vir a ter lucro ou prejuízo e neste último caso, os tributos não são recolhidos.

Conclusão

Após realizarmos esta investigação que objetivou verificar qual o melhor tipo societário e objetivos sociais da *holding*, assim como identificar a classificação mais adequada e os custos para constituição da *holding* e quais os benefícios adquiridos para o grupo e seus sócios com a constituição da *holding*, consideramos que estes pontos irão depender do planejamento a ser adotado, o total de bens que se pretende realizar a sucessão e em que momento os familiares encontram-se, verificando a necessidade ou não de mais celeridade na transmissão de bens.

Desta forma pudemos observar que a formação de uma *holding* é uma alternativa a redução a carga tributária praticada no Brasil, para a sucessão de bens, também servindo de grande valia para administrar bens provenientes de pessoa física.

Contudo, é preciso observar a peculiaridade de cada atividade empresarial, analisando a viabilidade ou não da constituição de uma *holding* familiar. Faz-se necessário ainda, se atentar às mudanças tanto no âmbito legislativo como judiciário no que diz respeito ao direito tributário, de modo que, se verifique sempre a viabilidade de determinada arquitetura empresarial que vise trazer vantagens fiscais.

16. REFERÊNCIAS

AMENDOLARA, Leslie. **A sucessão na empresa familiar**. 2. ed. São Paulo: Lazuli, 2005. p. 35-6.

BARRUECO, Fernando Mauro; PERROTTI, Paulo Salvador Ribeiro; LERNER, Walter. **Empresas familiares: aspectos jurídicos e estratégias para uma boa gestão**. São Paulo: IOB Thomson, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012, 27 ed.

BORNHOLDT, Werner. **Governança na empresa familiar**: implementação e prática. São Paulo. Bookman, 2005.

CARVALHO, Mário Tevernard Martins de. Planejamento sucessório no âmbito da empresa familiar. *In*: COELHO, Fábio Ulhôa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). **Empresa familiar**: estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014.

Fabiano Souza De Almeida, Giovani André Plentz y Romualdo Kohler (2018): Constituição de holding como instrumento para sucessão familiar, **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**. Junho 2018. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/cccss/2018/06/holding-sucessao-familiar.html>. Acesso em: 20 agosto. 2023.

FABRETTI, Lúdio Camargo. **Contabilidade tributária**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERNANDEZ, Hamilton D. Ramos; BALKO, Lenine Ceymini. **Benefícios Tributários na Constituição da Holding Familiar**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIGUEIREDO, G. P.; MARTIN, J. C.; MARQUES, H. R; 129 RICCA, D. (Orgs.). **Desenvolvimento local em Mato Grosso do Sul**: reflexões e perspectivas. Campo Grande: UCDB, 2001.

HERNANDEZ, José Rubens, **Sucessão legal**: planejamento sucessório, uma visão prática. Ribeirão Preto: Outras Palavras, 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa Governança em empresas familiares: evidências brasileiras. São Paulo, SP : IBGC, 2019.

LEONE, N. M. C. P. G. (Org.) e outros. **Empresa familiar**: desvendando competências, racionalidades e afetos. São Paulo: Atlas, 2010.

LODI, Edna Pires; LODI, João Bosco. **Holding**. 4. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

LODI, João Bosco; LODI, Edna Pires. **Holding**. 2.ed. São Paulo: Pioneira, 1991.

LONGO, José Henrique et al. Sucessão familiar e planejamento tributário II. *In*: PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro; SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Org.). **Direito societário**: estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Sheron. Holding familiar como forma de planejamento sucessório patrimonial e seus reflexos tributários. 2017. 47p. Orientador: Prof. Esp. Rafael dos Santos. **Trabalho de Conclusão do curso de Ciências Contábeis**. Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Criciúma –SC.

MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, 2014.

MAMEDE, Gladston. **Holding familiar e suas vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MAÑAS, Antonio Vico. Gestão da empresa familiar - conceitos, casos e soluções. **Revista Administração em Diálogo - RAD**, v. 8, n. 1, dez. 2007. ISSN 2178-0080. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/rad/article/view/468>. Acesso em: 10 fev. 2020.

MENDES, Josefa Rosângela de Carvalho. **Substituição testamentária e fideicomisso**. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 16 mar 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/27313/substituicao-testamentaria-e-fideicomisso>. Acesso em: 20 de agosto de 2023.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Holding, Administração corporativa e unidade estratégica de negócio**: Uma abordagem prática. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PENA JR., Moacir César. **Curso completo de direito das sucessões**. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Método, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. La funzione sociale del diritto successorio. In: PERLINGIERI, Pietro. Rassegna di diritto civile 1. **Diretta da Pietro Perlingieri**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro; SANTI, Eurico Marcos Dinis de. **Direito societário**: estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório. 2. ed. – São Paulo, Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito das sucessões. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Fabio Pereira da; e ROSSI, Alexandre Alves. **Holding familiar**: visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário. – 2.ed. – São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório**: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TEIXEIRA, João Alberto. **Holding Familiar**: tipo societário e seu regime de tributação. 2012. Disponível em: <https://www.contabeis.com.br/artigos/893/holding-familiar-tipo-societario-e-seuregime-de-tributacao>. p.1. Acesso em: 19 de agosto de 2023.

TELLES, Inocêncio Galvão. Apontamentos para a história do direito das sucessões português. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa**, v. XV, 1963.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: **Direito das Sucessões**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Acesso em: 15 fev. 2019

VIEIRA DA SILVA, Luís Antônio. **História interna do direito romano privado até Justiniano**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2008. (Edições do Senado Federal, vol. 106).

WERNER, René A. **A Família& negócio**: um caminho para o sucesso. São Paulo: Manole, 2004.

SISTEMAS DE REGISTRO DE IMÓVEIS NO BRASIL

ANTONIA MARIA DA SILVA:

Graduada em Direito e História. Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Auditora Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União. Professora universitária e de ensino técnico e profissionalizante no Instituto Federal do Tocantins¹⁹⁸

RESUMO: Este artigo foi desenvolvido numa abordagem metodológica com fulcro numa pesquisa de caráter basicamente bibliográfico sobre os principais sistemas de imóveis no Brasil. O objetivo principal consiste em realizar uma perfunctória análise jurídica dos principais sistemas registrais existentes no Brasil. Inicialmente, tratou-se do direito de propriedade e de aspectos conceituais do sistema registral, apresentando-se noções do direito real de propriedade, o qual se adquire com o registro imobiliário, bem como os tipos de sistemas registrais. Após, abordou-se os principais princípios do registro de imóveis com seus conceitos e definições. E finalmente, explanou-se sobre os principais sistemas registrais brasileiro: o sistema comum regido pela Lei 6.015/73; o Sistema de Registro de Imóveis Rurais adquiridos por Estrangeiros regulado pela Lei 5.709/71; e o Sistema de Registro Torrens, também regulamentado na Lei 6.015/73. A pesquisa foi levada a efeito, por meio do estudo de diversas doutrinas (livros, internet e normas jurídicas positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, tratando-se de pesquisa de natureza qualitativa.

Palavras-chave: Sistemas Registrais. Registros de Imóveis. Princípios Notariais. Estrangeiros. Registro Torrens.

RESUMEM: Este artículo fue desarrollado utilizando un enfoque metodológico basado en una investigación básicamente bibliográfica sobre los principales sistemas de propiedad en Brasil. El objetivo principal es realizar un análisis jurídico exhaustivo de los principales sistemas de registro existentes en Brasil. Inicialmente, se trató sobre los derechos de propiedad y aspectos conceptuales del sistema registral, presentando nociones de derechos reales, que se adquieren a través del registro inmobiliario, así como los tipos de sistemas registrales. Posteriormente se discutieron los principios fundamentales del registro de propiedad con sus conceptos y definiciones. Y finalmente, se explicaron los

198 E-mail: antonia.m.s@hotmail.com

principales sistemas registrales brasileños: el sistema común regido por la Ley 6.015/73; el Sistema de Registro de Propiedades Rurales adquiridas por Extranjeros regulado por la Ley 5.709/71; y el Sistema de Registro Torrens, también regulado por la Ley 6.015/73. La investigación se realizó a través del estudio de diversas doctrinas (libros, internet y normas jurídicas aprobadas en el sistema jurídico brasileño, en el caso de la investigación cualitativa).

Palabras clave: Sistemas de Registro. Registros de propiedad. Principios Notariales. Extranjeros. Registro de Torrens.

Introdução

Quando falamos em sistema registral, estamos tratando de direitos derivados de regime da titulação proveniente de um sistema jurídico que visa garantir a propriedade e os direitos reais sobre ela incidentes.

Para atingir a segurança jurídica da propriedade, o sistema de registro de imóveis serve-se da publicidade, inscrevendo fatos juridicamente relevantes e publicando direitos, presumidamente conhecidos de todos, como meio de conferir tal segurança jurídica ao sistema registral imobiliário.

Para a persecução de tal finalidade, a lei confere um plexo de atribuições ao registro de imóveis, previstas na Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, conhecida como a Lei de Registros Públicos (LRP).

É certo que o funcionamento do Sistema Registral Imobiliário de cada país tem reflexos diretos em sua economia, tendo em vista que objetiva garantir a segurança jurídica nas transações sobre direitos reais e, como consequência disso, fomenta a segurança do crédito por meio da proteção aos direitos reais de garantia, gerando negócios e desenvolvimento, fatores fundamentais da estabilidade econômica.

O Sistema Registral, além de tutelar os direitos reais relativos aos imóveis, também assegura direitos pessoais que tenham repercussão sobre bens de raiz.

Nesse sentido, conhecer os aspectos caracterizadores dos sistemas registrais no Brasil, seus institutos, seus princípios, bem como conhecer os principais sistemas registrais existentes no ordenamento jurídico, constitui condição essencial para compreender a importância do registro de imóveis no contexto socioeconômico brasileiro.

1 Direito de Propriedade e Aspectos Conceituais dos Sistemas Registrais

A propriedade, base do sistema capitalista, constitui o mais amplo dos direitos reais, a incidir sobre bens (móveis ou imóveis) próprios, tendo seu titular a faculdade de

usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, nos termos do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º-O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º-São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º-O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º-O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

É certo também que a propriedade deve ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social. E o direito do proprietário como justo e concomitantemente limitado pela missão social que se lhe incumbe em virtude da situação particular em que se encontra (Duguit, 1996, p. 29).

Para José Isaac Pilati (2012, p. 39), a propriedade pós-moderna surge no bojo de um processo mais amplo de restauração política e jurídica do coletivo, da participação e da democratização. E apesar de pautada pelo figurino codificado da propriedade moderna, da qual necessita e desfruta do mesmo status de direito subjetivo da propriedade comum,

como direito fundamental e oponibilidade *erga omnes*, sua natureza de propriedade especial, acrescenta-lhe um plus de funcionalidade.

Assim, dada a sua natureza jurídica, a propriedade, garantia constitucional, deve ser tutelada pelo Direito, a fim de dar segurança ao patrimônio do cidadão, sendo objeto próprio do direito imobiliário, por meio de regras inerentes aos sistemas de registros públicos, tendo a função registral, nesse aspecto, o objetivo de prevenir litígios, dando certeza e segurança jurídica às relações, consistindo em atividade benéfica a todos, apesar de exercida em casos concretos, com partes estabelecidas na relação jurídica específica.

Luiz Guilherme Loureiro (2017, p. 499) conceitua o direito registral imobiliário como a parte específica do direito de registros públicos consistente no conjunto de princípios e normas destinados a regular a função do oficial de registro de imóveis e a organização e o funcionamento dos organismos estatais encarregados de recepcionar notadamente os atos e documentos concernentes aos direitos reais sobre bens imóveis ou aqueles que os afetam, bem como as formas e resultados de tais registros e os efeitos deles resultantes.

Ainda segundo Loureiro (2017, p. 499), essa área do Direito tem por objeto a publicidade da propriedade de bens imóveis e de outros direitos reais imobiliários, visando à proteção dos titulares de tais direitos reais (publicidade estática), e também, a garantia do tráfico jurídico dos bens imóveis (publicidade dinâmica).

Destarte, a razão de ser do Direito Registral é diminuir o risco dos adquirentes de imóveis ou direitos a eles relativos, por meio de uma maior segurança jurídica no tráfico imobiliário e, conseqüentemente, diminuindo os custos da transação e contribuindo para a diminuição de litígios envolvendo imóveis.

Para tanto, segundo Diniz (2014, p. 41), o registro imobiliário assegurará a possibilidade da identificação da coisa e de seu atual titular, tendo a função de:

(1) resguardar a propriedade, documentando a sua transferência e dando publicidade às mutações subjetivas. O registro será conexo à propriedade, tendo em vista que decorre do fato de ser o domínio uma afirmação da pessoa física ou jurídica em face do Estado, considerando-se que a propriedade imobiliária constitui um título outorgado pelo Estado, que lhe confere publicidade com o assento. Conseqüentemente, o Registro do Imóvel é a declaração pública do domínio e fonte da economia;

(2) permitir a aquisição da propriedade, passando o adquirente a ser, com segurança, o proprietário do imóvel adquirido por ato inter vivos, a partir do registro. Antes do assentamento do imóvel, o adquirente não terá nenhum dos direitos do dono (CC, art. 1.227);

(3) garantir a existência de ônus reais;

(4) assegurar a formalização da aquisição por usucapião, com o registro da sentença declaratória do domínio. Enquanto essa sentença não for registrada, o autor terá ação publicitária contra quem lesar seu direito, mas não poderá lançar mão da reivindicatória;

(5) funcionar como ato declaratório da disponibilidade da propriedade, se o imóvel vier a ser adquirido por ato *causa mortis*, pondo término ao estado de indivisão oriundo da abertura da sucessão, pois a universalidade dos bens do espólio só terá fim com o registro do formal de partilha;

(6) garantir, nas desapropriações, por ter fim cadastral, a obediência ao princípio da continuidade do registro imobiliário.

(7) permitir a continuidade registraria, na divisão que declarar o domínio.

Dessa forma, o registro imobiliário terá finalidade de garantir a autenticidade, a segurança e eficácia dos assentos de atos jurídicos inter vivos ou *mortis causa*, constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos de direitos reais sobre imóveis (art. 172 da Lei 6.015/73), preservando-lhes a confiabilidade (Diniz, 2014, p. 59).

Doutrinariamente, há diversas formas de classificação dos sistemas registrais.

Assim, do ponto de vista formal, os sistemas registrais se dividem em (Serra, 2016, p. 62):

Sistemas de Transcrição: nesta categoria os sistemas copiam ou transcrevem a totalidade do título apresentado sem se preocupar em extrair dele somente seus aspectos reais, de modo que o registro fica permeado por aspectos puramente obrigacionais. Exemplo deste tipo de sistema é o francês, no qual o registro consiste no arquivamento em pastas organizadas por pessoa, nas quais se arquivam os títulos de transmissão.

Sistemas de Inscrição: o assento registral corresponde a um extrato do título, extraído deste apenas as disposições que têm caracteres de direito real. Somente tais caracteres são suscetíveis de publicação por meio do registro em função dos efeitos dele decorrentes (validade perante terceiros).

Sistemas de Classificação: os livros de registro apresentam previamente compartimentos ou campos, nos quais se revela abreviadamente o direito resultante do documento. Estes livros se apresentam como um formulário pré-impresso em que só se preenchem as lacunas. Esta categoria é apropriada para as legislações em que se tenha

estabelecido taxativamente quais são os direitos inscritíveis (*numerus clausus*), posto que os direitos neste caso estão tipificados em sua enumeração e em seu conteúdo.

Sob o ponto de vista da organização, tem-se os seguintes sistemas (Serra, 2016, p. 62):

Sistemas de Fólio Real: a organização do registro se dá com base no objeto, ou seja, todos os lançamentos de direitos reais são estruturados em função do imóvel ao qual estes direitos se referam.

Sistemas de Fólio Pessoal: a organização se dá em virtude das pessoas envolvidas na relação obrigacional, independentemente do imóvel que esteja envolvido na transação.

Do ponto de vista dos efeitos que o registro produz Serra, 2016, p. 63), tem-se:

Sistemas de Inoponibilidade (Sistemas de Registros de Documentos ou Sistema Declarativo): o surgimento do direito real não se dá com o registro, mas, sim, com o surgimento do título, sendo que o registro dele se limita a dar mera publicidade do direito preexistente.

Sistemas de Registros de Direitos (Sistema Constitutivo): SISTEMAS DE REGISTRO DE DIREITOS ou, ainda, SISTEMA CONSTITUTIVO: constituição do direito real se dá pelo registro, motivo pelo qual o ingresso no Registro de Imóveis passa por um rígido controle para garantir a eficácia do sistema. O que diferencia os sistemas integrantes desta classe é o maior ou menor grau de presunção de que os direitos inscritos correspondem à realidade adotada por eles

O Sistema Registral brasileiro é de natureza mista, podendo ser: constitutivo ou declarativo. É constitutivo quando cria um direito e gera a ficção de conhecimento para o Brasil e o Mundo, como em relação aos atos de oneração e às transmissões inter vivos. É declarativo quando se limita a declarar a existência de um direito preexistente, como ocorre nas aquisições originárias e causa mortis, bem como nos títulos de divisão, judiciais ou extrajudiciais.

2 Princípios do Sistema de Registro de Imóveis

De acordo com a disposição do artigo 1º da Lei 8.935/94, os serviços notariais e de registro têm por finalidade garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ou seja, os serviços notariais e registrais visam garantir a segurança jurídica de certos atos, sendo tutelados por princípios, que consistem em orientações centrais, sistemática de bases fundamentais para a correta aplicação do ordenamento jurídico registral.

Para tanto, o sistema registral é baseado em diversos princípios, que foram utilizados para a criação de normas regulamentadoras dos institutos jurídicos registrais.

Nas palavras de Miguel Reale (1969, p. 54), princípios são verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

No ensinamento de Loureiro (2017, p. 535), os princípios registrais consistem em critérios básicos que servem de sustentação para o sistema de registro de imóveis, cuja fonte é a própria legislação, a exemplo do Código Civil, Lei 6.015/73 e Lei 8.935/94, de modo a orientar os legisladores e evitar a edição de normas que quebrem a harmonia e a unidade do direito registral, tendo três funções: (1) função informadora ou integradora; (2) função científica e (3) função aplicativa.

Na função informadora ou integradora, os princípios registrais facilitam a compreensão do direito hipotecário ou registral, ao condensar regras e orientações que decorrem da inteligência de um ou mais dispositivos legais que integram o marco regulatório do sistema de registro de imóveis (ou de registros públicos em geral). Essa função economiza preceitos e permite uma maior abertura das normas, possibilitando sua adaptação aos novos casos concretos que podem surgir das mudanças tecnológicas, econômicas e culturais e do dinamismo da vida social e das práticas negociais (Loureiro, 2017, p. 535).

Quanto à função científica, os princípios permitem uma construção racional da ordem legal, facilitando o trabalho dos doutrinadores e juristas na compreensão e aperfeiçoamento do sistema, uma vez que os operadores, ao analisarem a modificação do direito, pelo advento de novas leis, ou pela adoção de uma nova corrente jurisprudencial, verificará se houve avanço ou um retrocesso no regime de publicidade registral (Loureiro, 2017, p. 536).

Por fim, na função aplicativa, os princípios registrais facilitam a interpretação das normas jurídicas, propiciando direções científicas que permitam a correta solução de conflitos envolvendo o direito registral. Da mesma forma, facilitam a função qualificadora dos registradores, ao possibilitar que estes profissionais do direito tenham uma visão unitária acerca do direito positivo aplicável, proporcionando-lhes, ademais, fundamento válido para decidir sobre o acesso do título à publicidade registral nos casos de omissão ou contradição da lei (Loureiro, 2017, p. 536).

Em que pese não haver uma sistematização unânime entre os estudiosos da matéria, pode-se enumerar àqueles mais citados entre os estudiosos: publicidade registral, legalidade, inscrição, instância ou da rogação, legalidade, da fé pública, da prioridade, da especialidade, da disponibilidade, da continuidade e da unitariedade matricial.

2.1 Princípio da Publicidade Registral

A Constituição Federal, no seu art. 37, preceitua que a Administração Pública obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Esse princípio é geral a todos os registros públicos, e, através dele, considera-se que o registro torna público a todos o conhecimento dos atos e fatos registrados.

O princípio da publicidade dos atos notariais e registrais consiste em garantia fundamental do cidadão, devido ao regime democrático do Estado de Direito adotado pela Constituição vigente. O objetivo é dar amplo conhecimento à sociedade dos escritos e registros públicos, satisfazendo a necessidade popular de verificação pública dos atos e negócios jurídicos celebrados ou registrados no serviço, uma vez que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, consoante art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

O princípio da publicidade tem por objetivo dar transparência a atividade notarial e de registro. Para que a sociedade e o indivíduo sejam sempre informados, como meio destes exercerem livremente as liberdades e garantias públicas, sendo da própria natureza jurídica do sistema notarial e de registros dar ampla e irrestrita publicidade dos seus atos à sociedade, apenas mitigada em decorrência de restrição legal, tendo em vista que é dever do notário e do registrador, facilitar por todos os meios, o acesso à documentação existente às pessoas legalmente habilitadas, como regrado no art. 30, inciso XII, da Lei 8.935/94.

Tal princípio é o fundamento dos Registros Públicos regidos pela Lei 6.015/73. Trata-se de um instituto de suma importância no Direito Brasileiro em prol da segurança jurídica, que tem por fim tornar conhecido o direito de propriedade e as mutações dos ônus reais sobre o bem.

No entender de Loureiro (2017, p. 511), publicidade registral pode ser definida como a garantia dos direitos reais inscritos e, tal como estão inscritos, da pessoa que consta como titular registral; e ainda como garantia da tutela dos interesses daqueles que, confiando nas informações constantes do registro, realizam negócios jurídicos imobiliários. A publicidade registral, assim, é uma presunção de veracidade e integridade do registro para todo aquele que confia no registro e inscreve o título de aquisição do imóvel.

Walter Ceneviva (2010, p. 611) afirma que para garantir a oponibilidade e preservar da inoponibilidade a todos os terceiros, o direito dá ao ato jurídico publicidade.

Para Afrânio Carvalho (1982, p. 19), publicidade registral consiste em:

[...] o duplo efeito de construir o direito real e de anunciá-lo a terceiros. Antes da publicidade, o ato cria obrigações entre as partes, mas, uma vez efetuada, perfaz a mutação jurídico-real, investindo a propriedade ou o direito real na pessoa do adquirente e, ao mesmo tempo, tornando o direito oponível a terceiros.

A publicidade registral dá-se com o registro do título hábil, pois uma vez que a escritura pública se mostra apta para a inscrição no fólio real, e por consequência admissível e inscritível, dá-se o fenômeno registral oponível erga omnes¹⁸, desde a apresentação do título formal no protocolo (Art. 186, da Lei 6.015/73 e Art. 1.246, do CC), tendo em vista que no registro imobiliário às pessoas tem o direito de conhecer o estado jurídico do imóvel, tais como sua especialização, direitos reais, restrições ambientais, urbanísticas etc.

A publicidade registral vincula a causa de aquisição do direito real inscrito, tendo relação direta com o princípio da fé pública registral, uma vez que se o negócio jurídico for nulo, nulo será o registro que deu origem, salvo direitos de terceiro de boa-fé que adquiriu o imóvel confiando no sistema registral.

Contudo, tal publicidade não é absoluta, uma vez que determinadas informações que chegam a seus arquivos são sigilosas e devem assim permanecer, a exemplo das cartas de sentenças extraídas de processos de separação judicial que contenham peças protegidos por segredo de justiça.

Por certo que a publicidade na transferência, limitação e afetação da propriedade imobiliária mostra-se imprescindível para a segurança jurídica dos negócios imobiliários, uma vez que se trata de direitos reais oponíveis *erga omnes*, há que se instituir mecanismos que torne pública a titularidade do imóvel, assim como a existência de ônus e gravames que incidem sobre ele.

Nesse sentido, Loureiro (2017, p. 513) escreve que a publicidade possui um triplo aspecto. No primeiro aspecto, o registro é público porque é uma atividade que corresponde ao Estado. Em um segundo aspecto, o registro é público porque o acesso a ele é assegurado a todos os membros da sociedade, seja para conhecer o conteúdo dos assentos registrais, seja para incluir no sistema o direito real imobiliário do qual é titular.

Em um terceiro aspecto, o registro é público, dado que tem por finalidade garantir a segurança, a autenticidade e a eficácia das relações jurídicas entre particulares.

Destarte, a publicidade deve compreender dois pressupostos para que possa contribuir para a segurança jurídica do sistema registral.

O primeiro pressuposto da publicidade é a presunção de veracidade do registro, tendo em vista que a publicidade supõe disponibilizar aos interessados a verdade oficial. Assim, a lei estabelece a presunção de que aquilo que consta do registro é verdadeiro. Caso não seja, o interessado pode reclamar que se retifique ou anule (art. 1.247 do Código Civil), uma vez que, ausente a presunção de veracidade, mesmo que relativa, não haveria como garantir a segurança das relações jurídicas imobiliárias. (Loureiro, 2017, p. 513).

O segundo pressuposto da publicidade é a publicidade formal, que correspondente à possibilidade, mas não a obrigatoriedade, da consulta ao registro, haja vista que as normas registrais não impõem o conhecimento dos dados publicados, bem como não se exige de ninguém a consulta do registro.

A lei considera que é pública a informação cujo teor é tornado acessível a todos. Ou seja, a publicidade formal significa que o registro é público no sentido de que, em geral, qualquer pessoa pode ter acesso às informações nele contidas, não sendo necessário consulta ao registro para que se dê efetividade à publicidade, requerendo apenas que a situação jurídica seja disponibilizada no sistema registral (Loureiro, 2017, p. 513).

No magistério de Afrânio de Carvalho (1982, p. 19):

O Direito Brasileiro, desde a Lei Imperial de 1864, outorga à publicidade registral o duplo efeito de constituir o direito real e de anunciá-lo a terceiros. Antes da publicidade, o ato cria obrigações entre as partes, mas, uma vez efetuada, perfaz a mutação jurídico-real, investindo a propriedade ou o direito real na pessoa do adquirente e, ao mesmo tempo, tornando o direito oponível a terceiros.

Assim, o princípio da publicidade justifica-se facilmente pela necessidade de dar a conhecer à coletividade a existência dos direitos reais sobre imóveis, uma vez que ela tem de respeitá-los. Quando duas pessoas ajustam uma relação real imobiliária, esta transpõe o limite dual e atinge a coletividade por exigir a observância geral (erga omnes).

Em face do princípio da publicidade todos podem e, em alguns casos, devem saber da situação jurídica do imóvel registrado.

2.2 Princípio da Inscrição

Pelo princípio da inscrição, a transmissão de direito real por ato inter vivos somente se opera mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis (KONNO, 2010, p. 43).

Em outros termos, significa dizer que a constituição, transmissão, modificação ou extinção dos direitos reais sobre imóveis só se operam entre vivos, mediante sua inscrição no registro. Ainda que uma transmissão ou oneração de imóveis haja sido estipulada negocialmente entre particulares, em verdade, só se consumará para produzir o deslocamento da propriedade do de direito real do transferente ao adquirente pela inscrição, por indicação expressa prevista no atual Código Civil:

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.

Denota-se que a alienação de bens imóveis dar-se-á em dois momentos distintos: o título, que exprime uma manifestação de vontade; e do registro, o qual que formaliza tal ato, atentando-se que a transferência *causa-mortis*, também dependerá da inscrição.

Nesse sentido, Afrânio de Carvalho (1977, p. 191) considera dois enfoques oriundos deste princípio: o primeiro, constitutivo uma vez que se relaciona com o surgimento do direito real. O segundo, declarativo, que visa publicar o ato jurídicos produzindo seus efeitos, tutelando o patrimônio alcançado pelo registro.

2.3 Princípio da Legalidade

Pelo princípio da legalidade, o registrador deve examinar o título apresentado e fazer uma apreciação quanto à forma, validade e, principalmente, conforme a lei.

Nesse sentido, segundo Loureiro (2017, p. 547), a legalidade aplica-se a todo procedimento registral, mas tem seu ápice no denominado exame de qualificação: no qual o registrador faz o controle da legalidade do título submetido a registro, sendo que, no respeitante ao exame do documento, o fundamento do princípio da legalidade se funda

na necessidade de que os assentos registrares correspondam à realidade externa ao registro, com vistas a se evitar que possam ingressar no fôlio real documentos eivados de vícios de validade ou de autenticidade.

Assim, ao receber o título para registro, antes mesmo do oficial examinar o título sob a luz dos demais princípios registrares, mister que o analise, antes de tudo, sob o aspecto legal, e isto deverá ser realizado levando-se em conta se:

- a) o imóvel objeto da relação jurídica integrante do título, faz parte de sua circunscrição imobiliária;
- b) o título que lhe é apresentado se reveste das formalidades legais exigidas por lei;
- c) os impostos devidos foram devidamente recolhidos;
- d) as partes constantes do título estão corretamente qualificadas e representadas.

Todavia, mesmo passando por esse controle da legalidade, o título, somente por ter sido registrado, não se liberta de eventuais vícios que o maculem, podendo vir a ser anulado, com repercussões no correspondente registro:

Na verificação da legalidade dos títulos que lhe são apresentados, não poderá o oficial ir além dos limites estabelecidos em lei, em razão até mesmo, da função pública que este exerce, devendo se ater à análise dos aspectos formais do título.

Ademais, este princípio impede o ingresso no Cartório de Registro de Imóveis de títulos inválidos ou imperfeitos, contribuindo, desse modo, para a concordância do mundo real com o mundo registral.

Por fim, vale dizer que o exame prévio da legalidade dos títulos objetiva estabelecer a correspondência constante entre a situação jurídica e a situação registral, de modo que o público possa confiar plenamente no registro, tendo em vista que a verificação da legalidade e da validade do título e a efetivação de seu registro, é uma regra implícita e subtendida no art. 198 da Lei 6.015/73.

No entendimento de Valmir Pontes (1982, p. 98), o exame da legalidade lastreia-se em todo o sistema registral, sendo efetivado mediante o exame de qualificação do título apresentado.

Nesse sentido, qualquer que seja a natureza do título (escritura pública, instrumento particular, título judicial, título administrativo), está sujeito à qualificação

registrária. É atribuição do oficial registrador proceder à qualificação do título, ainda que se trate de mandado ou carta de sentença extraída da ação judicial (Loureiro, 2017, p. 550).

2.4 Princípio da Instância ou da Rogação

O princípio da instância, insculpido no artigo 13 da Lei 6.015/73, estabelece que os atos praticados no registro predial dependem de solicitação ou instância do interessado ou de autoridade:

Art. 13. Salvo as anotações e as averbações obrigatórias, os atos do registro serão praticados:

I - por ordem judicial;

II - a requerimento verbal ou escrito dos interessados;

III - a requerimento do Ministério Público, quando a lei autorizar.

Consoante art. 246, § 1º da Lei 6.015/73, quando se pretende a realização de um ato de registro, a provocação se dá apenas pela apresentação do título, ao passo que nas hipóteses de averbação, deve ser apresentado requerimento com a firma reconhecida do interessado.

Apesar de ser necessário provocar, o ato não exige o interesse somente do titular de direito real, mas de qualquer pessoa, desde que faça o requerimento com os documentos hábeis, como prevê o artigo 217 da LRP, que prescreve que o registro e a averbação poderão ser provocados por qualquer pessoa, incumbindo-lhe as despesas respectivas.

Vê-se, do comando legal, que apenas a provocação é que pode ser feita por qualquer pessoa. O ato só é praticado se atendidas as anotações legais. Nesse caso, por exemplo, embora qualquer pessoa possa apresentar no protocolo o requerimento de unificação de dois lotes, para que se possa lançar nas matrículas dos imóveis, averbandose o encerramento delas e abrindo-se uma nova matrícula para o imóvel unificado, é necessário haver autorização do município, bem como que os imóveis serem contíguos e pertençam aos mesmos proprietários (art. 234 da LRP).

Contudo, o disposto no artigo 246, § 1º da Lei 6.015/73 limita o artigo mencionado, no que diz respeito:

(1) a averbação dos nomes dos logradouros, decretado pelo Poder Público (art. 167, II, n. 13, da Lei 6.015/73); e

(2) a retificação de registro ou averbação nas hipóteses do art. 213, da Lei de Registros Públicos: a) omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título; b) indicação ou atualização de confrontação; c) alteração de denominação de logradouro público, comprovada por documento oficial; d) retificação que vise à alteração de rumos, ângulos de deflexão ou inserção de coordenadas georreferenciadas, em que não haja alteração de medidas perimetrais; e) alteração ou inserção de dado que resulte de mero cálculo matemático a partir das medidas do perímetro que já constem do registro; f) reprodução de descrição de linha divisória de imóvel confrontante que já tenha sido objeto de retificação; e g) inserção ou modificação dos dados de qualificação pessoal das partes, comprovadas por documentos oficiais.

Relativa à função notarial, também denominado como rogatório, este princípio determina ainda, que o notário não pode agir de ofício, ou seja, sozinho, necessitando ser provocado pela parte interessada para a realização do ato, uma vez que a função notarial é oferecida a todos que dela necessitem (BRANDELLI. 2011, p. 185).

Destarte, a inscrição dos títulos no registro poderá ser pedida indistintamente pelo adquirente do direito; pelo transmitente do direito; por quem tenha interesse em assegurar o direito que deva ser inscrito ou pelo representante legal de qualquer deles.

Portanto, em regra, o registrador ou notário não podem praticar os atos por mera liberalidade, necessitam de requerimento autorizando expressamente a prática do ato, salvo os previstos na legislação em vigor, como por exemplo, a denominação de rua ou avenida, podendo a autorização ser verbal.

2.5 Princípio da Fé Pública

O princípio da fé pública significa que o adquirente de um direito real sobre um bem imóvel inscrito no Registro de Imóveis deve ser protegido em sua aquisição, mesmo quando não existe exatidão no registro, ou mesmo quando passível de nulidade, por força da presunção *iuris et de iure* que goza tal princípio.

Nesse sentido, a existência do direito registrado ou a inexistência do direito cancelado prevalece absolutamente em relação ao terceiro de boa-fé que, com base na confiança nos assentos do Registro de Imóveis, celebrou o negócio jurídico com o titular aparente.

No entender de Loureiro (2017, p. 580), a fé pública ampara apenas os direitos que são inscritos, não os fatos a eles ligados. Dessa forma, a eventual inexatidão destes não se convalida em favor do titular inscrito, por ficar fora do abrigo do princípio ora

analisado. Sempre que a verdade registral não coincidir com a verdade real, o registro deve ser retificado para que reflita aquilo que se verifica no mundo real.

A fé pública registral abrange todas as soluções jurídicas levadas a registro, ou seja, acolhe a existência dos direitos reais registrados e nega os direitos reais e proibições não registrados.

Isso porque, o título, *per se*, não prova o domínio. A propriedade se adquire pelo registro, pois “quem não registra não é dono”.

Nesse sentido, preleciona Afrânio de Carvalho (1982, p. 211-212):

... a fé pública tem a sua influência limitada aos negócios jurídicos, vale dizer, aos acordos de vontades ajustados entre partes, os quais constituem a tessitura do tráfico imobiliário. Fora desse círculo negocial, a fé pública não opera, o que equivale a dizer que não protege as aquisições de direitos advindos de atos judiciais, que ficam assim a descoberto. Noutras palavras, é mais segura a aquisição, onerosa por escritura pública outorgada pelo proprietário do imóvel do que por arrematação judicial em execução que lhe for movida.

No entanto, o registro também, por si, não faz prova bastante do domínio, porque não é ele ato originário, como é o título, mas derivado desse título, que poderá conter vício insanável.

A prova do domínio, no sistema brasileiro, é feita com o título registrado, do qual decorre, quer entre as partes contratantes, quer perante terceiros de boa ou de má fé, uma presunção relativa de domínio, a qual irá prevalecer até prova em contrário, ou seja, o registro produz todos os efeitos legais, enquanto não for cancelado, ainda que se prove que o título foi desfeito, anulado, extinto ou rescindido (art. 252 da Lei 6.015, c/c o art. 859 do CC).

2.6 Princípio da Prioridade

O princípio de prioridade significa que, num concurso de direitos reais sobre um imóvel, estes não ocupam o mesmo posto, mas se graduam ou classificam por uma relação de precedência fundada na ordem cronológica do seu aparecimento: *prior tempore potior jure*. Conforme o tempo em que surgirem, os direitos tomam posição no registro, prevalecendo os anteriormente estabelecidos sobre os que vierem depois (CARVALHO. 1982, p. 191).

Trata-se de um princípio explícito no art. 186 da Lei de Registros Públicos, *in verbis*.

Artigo 186. O número de ordem determinará a prioridade do título, e esta a preferência dos direitos reais, ainda que apresentados pela mesma pessoa de um título simultaneamente.

Desse modo, a prioridade é determinada pelo momento da apresentação do título para registro, ou seja, a propriedade, no Direito Registral Imobiliário, é garantida pela ordem cronológica na apresentação dos títulos. Para assegurá-la, o oficial, logo após a entrega de qualquer documento, dará ao apresentante um recibo, indicando expressamente a data da apresentação e o número de ordem que lhe foi conferido. O título, assim entregue, será examinado quanto a sua legalidade e a sua validade, fazendo-se o registro quando em conformidade com a lei. O que importa para determinar a prioridade não é a preeminência do direito, mas a data da apresentação do título no fôlio real.

Desse modo, o negócio jurídico do acordo se mostra eficaz a partir da data da protocolização, desde que o registro seja exitoso. A mera protocolização sem a ocorrência da transcrição, sejam quais as razões existentes, abstrai a eficácia presumida a partir da prenotação no fôlio real.

No magistério de Loureiro (2017, p. 570):

A única exceção ao princípio da prioridade está prevista no art. 1.495 do Código Civil: quando for protocolada escritura de hipoteca que mencione a constituição de hipoteca anterior ainda não registrada, o registrador deverá suspender o registro pelo prazo de trinta dias, a fim de possibilitar que o interessado promova a inscrição da garantia precedente. Decorrido o trintídio sem a apresentação do título anterior, será registrada a hipoteca posterior, que obterá preferência. Tem-se considerado que o Estatuto do Idoso não contém exceção ao princípio da prioridade ou preferência registral: o idoso tem preferência no atendimento dos serviços em geral, devendo ser atendido prioritariamente nos balcões ou guichês de pedido e recebimento de certidões e outros documentos, mas não no protocolo de título, que deve observar estritamente a ordem de chegada, isto é, da apresentação do título para prenotação.

No entanto, o princípio da prioridade também sofre restrições impostas pelas regras de Direito Tributário ao estabelecer no art. 186 do Código Tributário Nacional, que o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza e o tempo de constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho.

Contudo, é certo que no Cartório de Registro de Imóveis, o direito de preferência ou prioridade se materializa por intermédio do acesso ao registro do documento que contém um direito real imobiliário: o título que é prenotado em primeiro lugar tem prioridade no registro em relação aos títulos que materializam direitos reais contraditórios sobre o mesmo imóvel, protocolados posteriormente.

2.7 Princípio da Especialidade

O requisito registral da especialização do imóvel, vertido no fraseado clássico do direito, significa a sua descrição como corpo certo, a sua representação escrita como individualidade autônoma, com o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível e, portanto, heterogêneo em relação a qualquer outro. O corpo certo imobiliário ocupa um lugar determinado no espaço, que é o abrangido por seu contorno, dentro do qual se pode encontrar maior ou menor área, contanto que não sejam ultrapassadas as raias definidoras da entidade territorial (Afrânio de Carvalho, p. 247).

O princípio da especialidade visa a resguardar o Registro Imobiliário de equívocos que possam confundir as propriedades, causando embaraço à rápida consulta dos títulos, de modo que não havendo possibilidade de confundir-se um imóvel com outro, está atendido o princípio da especialidade.

2.8 Princípio da Disponibilidade

O direito de propriedade se relaciona ao direito de usar, gozar, fruir e dispor da coisa, como regulamenta o artigo 1228 do Código Civil. O direito de dispor se traduz na faculdade de transferir o imóvel para terceiro, por meio de venda, permuta, doação ou ainda, gravar com ônus real através do compromisso de compra e venda, da hipoteca ou pelo usufruto.

Desta forma, ninguém pode transferir mais direitos do que os constituídos no registro imobiliário, devendo este princípio ser observado em relação ao imóvel, no que diz respeito à sua disponibilidade física ou material, como também à disponibilidade jurídica quanto aos contratantes, projetando-se sobre estes o direito de propriedade.

No contexto, o artigo 172 da Lei de Registros Públicos discorre:

Art. 172 - No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, " *intervivos*" ou " *mortis causa*" quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.

Assim, a análise da disponibilidade visa assegurar que ninguém possa dispor do que não tem, ou no dizer dos latinos, *Nemo dat quot non habet*, cuja ideia de disponibilidade é dissociada da titularidade do direito real e da necessidade do registro, mesmo porque decorrente do artigo 859 do Código Civil, presume-se pertencer o direito real à pessoa em cujo nome se inscreveu ou transcreveu.

Ao tratar do registro e disponibilidade, Valmir Pontes (1982, p. 30-31) ensina que não poderá ser aceito para registro ato de alienação ou oneração fundado em divisão ou partilha, sem que estes estejam registrados, em razão de que, somente pode transferir a propriedade, a pessoa que tem o imóvel registrado em seu próprio nome e ainda, o imóvel somente estará disponível se não existir sobre ele qualquer gravame ou ônus. Do contrário, a disponibilidade do imóvel estará comprometida.

2.9 Princípio da Continuidade

O princípio da continuidade está consagrado no artigo 195 da LRP:

Art. 195 - Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro.

Tal princípio consiste no encadeamento de titulares do direito a ser levado ao fôlio real, ou em outras palavras, para que se possa transferir a outrem direito há que se ter o registro do título anterior, de forma que deve haver um encadeamento de atos de registro para que ninguém que não seja o proprietário do imóvel possa aliená-lo.

Segundo o princípio da continuidade, nenhum registro pode ser efetuado sem a prévia menção ao título anterior, constituindo, assim, a eficácia normal do registro. Nesse sentido, cada assento registral deve apoiar-se no anterior, formando um encadeamento cronológico e ininterrupto das titularidades de cada imóvel, concatenado na sucessiva transmissão dos direitos imobiliários.

Para Afrânio de Carvalho (1982, p. 304-305):

O princípio de continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individualizado, deve existir uma cadeia de titularidades à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente.

Esse princípio conexiona-se com o da especialidade, uma vez que, determinado imóvel, devidamente individualizado, deve existir uma cadeia de atos, cuja titularização se procede com a inscrição do direito no registro. Na medida em que cada ato possua uma procedência no anterior, possibilita num elo intangível de atos que não poderá ser quebrado.

No ensinar de Konno (2010, p. 38), essa continuidade é ampla, exigindo o encadeamento com relação a todos os aspectos que tenham repercussão no registro, tanto quanto às pessoas e descrição do imóvel, quanto aos direitos envolvidos no ato.

Em síntese, pode-se afirmar sobre este princípio que:

- a) nenhum título merece acesso ao fôlio real se o anterior não estiver registrado;
- b) a continuidade é uma cadeia de titularidades envolvendo certo e determinado imóvel;
- c) ninguém pode transmitir ou onerar sem o registro do respectivo título aquisitivo.

2.10 Princípio da Unitariedade

O princípio da unitariedade da matrícula, acostado no artigo 176, §1º, I, da LRP, consiste que a todo imóvel deve corresponder uma única matrícula, isto é, um imóvel não pode ser matriculado mais de uma vez. Ainda, a cada matrícula deve corresponder um único imóvel, em outras palavras, significa dizer que não é possível que a matrícula descreva e se refira a mais de um imóvel.

Desse modo, não pode ser descerrada matrícula de parte ideal do imóvel, sendo indispensável, para a alienação ou oneração dessa parte ideal, que a matrícula seja do imóvel todo e aberta em nome de todos os proprietários, pois a matrícula é o cerne do Registro Imobiliário, tendo Ceneviva (2001, p. 341) relatado que:

A matrícula é o núcleo do registro imobiliário. Seu controle rigoroso e a exatidão das indicações que nela se contiverem acabarão dando ao assentamento da propriedade imobiliária brasileira uma feição cadastral. Cada imóvel (artigo 176, * 1o., I, da LRP) indica a individualidade rigorosa da unidade predial. Na sistemática da lei, cada é interpretado em sentido estrito, indicando prédio matriculado, estremando-o de dúvidas dos vizinhos. Tratando-se de imóveis autônomos, mesmo negociados em um só título, cada um terá matrícula individual".

"Um ilustrativo exemplo da aplicação desse princípio na prática ocorre no registro de alienação de uma casa de vila e concomitantemente da fração ideal do terreno que constitui a passagem que lhe dá acesso. Nessa hipótese devem-se abrir duas matrículas: uma para a casa e outra para o terreno que corresponde à passagem, esta segunda em nome dos titulares das frações ideais que compõem o todo. E, em seguida, em cada uma das matrículas, proceder-se-á o registro da alienação: o da casa e o da quota parte ideal da passagem."

Além dos princípios retromencionados, existem outros importantes, que não foram objeto desta pesquisa.

3 Conclusão

O Direito registral imobiliário consiste no conjunto de princípios e normas destinados a regular a função do sistema de registro de imóveis, tendo por objeto a publicidade da propriedade de bens imóveis e de outros direitos reais imobiliários, como também, diminuir o risco dos adquirentes de imóveis ou direitos a eles relativos.

Os serviços notariais e de registro têm por finalidade garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ou seja, os serviços notariais e registrais visam garantir a segurança jurídica de certos atos, sendo tutelados pelos princípios da publicidade registral, legalidade, inscrição, instância ou da rogação, legalidade, da fé pública, da prioridade, da especialidade, da disponibilidade, da continuidade, da unitariedade, além de outros.

Por meio do sistema de registro de imóveis se dá a obtenção da aquisição da propriedade inter vivos, uma vez que o contrato, a título oneroso ou gratuito produz apenas efeitos pessoais ou obrigacionais, conferindo-se direitos reais apenas com o registro no órgão estatal, assumindo importância a confiança no sistema para garantida da segurança jurídica na propriedade privada e nos negócios envolvendo bens imóveis.

Para tanto, no ordenamento jurídico brasileiro, existem vários sistemas registrais com diferentes finalidades, como o sistema registral comum (obrigatório para todos os negócios jurídicos envolvendo a propriedade de bens imóveis e outros direitos reais, sendo regulado pela Lei 6.015/73), o Sistema Torrens (facultativo, regulado pela Lei 6.015/73, gerando o registro no sistema certeza absoluta do direito real adquirido), o Sistema de Propriedades Públicas, o Sistema de Aquisição de Imóveis Rurais por Estrangeiros, o Sistema de Cadastro Ambiental Rural (CAR), além de outros.

O funcionamento do Sistema Registral Imobiliário de cada país tem reflexos diretos em sua economia, tendo em vista que objetiva garantir segurança jurídica nas transações sobre direitos reais e, como consequência disto, fomenta a segurança do crédito por meio da proteção aos direitos reais de garantia, gerando negócios e desenvolvimento, que levam ao aquecimento da economia.

Para tanto, faz-se necessário que, diante das especificidades e dos fins legalmente previstos, que além o imóvel seja objeto de registro obrigatório no sistema registral comum regulado pela Lei 6.015/73, bem como de registro em outros sistemas registrais obrigatórios (CAR, imóveis públicos, imóvel rural de estrangeiros) ou facultativo (Registro Torrens).

Isso porque sem um sistema de registro de imóveis confiável e seguro, nenhuma segurança se trará à propriedade privada ou pública, potencializando os conflitos inerentes aos direitos reais que incidem sobre bens imóveis, suas garantias creditícias e os ônus que possam sobre eles incidirem.

Referências

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO/AGU. Parecer AGU/LA-04/94, de 7 de junho de 1994.

_____. AGU. Parecer GQ – 181. Reexame do Parecer AGU/LA-04/94. Disponível em <https://sistema.planalto.gov.br/asprevweb/exec/parecerAGU181.cfm>.

_____. Parecer LA- 01. Parecer CGU/AGU 01/2008-RVJ, de 03 de setembro de 2008. <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas>.

_____. AGU. Parecer GQ – 104. Parecer AGU/LA-01/96, de 29 de fevereiro de 1996. <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas>.

_____. Parecer GQ-22/94. <http://ww.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/>.

_____. AGU. Parecer AGU/LA-01/97, de 17 de março de 1997. <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas>.

_____. AGU. Parecer nº LA 01, de 19 de agosto de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AGU/PRC-LA01-2010.htm.

ANGOTTI, José André Peres. AUTH, Milton Antonio. Ciência e tecnologia: implicações sociais e o papel da educação. *Ciência & Educação*, v.7, n.1, p.15-27, 2001.

BORGES, P. Torminn. O imóvel rural e seus problemas jurídicos. São Paulo: Saraiva, 1976.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do Direito Notarial*. São Paulo: Saraiva, 2011, 4ª Ed.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>.

_____. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>

_____. Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>

_____. Lei 5.709, de 7 de outubro de 1971. Regula a Aquisição de Imóvel Rural por Estrangeiro Residente no País ou Pessoa Jurídica Estrangeira Autorizada a Funcionar no Brasil, e dá outras Providências. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>.

_____. Lei 5.972, de 11 de dezembro de 1973. Regula o procedimento para o registro da propriedade de bens imóveis discriminados administrativamente ou possuídos pela União. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>

_____. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>

_____. Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>

_____. Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>

_____. Lei 9.636, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nos 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>

_____. Lei 10.267, de 28 de agosto de 2001. Altera dispositivos das Leis nºs 4.947, de 6 de abril de 1966, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.739, de 5 de dezembro de 1979, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

_____. Lei 11.481, de 31 de maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis nos 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis nos 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

_____. Lei 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>

_____. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>

_____. Decreto 74.965, de 26 de novembro de 1974. Regulamenta a Lei nr. 5.709, de 7 de outubro de 1971, que dispõe sobre a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no País ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil. Disponível em <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>

_____. Portaria Interministerial n. 4, de 25 de fevereiro de 2014. Disponível em <http://www.Incra.gov.br/estrutura-fundiaria/regularizacao-fundiaria/aquisicao-e-arrendamento-de-terras-por-estrangeiro/file/1845-portaria-interministerial-n-04-de-25-02-2014-agu-la>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2008.

CARVALHO, Afrânio de. Registro de Imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei nº 6015, de 1973, com as alterações da Lei nº 6.216, de 1975. 2º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. Registro de Imóveis. Forense, Rio, 1982.

_____. A matrícula no registro de imóveis. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). Direito registral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. VI (Coleção Doutrinas Essenciais).

_____. Registro de imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei n. 6.015, de 1973, com as alterações da Lei n. 6.216, de 1975. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

CARVALHO, Edson Ferreira de. Manual Didático de Direito Agrário. Paraná: Juruá Editora Ltda., 2010.

CENEVIVA, Walter. Lei dos Registros Públicos Comentada, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CNJ. PROVIMENTO Nº 43, DE 17 DE ABRIL DE 2015. <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2935>. Acesso em 28 de julho de 2017.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Sistemas de Registros de Imóveis. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUGUIT, Léon. Fundamentos do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone Editora, 1996.

GODOY, Luciano de Souza. Direito Agrário Constitucional: o regime da propriedade. São Paulo: Atlas, 1998.

Serra, Márcio Guerra e Monete Hipólito. Registro de imóveis 1: parte geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA/INCRA. Instrução Especial do INCRA n. 50, de 26 de agosto de 1997. Fixa valores e normas gerais para a implementação do Crédito Instalação aos beneficiários dos projetos da Reforma Agrária. Disponível em <http://www.Incra.gov.br/institucional/legislacao--/atos-internos/instrucoes>.

_____. INCRA. Instrução Normativa n. 76/2013, do INCRA. Dispõe sobre a aquisição e arrendamento de imóvel rural por pessoa natural estrangeira residente no País e pessoa

jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil, e dá outras providências Disponível em <http://www.Incra.gov.br/institucional/legislacao--/atos-internos/instrucoes>.

_____. INCRA. Instrução Especial do Incra 50, de 26 de agosto de 1997. Disponível em <http://www.Incra.gov.br/institucional/legislacao>.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos: Teoria e Prática. Salvador: Editora Juspodium, 2017.

KONNO, Alyne Yumi. *Registro de Imóveis. Teoria e Prática*. 2ª Ed. São Paulo. 2010. Memória Jurídica.

OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Publicidade registral imobiliária. São Paulo: Saraiva, 2010.

PILATI, José Isaac. Propriedade e Função Social na Pós-Modernidade. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 39.

PONTES, Valmir. Registro de Imóveis, Saraiva, São Paulo, 1982.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 1º volume. Saraiva, 1969.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NOVOS CONTORNOS DA BUSCA PESSOAL A PARTIR DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

THAIS PASTOR DE AMORIM SIQUEIRA:
Graduada em Direito na Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul¹⁹⁹.

RESUMO: No presente artigo, procurou-se abordar a questão relativa aos limites à atuação policial lastreada no art. 244, CPP, a partir da recente jurisprudência do STJ sobre o tema.

1.INTRODUÇÃO.

A aplicação do art. 244 do Código de Processo Penal encontra sérios desafios práticos: de um lado, as buscas pessoais são recorrentes no dia a dia das polícias, de outro, sua utilização indiscriminada pode acarretar violações ao direito à intimidade dos cidadãos.

A vagueza da redação do dispositivo legal, por seu turno, contribui para a dificuldade de definição de parâmetros seguros para equilibrar, de um lado, a necessidade de realização da busca pessoal e, de outro, o direito à intimidade e liberdade dos indivíduos.

A recente jurisprudência do STJ vem se esforçando para definir limites à atuação policial lastreada no art. 244, CPP. Esse é o tema que será enfrentado no presente artigo.

2.O ARTIGO 244, CPP E A RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

O art. 244 do Código de Processo Penal trata da possibilidade de busca pessoal, sem mandado. São três as hipóteses autorizadas pelo artigo: no caso de prisão, caso haja fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Das três hipóteses, sem dúvida, a que abre mais margem para discricionariedade da atuação policial, pela vagueza da sua redação, é a segunda: a fundada suspeita.

199 E-mail: thaispastorsiqueira@gmail.com

Diante da dificuldade em se definir o que seria “fundada suspeita”, o legislador acabou com conferir enorme poder aos agentes policiais na “escolha” daqueles sujeitos que serão abordados e, por via de consequência, sujeitos ao processo de criminalização. Trata-se de faceta do que Zaffaroni e Nilo Batista chamaram de criminalização secundária, que, segundo os professores, é sempre seletiva “em razão da vulnerabilidade do candidato”²⁰⁰.

É verdade que, pelo menos no campo teórico, parte da doutrina sempre demonstrou esforço em delimitar o âmbito de discricionariedade policial tentando definir limites à interpretação do termo “fundadas suspeitas”. Doutrinadores tradicionais costumavam apontar que a “fundada suspeita” não está caracterizada apenas com pressentimento, intuição ou tirocínio policial²⁰¹⁻²⁰².

A prática, porém, sempre revelou as dificuldades no controle desses limites, e a jurisprudência sempre se mostrou permissiva com as buscas e apreensões realizadas com base na alegada fundada suspeita.

A jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, contudo, tem enfrentado a questão com o rigor que o tema merece.

Em precedente divulgado no informativo nº 735, de 9 de maio de 2022²⁰³, o STJ estabeleceu alguns *standards* para busca pessoal baseada no art. 244, CPP. Na

²⁰⁰ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; et. al., Alejandro. Direito Penal Brasileiro, v. 1, 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 51: “a seletividade é estrutural e, por conseguinte, não há sistema penal no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato, sem prejuízo de que, em alguns, esta característica estrutural atinja graus e modalidades aberrantes”.

²⁰¹ Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci escreve: Outro ponto fundamental para legitimar a busca pessoal é haver fundada suspeita. Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige que seja fundada a suspeita, o que é mais concreto e seguro. Assim, quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver. *In* Manual de processo penal / Guilherme de Souza Nucci. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 313

²⁰² No mesmo sentido, Renato Marcão: “Qualquer que seja a hipótese, a dispensa de mandado só restará autorizada diante de fundada suspeita, e não mera intuição ou capricho policial despido da necessária preocupação que se deve ter com a integridade das garantias fundamentais dispostas objetivamente na Carta Política” *in* Código de processo penal comentado, São Paulo: Saraiva, 2016., p. 280.

²⁰³ Trata-se do RHC nº 158.580/BA, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, v.u., j. 19/04/2022.

ocasião, assentou que “A mera alegação genérica de ‘atitude suspeita’ é insuficiente para a licitude da busca pessoal”.

No mesmo julgado, o STJ manifestou o entendimento de que o art. 244, CPP, não é “salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias”, também chamadas de *fishing expeditions*, baseadas apenas em suspeições genéricas. Afirmou, ainda, que o referido artigo “não autoriza buscas pessoais praticadas como *rotina* ou *praxe* do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação concreta”.

Estabeleceu, ainda, que denúncias anônimas não são fundamento idôneo para justificar a busca pessoal e que a descoberta de ilícito durante a busca não convalida a busca ilegal, na medida em que a fundada suspeita tem que ser aferida com base na situação anterior à diligência.

Desde então, a jurisprudência do Tribunal Superior parece se firmar nesse sentido e vem traçando, casuisticamente, hipóteses em que considera não haver fundada suspeita que justifiquem a busca pessoal.

Nesse sentido, o STJ já decidiu que aparentar nervosismo²⁰⁴ não configura fundada suspeita. Da mesma forma, o simples fato de o réu já ser conhecido dos policiais²⁰⁵ pela suposta prática de crimes na região não é suficiente para justificar a busca pessoal.

Na mesma toada, o fato de o réu se abaixar e mexer na vegetação²⁰⁶, se levantar abruptamente ao avistar a polícia²⁰⁷, guardar sacola plástica²⁰⁸ embaixo do banco do carro, ou dispensar objeto não identificado ao avistar a polícia²⁰⁹, não configuram fundada suspeita para os fins do art. 244, CPP.

²⁰⁴ Nesse sentido, confira-se: STJ, AgRg no HC n. 760.401/GO, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023. E, ainda: HC n. 830.071/PR, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 18/8/2023.

²⁰⁵ HC n. 812.559/RJ, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 18/8/2023.

²⁰⁶ STJ, AgRg no HC n. 791.981/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 17/8/2023.

²⁰⁷ STJ, AgRg no HC n. 815.461/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023.

²⁰⁸ STJ, AgRg no RHC n. 180.546/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 28/8/2023.

²⁰⁹ STJ, AgRg no RHC n. 173.021/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 18/8/2023.

Em outro importante julgado, levado ao STJ pela combativa Defensoria Pública mineira, o Tribunal considerou ilícita a abordagem e a revista pessoal de indivíduo que estava no shopping olhando as vitrines de lojas, segundo os policiais, de forma suspeita²¹⁰.

Nesse caso, o Ministro Relator Messoud Azulay – em sensível colocação – após registrar que o réu era pardo e trabalhava de servente de pedreiro, anotou a perniciosidade da prática a que tinha sido submetido o cidadão:

“O agravante era pardo (fl. 35) e trabalhava ocasionalmente como servente de pedreiro (fl. 353), não sendo difícil supor que chamasse atenção em área frequentada pela classe média mineira. Ao que tudo indica, **estamos diante do perverso fenômeno da criminalização da pobreza, em que a ação dos agentes de segurança pública é dirigida a cidadãos vulneráveis, não porque tenham efetivamente externalizado determinada conduta, mas porque apresentam características que despertam toda sorte de preconceitos.**”

Não é por outra razão que este Tribunal Superior, ao interpretar o art. 244 do Código de Processo Penal, firmou o entendimento de que a justa causa para a busca pessoal deve ser aferida objetivamente, cabendo às autoridades apontar, de forma concreta e fundamentada, os elementos considerados para se chegar ao juízo de probabilidade de que determinada pessoa esteja na posse de drogas, armas, objetos ou papéis que constituam corpo de delito”.

De fato, já nas razões de decidir do paradigmático RHC 158.580/BA, o Ministro Rogério Schietti havia apontado para necessidade de se evitar revistas indiscriminadas e repetições de práticas que refletem o racismo estrutural arraigado na sociedade brasileira²¹¹.

²¹⁰ STJ, AgRg no REsp n. 2.011.289/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 12/6/2023.

²¹¹ Cf. inteiro teor do acórdão, uma das razões para se exigir rígidos standards para revista pessoal seria: “evitar a repetição – ainda que nem sempre consciente – de práticas que reproduzem preconceitos estruturais na sociedade, como é o caso do perfilamento racial (racial profiling), reflexo direto do racismo estrutural” RHC nº 158.580/BA, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, v.u., j. 19/04/2022.

Pela importância das lições, algumas palavras do voto condutor merecem ser transcritas:

“Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos - diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas - pode fragilizar e tornar írritos os direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade (...)

A pretexto de transmitir uma sensação de segurança à população, as agências policiais - em verdadeiros ‘tribunais de rua’ - cotidianamente constroem os famigerados ‘elementos suspeitos’ com base em preconceitos estruturais, restringem indevidamente seus direitos fundamentais, deixam-lhes graves traumas e, com isso, ainda prejudicam a imagem da própria instituição e aumentam a desconfiança da coletividade sobre ela”.

É claro que o problema do racismo estrutural não se restringe às buscas pessoais motivadas pela cor da pele. Trata-se de um problema muito maior, que remonta à fundação do Brasil. Mas, parece claro que a definição de *standards* seguros de atuação para as polícias na revista pessoal contribui para mitigar a sua influência nos processos de criminalização secundária.

3.CONCLUSÃO.

Este artigo tratou da recente jurisprudência do STJ sobre a interpretação do conceito de “fundada suspeita” para fins do art. 244, do Código de Processo Penal.

Na pesquisa jurisprudencial realizada, pode-se notar uma tendência do STJ, a partir do julgamento do RHC 158.580/BA, em definir parâmetros objetivos para aferição da “fundada suspeita” autorizadora da busca pessoal.

Pelo que se pode constatar, o STJ, a partir do julgado paradigmático, vem estabelecendo padrões rígidos para limitação do subjetivismo no exercício da atividade policial que pode contribuir, inclusive, para mitigação dos efeitos do racismo estrutural na criminalização secundária.

Espera-se que, a partir dessas decisões do Tribunal Superior, os Tribunais de Justiça comecem a rever sua jurisprudência sobre o tema.

TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL E A LEI Nº 13.344/16

WENDY PAOLA SILVA DE FREITAS:

Graduanda do Curso de Direito, Centro
Universitário de Santa Fé do Sul - SP,
UNIFUNEC²¹²

RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA

(orientador)²¹³

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise dos preceitos do tráfico ilícito de seres humanos e suas diversas formas de exploração sexual, devido aos lucros obtidos pelos agentes criminosos às custas da atividade sexual imposta às vítimas. O estudo do tráfico de seres humanos e sua exploração sexual é de suma importância, pois representa uma violação dos direitos humanos, infringindo o Princípio da Dignidade Humana e comprometendo a liberdade individual das vítimas. crime na sociedade exige a adoção de políticas públicas eficazes e a implementação de leis mais rigorosas para combatê-lo. A pesquisa foi conduzida por meio de uma revisão de literatura que envolveu a análise de artigos científicos, legislações relevantes e estudos de autores renomados nacionais e internacionais. As análises bibliográficas foram realizadas para identificar as recomendações do crime de tráfico de pessoas no corpo social. Além disso, buscou-se contextualizar o panorama crítico desse crime e a crescente dificuldade em combatê-lo. As fontes foram selecionadas criteriosamente utilizadas com base em sua música e atualidade. Diante do crescente aumento do tráfico ilícito de seres humanos e suas formas de exploração sexual, este trabalho teve como propósito analisar sua importância na distinção da ocorrência e o culto de seu estudo para a sociedade.

Palavras-chave: Tráfico de Pessoas. Exploração Sexual. Lucro. Políticas Públicas. Liberdade Individual.

ABSTRACT: The present work aims to perform an analysis of the precepts of the illicit trafficking of human beings and their various forms of sexual exploitation. due to the profits from criminal agents at the expense of sexual activity imposed on the victims. The study of human beings and their sexual exploitation is of paramount importance, as it represents a violation of human rights, breaking the principle of human dignity and compromising the individual freedom of the victims. Crime in society requires the

212 E-mail: wendyfreitas19@gmail.com

213 Orientador Professor Mestre do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC, ricardogarciaadv@hotmail.com

adoption of effective public policies and the implementation of more rigorous laws to combat it. The research was conducted through a literature review that involved the analysis of scientific articles, relevant legislations and studies of national and international renowned authors. Bibliographic analyzes were performed to identify the recommendations of the crime of trafficking in people in the social body. In addition, we sought to contextualize the critical panorama of this crime and the growing difficulty in combating it. The sources have been selected carefully used based on your music and current. Faced with the growing increase in the illicit trafficking of human beings and their forms of sexual exploitation, this work aimed to analyze its importance in distinguishing the occurrence and worship of its study to society.

Keywords: Trafficking in Persons. Sexual Exploration. Profit. Public Policy. Individual Freedom.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa contribuir na discussão acerca do crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, vez que se trata de um crime real, que atinge uma grande parcela da população e necessita de visibilidade.

Em suas variadas formas, ferindo, principalmente, a dignidade humana, podemos perceber que não existe um padrão de aliciamento, tampouco característica própria quanto ao método de operação, objetos importantes que serão analisados.

O estudo está dividido em tópicos, inicia-se com o conceito de tráfico de pessoas, priorizando o conceito estabelecido pelo Protocolo de Palermo, posto como a primeira definição aceita no cenário internacional. Logo após, tem-se as formas do tráfico de exploração sexual, com uma análise à luz do Código Penal Brasileiro e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Na sequência, faz-se uma análise da Lei nº 13.344/16, que se baseia em três medidas, quais sejam: I) prevenção; II) repressão do ato; 3) proteção da vítima.

Dada a importante notoriedade do crime, bem como sua visibilidade, a exposição frequente do tema à imprensa, à opinião pública, aos particulares, aos governantes e líderes, é de suma importância para a discussão acadêmica, tendo em vista a dificuldade de se delimitar seus diferentes tipos de ação.

O trabalho foi desenvolvido utilizando-se a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos, e legislações, analisando o entendimento e as consequências sobre a temática.

2. CONCEITO DE TRÁFICO DE PESSOAS

O tráfico de pessoas é um crime muito aberto, porque dispõe de diversas faces, comedidas em diferentes finalidades. O foco mais comum é voltado a exploração sexual contra mulheres, crianças e pessoas de maior idade. No entanto, usualmente, é cometido para específico fim de remoção de órgãos, trabalho forçado e exploração sexual.

Crimes esse que constitui manifesta afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, a liberdade, o direito a privacidade, a segurança da pessoa e o direito a intimidade, conforme prevê o Decreto nº 5.017/2004, instrumento normativo que deu vigência no Brasil ao Protocolo de Palermo, conceitua o tráfico de pessoas como:

O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração (BRASIL, 2004, n.p.).

Segundo essa definição, o crime de traficar seres humanos possui três elementos constitutivos. O primeiro é atinente a forma: o transporte, recrutamento, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas. Já o segundo trata dos meios de consumação: ameaça ou uso da força, ou outras formas de coação, fraude, engano, rapto, abuso de autoridade ou entrega, ou situação de vulnerabilidade, ou aceitação de pagamentos, ou benefícios para obtenção da aceitação de um que tenha autoridade sobre outra. Por último, a finalidade, referente a diversas maneiras de exploração (RORIZ, 2021).

Os indivíduos traficados são iludidos por promessas e pelo difícil realismo econômico do local em que reside, induzido por falsas ofertas de emprego, melhoria na qualidade de vivência e o aumento da remuneração. Atualmente, as vítimas podem ser localizadas em diversas classes sociais e em divergentes áreas, urbanas e rurais (LEITE, 2021).

Nessa linha, o conceito de tráfico de pessoas também pode ser extraído das ideias de Gerry (2014), sendo a situação que a pessoa é retirada - por meio de violência ou coação, direta ou indireta - do círculo de convivência ou é retida neste e sujeita a práticas ligadas a prostituição, tráfico de órgãos ou tecido ou qualquer labor para fins de exploração. O agente violentador mantém a vítima em situação degradante e miserável, mas, por outro lado, alcança proveitos econômicos significativo.

Nos dizeres de Julia Ignacio (2018, n.p.):

O tráfico de pessoas consiste no ato de comercializar, escravizar, explorar e privar vidas, caracterizando-se como uma forma de violação dos direitos humanos por ter impacto diretamente na vida dos indivíduos. Se houver transporte, exploração ou cassação de direitos, o crime pode ser classificado como tráfico de pessoas, não importa se há supostamente um consentimento por parte da vítima.

No sistema penal nacional, o artigo 149, do Código Penal, tipifica a redução a condições análoga á de escravo, uma forma de tráfico internacional mas com finalidade específica. Consiste na ação de sujeitar qualquer ser humano a condições anormais e sobre humanas, por meio do trabalho forçado e jornada exaustiva, comprometendo seus direitos básicos ligados a liberdade de locomoção, ao mínimo existencial, a integridade física e mental. O mesmo tipo aduz outro núcleo, como o ato de manter vigilância ostensiva no local de trabalho ou restringe os documentos pessoais ou objetos do trabalhador, com objetivo de forçar sua ida ao trabalho (BRASIL, 1940).

A par dessas informações, cumpre observar, segundo levantamento realizado pelo instituto Politize (2018), o tráfico de pessoas é o terceiro negócio ilegal mais rentável na atualidade, só perdendo para o tráfico de drogas e armas, movimentando cerca de 32 bilhões de dólares no ano de 2019, 85% decorre da exploração sexual.

Relatório fornecido pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC), entre 2012 e 2014, captou cerca 63,2 mil vítimas de tráfico de pessoas em 106 países distribuídos pelo mundo. A maioria das vítimas são mulheres e crianças, frequentemente direcionadas a exploração sexual em outras nações (UNODC, 2013).

A demanda decorre de três grupos diferentes: os traficantes, atraídos pelos lucros exorbitantes; os empregadores, que querem tirar proveito da mão-de-obra ilegal; e por fim, os consumidores do trabalho realizado pelas vítimas. Todos equiparados ao mesmo nível de crueldade.

Suas causas são fatores que favorecem o Tráfico de Pessoas, e a partir do favorecimento, os lucros para os agentes criminosos crescem exorbitantemente a cada ano. Por gerar tanto lucro e por não tamanha visibilidade, mesmo se tratando da segurança pública, acaba por ser equiparado com a normalização, em razão da ausência de fiscalização rígida.

A respeito do conceito alçado, a exploração sexual, objeto da presente obra, consiste no domínio e abuso sobre o corpo de adultos, crianças e adolescentes, por

exploradores sexuais, sistematizados, em alguns casos, em conexos de consumo, local e mundial, ou por responsáveis legais, e por consumidores de mercadorias sexuais.

A partir daí, pode-se perceber que a prática da conduta delituosa cresce exponencialmente, sendo importante evidenciar a questão: “Quais as causas do tráfico de pessoas?”

3.FORMAS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

Segundo levantamento realizado pela ONU (Organização das Nações Unidas) em cada quadro pessoas traficadas no mundo, cerca de três são mulheres, encaminhadas a serviços sexuais ou semelhantes. Desse número, 60% correspondem a mulheres adultas, porém, quando é somada a quantidade de crianças e adolescentes o número pode chegar a 75%. Ainda no mesmo relatório, a ONU especifica que o território brasileiro figura entre os países que mais fornece seres humanos para fins de exploração comercial, inclusive, é o maior exportador da América Latina (UNODC, 2013).

A exploração sexual é crime previsto no Código Penal Brasileiro e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o tipo penal abrange comportamentos destinados a inserir a vítima na prostituição ou outra forma de exploração sexual, bem como voltados a impedi-la de abandonar tal atividade. O termo “exploração sexual” constitui um elemento normativo do tipo, abrangendo qualquer outra hipótese na qual o agente se vale da atividade sexual realizada pela vítima para obter proveito ou vantagem (BRASIL, 1940).

No artigo 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) o tráfico de crianças, que, por meio interpretativo, conclui-se pela caracterização do ato de tráfico para fins de exploração sexual como um fato visado e reprimido pelo respectivo dispositivo legal, nos seguintes termos: “Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro. Pena – reclusão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos, e multa” (BRASIL, 1990, n.p.).

O sistema penal nacional, por meio do capítulo VI, Seção I, que trata dos Crimes Contra a Liberdade Pessoal, pela Lei nº 14.123/2021 (que ensejou modificações no Código Penal), ocupou-se da premissa de salvaguardar a Liberdade Pessoal dos indivíduos, qual seja, o direito de não ser agredido na manifestação de suas ideias e de seus direitos básicos e fundamentais. A liberdade de ir e vir são os principais direitos tutelados pelo respectivo instituto (BRASIL, 1940).

Segundo Hungria (2001, p.199, *apud* CAPEZ, 2019, p.543):

É a completa sujeição de uma pessoa ao poder de outra. Protege a lei penal, aqui, o status libertatis, ou seja, a liberdade no conjunto de suas manifestações. Refere-se o texto legal 'à condição análoga à de escravo', deixando bem claro que não se cogita de redução à escravidão, que é um conceito jurídico, isto é, pressupondo a possibilidade legal do domínio de um homem sobre o outro. O status libertatis, como estado de direito, permanece inalterado, mas, de fato, é suprimido. Entre o agente e o sujeito passivo se estabelece uma relação tal, que o primeiro se apodera totalmente da liberdade pessoal do segundo, ficando este reduzido, de fato, a um estado de passividade idêntica à do antigo cativo.

Nessa lógica, o Código Penal, no artigo 149 –A, expressa o conceito de tráfico de pessoas, cuja prática pode decorrer das seguintes condutas: “agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso”. Pode-se visualizar que se trata de tipo misto alternativo, ou seja, a flexão de qualquer dos verbos descritos no caput do artigo, acarreta a prática do crime (CAPEZ, 2021, p.93).

Insta observar, que a prática decorre da influência de qualquer meio de coação direta ou indireta, seja por meio da grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. A finalidade específica é voltada a retirada de órgãos, tecidos ou membros do corpo; impor servidão; incutir o trabalho em condições análogas à escravidão; adoção ilegal; ou para fins de comércio sexual, por meio da exploração (BRASIL, 1940).

Dentre as variadas formas de exploração sexual, tem-se a forma agenciada e não agenciada. A primeira envolve uma rede de aliciadores, facilitadores e pessoas que se beneficiam economicamente da situação, já a segunda, se caracteriza pela prática de atos sexuais realizados, por adultos, crianças e adolescentes, mediante pagamento ou troca de algum bem, droga ou serviço. Há ainda a exploração sexual infantil, que resulta da pornografia infantil, com sua pena definida nos artigos 240 à 241-C do ECA, e o lenocínio, todavia, existem opiniões que compreendem que a prática do lenocínio não deve ser criminalizada sob a condição de que existe a acessão fornecida por indivíduo plenamente capaz, assunto que gera grande discussão entre diferentes doutrinadores.

Rogério Sanches (2014 *apud* CAPEZ, 2019) estabelece quatro modalidades de exploração sexual existentes. A primeira é a prostituição, sendo a atividade em que ações sexuais são acordadas em retribuição a uma quantia valorativa (não somente dinheiro). O turismo sexual é outra modalidade, consistindo no comércio sexual realizado em locais turísticos (nacional ou estrangeiro), envolvendo jovens mulheres, no qual o consumidor

tem vasto número de serviços sexuais a sua disposição. No terceiro item existe a pornografia, a qual é a exibição, compra, venda, produção, distribuição, posse e utilização de materiais sexuais, por meio de livros, vídeos, propagandas ou cines. Figura, por último, o tráfico para fins sexuais, no qual ocorre a movimentação irregular e ilegal de pessoas através das fronteiras nacionais, com intento de coagir mulheres e adolescentes a prestarem serviços sexuais remunerados.

Além disso, ressalta Nucci (2019), que se tem o turismo sexual, que ocorre através das viagens no ramo turístico, ou fora dele, onde os agentes infratores incluem em seus pacotes a possibilidade de atividade sexual com pessoas do local de destino. Na maioria das vezes, o crime é praticado por estrangeiros. Neste tipo, incide o comércio de homens ou mulheres de determinado local para satisfazer os desejos sexuais dos turistas.

Cumpra observar que o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual acarreta todas as práticas citadas anteriormente. A vítima fica exposta a um ambiente de total pressão e ameaça, realizando qualquer tipo de serviço imposto pelo coator.

O estudo feito pela PESTRAF (2002, p.64) expõe que as redes de favorecimento do tráfico de pessoas para fins de lenocínio organizam-se de forma onde os envolvidos desempenham cada qual uma função distinta, sendo eles: aliciadores, proprietários, empregados e demais tipos de intermediadores, estes com o manifesto objetivo de obter bem material ou lucro através da exploração sexual de seres humanos.

O ponto é que a exploração sexual está diretamente interligada com a rede de tráfico humano, comandado por organizações criminosas bem preparadas, trabalhando com a movimentação dos grupos de pessoas, resolvendo assuntos relacionados à estadia da vítima, falsificação de passaportes, traslado etc.

3.1 Características das Vítimas

De acordo com Damásio E. de Jesus (2003, p.127/128), as vítimas são oriundas das camadas mais humildes da população. Em geral, são mulheres que possuem baixo grau de escolarização, dificuldade financeira causada pelo alto índice de desemprego e falta de oportunidades, que as levam a entrar no comércio do sexo ainda em seus países de origem.

O perfil sempre se repete: pessoas sem condições financeiras, ou sem oportunidade de emprego e estudo, indivíduos que objetivam melhorar suas vidas, constituir seus sonhos, se deixam guiar por falsas promessas, agências e publicações que falsificam situações para capitalizar a atenção. Em decorrência disso, as pessoas são aprisionadas e impossibilitadas de retornar ao seu país natal (COSTA, 2013).

Como já tratado anteriormente, segundo relatório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) mulheres e adolescentes entre 16 a 30 anos e crianças a partir dos 9 anos constitui a maioria das vítimas. O perfil está relacionado a classe pobre, solteiras, com filhos, não dispendo de perspectiva evolutiva, analfabetas e que inicial prematuramente o labor (UNODC, 2013).

Damásio (2003, p.219) estabelece um padrão: vítima de tráfico humano:

Mulheres socialmente vulneráveis, possuindo grau de escolaridade incompleta e que, na maioria das vezes, já foram exploradas sexualmente ou já estavam envolvidas com o mercado sexual. A vítima é enganada com falsas promessas, tendo seus passaportes confiscados e aprisionadas em algum ambiente pré-definido pelos mandantes do crime, sujeitando-as as mais variadas formas deploráveis de exploração. No mesmo contexto, aqueles indivíduos que possuem o conhecimento do fato, também são enganadas, pois as condições acordadas tornam-se distintas das que são postas em prática.

A pesquisa da UNODC expressou que o crime contra mulheres e meninas transpôs o recorde, alcançando a 72% dos casos. Fundamentando tal fato, a Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres estabelece que o motivo reside na exploração sexual (UNODC, 2013).

O mesmo relatório demonstra, assim, que cerca de 83% são traficadas com fins de exploração sexual, 13% para trabalho forçado e 4% para outras finalidades. Entre as vítimas do sexo masculino, 82% são direcionados ao trabalho forçado, 10% para exploração sexual, 1% para remoção de órgãos e 7% para outros fins (UNODC, 2013).

As vítimas pensam que irão trabalhar em serviços específicos e bem assalariados, e ao chegarem aos respectivos estabelecimentos se deparam com outra realidade diversa da que foi prometida, como trabalho em casa de prostituição, dívidas a pagar atinentes ao custo da viagem e estadia, ficam restritas de qualquer contato com familiares e, quando destinadas ao exterior, seus passaportes são apanhados pelos aliciadores impossibilitando qualquer ação regressiva e permanecendo ilegais no território sob condições próximas, ou concretas, de semiescavidão (LARA, 2009).

No mesmo sentido, o referido doutrinador divide as vítimas do tráfico em duas distintas categorias: a) mulheres que foram enganadas com falsas propostas de emprego; b) mulheres que já se prostituíam em seu país de origem, mas que foram ludibriadas quanto às condições reais de trabalho oferecidas.

4 LEI Nº 13.344/16

A Lei nº 13.344 de 6 de outubro de 2016 traz medidas diferenciadas e relevantes de prevenção e a repressão ao tráfico de pessoas, bem como a preocupação perante suas vítimas, ao decorrer de seu texto. Nos artigos 13 e 16, modificou o Código Penal Brasileiro, instituindo o Artigo 149-A e excluiu expressamente os artigos 231 e 231-A de forma que deslocou o tráfico, (inter)nacional, para o artigo 149- A, no Capítulo I, denominado “Dos crimes contra a liberdade individual” (BRASIL, 2016).

Suas medidas repressivas foram elencadas em seu artigo 5º, por outro lado, suas medidas de proteção e assistência às vítimas, foram descritas nos art. 6º e 7º. Relacionando com as questões processuais, em seu artigo 9º, afirma: aplica-se subsidiariamente, no que couber, o disposto na Lei no 12.850, de 2 de agosto de 2013, ou seja, a Lei de Organizações Criminosas. A princípio, o artigo 6 trata:

Art. 6º A proteção e o atendimento à vítima direta ou indireta do tráfico de pessoas compreendem:

I - assistência jurídica, social, de trabalho e emprego e de saúde;II - acolhimento e abrigo provisório;

III - atenção às suas necessidades específicas, especialmente em relação a questões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, raça, religião, faixa etária, situação migratória, atuação profissional, diversidade cultural, linguagem, laços sociais e familiares ou outro status ;

IV - preservação da intimidade e da identidade;

V - prevenção à revitimização no atendimento e nos procedimentos investigatórios e judiciais;

VI - atendimento humanizado;

VII - informação sobre procedimentos administrativos e judiciais.

§ 1º A atenção às vítimas dar-se-á com a interrupção da situação de exploração ou violência, a sua reinserção social, a garantia de facilitação do acesso à educação, à cultura, à formação profissional e ao trabalho e, no caso de crianças e adolescentes, a busca de sua reinserção familiar e comunitária.

§ 2º No exterior, a assistência imediata a vítimas brasileiras estará a cargo da rede consular brasileira e será prestada independentemente de sua situação migratória, ocupação ou outro status .

§ 3º A assistência à saúde prevista no inciso I deste artigo deve compreender os aspectos de recuperação física e psicológica da vítima (BRASIL, 2013, n.p.)

Insta observar que a mudança da lei foi necessário, pois favoreceu o desenvolvimento á temática do tráfico de pessoas, no âmbito (inter)nacional. Ilustrativamente, antes da Lei 13.344/2016, a incriminação ocorria apenas nos crimes com finalidade de exploração sexual, o que não era suficiente, ante que o comércio de pessoas é muito maior e acolhe outros tipos de exploração (LEITE, 2021).

A Lei estabeleceu medidas louváveis no tocante à proteção e assistência às vítimas de tráfico de pessoas, no entanto, não previu os meios necessários para a sua execução como, por exemplo, a criação de um Fundo específico para essa finalidade, como ocorre na lei do tráfico de drogas.

Sendo assim, o artigo 149-A, possui uma abordagem ampla e direcionada em relação aos dispositivos anteriores. Com o intuito de colocar em prática o que foi posto ao Protocolo de Palermo, a Lei pune outras formas de exploração, como a remoção de órgãos, trabalho escravo, servidão e adoção ilegal, ou seja, ao respeitar o art. 3º do pacto internacional, o Brasil promoveu uma imensa evolução no combate ao ilícito em questão.

5.PROGRAMA TRACK4TIP

O Ministério da Justiça brasileira integra junto com outros sete países latino-americanos e a ONU desenvolveram um trabalho internacional de prevenção e investigação analítica do crime de tráfico de pessoas, o Track4TIP, uma iniciativa que custou 3 bilhões de dólares a organizações internacionais e a empresas privadas. A ideia foi de reunir dados sobre rotas habituais de tráficos de pessoas e capacitar agentes públicos para combater os respectivos crimes (UNODC, 2019).

Respectivo projeto foi desenvolvido em 2019 e foi até 2021, por iniciativa de inúmeras nações, inclusive com apoio técnico do Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América. Gerou vários resultados excelente em regiões assoladas pelo tráfico humano – principalmente os voltados a exploração sexual -, entre estes, oito países da América do Sul e do Caribe foram foco do projeto de inteligência (UNODC, 2019).

O objetivo geral do projeto foi aprimorar a resposta da justiça internacional e regional ao tráfico humano, ante uma abordagem unificada, focando na vítima, por meio de ações voltadas a prevenir e intensificar as investigações em torno das organizações criminosas (UNODC, 2019).

A Track4TIP dispõe de três objetivos centrais:

- 1) Melhorar a identificação de vítimas e reforçar os mecanismos nacionais de encaminhamento para denunciar, com segurança, os casos de tráfico de pessoas no contexto dos fluxos migratórios nos locais de entrada, de trânsito e de destino nos países beneficiários;
- 2) Fornecer aos operadores de justiça dos países beneficiários informações sobre o modus operandi de redes criminosas relacionadas ao tráfico de pessoas no contexto dos fluxos migratórios na região;
- 3) Promover, em nível nacional e regional, novas investigações e processos judiciais para casos de tráfico de pessoas entre os fluxos migratórios envolvendo vítimas venezuelanas, facilitando o diálogo entre mecanismos nacionais de coordenação e funcionários da justiça dos países beneficiários (UNODC, 2019, n.p.).

Tal projeto precisa ser novamente implantado no contexto internacional, pois incidiram benefícios significativos a sociedade, livrando inúmeros indivíduos das garras do comércio internacional de seres humano, principalmente, nos casos de exploração sexual, prática existente e que só aumentou com o decurso do tempo.

A prevenção é sempre a melhor abordagem. Portanto, ao constatar possíveis sintomas de tráfico de seres humanos, é recomendável seguir as seguintes orientações: Mantenha sempre um espírito crítico diante de propostas de trabalho que facilitam e altamente lucrativas; Antes de aceitar qualquer oferta de emprego, analise minuciosamente o contrato de trabalho, pesquise informações sobre a empresa empregadora e busque assessoria jurídica especializada. Se a proposta envolve deslocamentos, viagens nacionais ou internacionais, é necessário redobrar a cautela; Evite tirar cópias de documentos pessoais e entregá-las a pais ou amigos; Deixe informações sobre seu paradeiro, incluindo endereço, telefone e/ou localização da cidade para a qual está viajando; Informe a alguém de confiança sobre sua viagem, compartilhando endereços e contatos de consulados, ONGs e autoridades da região; Mantenha sempre a comunicação com familiares e amigos, nunca deixando de entrar em contato regularmente. Essas precauções são essenciais para prevenir a ocorrência de tráfico humano e proteger-se de situações potencialmente perigosas.

6. CONCLUSÃO

Diante da complexidade do tema envolvendo o tráfico internacional de pessoas, buscou-se através desta pesquisa, expor uma análise verificando os fatores predominantes que impulsionam progressivamente o aumento da taxa de vítimas aliciadas para fins de exploração sexual.

Restou claro que a incidência do delito é recorrente, necessitando de mais espaço em políticas públicas. Embora a mídia brasileira, como jornais e programas de televisão, sejam os principais meios de acesso da sociedade, muitas vezes, se mantém omissa, não divulgando com a frequência necessária os dados relacionados ao tráfico humano, sendo raro, por exemplo, visualizar reportagens que relatem alguns dos inúmeros casos ocorridos no país.

Deste feito, tem-se a Lei nº 13.344/2016, que estabelece medidas que auxiliam a prevenção do ilícito, baseadas na cooperação nacional e internacional. A norma determina a criação de campanhas visando disseminar informações sobre o crime. Todavia, não se vê políticas públicas trabalhando para combater o aumento deste crime bárbaro.

Diante da ausência de informações, exposições e medidas públicas, a população não tem conhecimento de suas reais dimensões, alguns até mesmo nem sabem do que se trata o tráfico humano, parecendo uma realidade distante e vazia.

O objetivo é que se divulgue ao máximo os dados e estatísticas que o envolvem e, as formas de atuação das organizações, com o intuito da população conhecer e conseguir diferenciar as formas de aliciamento existentes.

O combate ao ilícito é muito difícil, porquanto depende da conscientização de pessoas que, na maioria das vezes, são minimamente instruídas. Além disso, a conscientização deve ser realizada não só dentro do país, mas também nos estrangeiros, partindo da necessidade em mudar a imagem vulgar que o brasileiro mundialmente, bem como todo o preconceito que o turista carrega consigo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. **Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional** Relativo à Prevenção; Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Brasília, DF, 12 mar. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 13 jun. 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L_8069.htm. Acesso em: 10 abr.2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF, 7 de dezembro de 1969. Brasília, DF, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acesso em: 18 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa** e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.344 de 6 de outubro de 2016. **Dispõe sobre a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas**. Brasília, DF, 6 de outubro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm Acesso em: 22 jul. 2022.

COSTA, Caroline Ribeiro. **Trafico de pessoas para fins e exploração sexual, um panorama sobre realidade das vítimas**. Brasil escola, 2013. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/sexualidade/trafico-pessoas-para-fins-exploracao-sexual-um-panorama-sobre-realidade-vitimas.htm>. Acesso em: 12 mar. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 3. ed. 4. Vol. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal: parte especial** . 12. ed. 3. Vol. São Paulo: Saraiva, 2021.

GERRY, Luiz. **O que é tráfico de pessoas?**. Jus Brasil. 2014. Disponível em: <https://gerry.jusbrasil.com.br/noticias/133960985/o-que-e-trafico-de-pessoas>. acesso em: 2 jul 2022.

IGNACIO, Julia. **O tráfico de pessoas, como é feito no Brasil e no mundo?**. Politize, 2018. Disponível em: < <https://www.politize.com.br/trafico-de-pessoas-no-brasil-e-no-mundo/> >. Acesso em: 2 Fev 2022.

JESUS, Damásio E. de. **Tráfico internacional de mulheres e crianças** - Brasil: aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEITE, Beatriz Munhoz. **Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual**. 2021. 32 f. (Graduação em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, 2021. Disponível em:
<https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/30486/B_EATRIZ%20MUNHOZ%20LEITE%20_750573_assignsubmission_file_TCC-%20Beatriz%20Munhoz%20Leite%20-%20Tr%c3%a1fico%20Internacional%20de%20Pessoas%20Para%20Fins%20de%20Explora%c3%a7%c3%a3o%20Sexual.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 2 de fev. 2022.

LARA, Caroline Silva de. **Conceito e contexto do tráfico internacional de mulheres: A situação do Brasil**. 2009. 21 f. (Graduação em Direito) – Unibrasil, Curitiba, PR, 2009. Disponível em:
<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/225/218>. Acesso em: 14 mar. 2022.

NUCCI, G. S. **Crimes contra a dignidade sexual: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**: 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OIT. **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual**. Brasília: OIT, 2006. 81 p. Disponível em:
http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/tip/pub/trafico_de_pessoas_384.pdf. Acesso em: 22 jul. 2022.

PESTRAF. Pesquisa sobre Tráfico De Mulheres, Crianças e Adolescente para fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil: relatório nacional. LEAL, Maria Lúcia Pinto; LEAL, Maria de Fátima (orgs). Brasília: CECRIA, 2002. Disponível em:
<http://www.namaocerta.org.br/pdf/Pestraf_2002.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

UNODC. **United Nations Office on Drugs and Crime. Relatório Mundial Sobre Drogas**. Escritório de ligação e parceria no Brasil, 2013. Disponível em:
https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/WDR/2013/Apresentacao_final_WDR_13.pdf acesso em 15 nov 2022.

UNDOC. **Programa TRACK4TIP, uma iniciativa de enfrentamento ao tráfico de pessoas.** Escritório de ligação e parceria no Brasil, 2019. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/track4tip.html>. Acesso em: 12 jun.2022.

AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS E O SISTEMA PRISIONAL: O MODELO DE RIBEIRÃO DAS NEVES/MG

MARCOS EDUARDO GODOI JUNIOR:
Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário de Goiatuba-GO – UniCerrado.²¹⁴

RESUMO: A falência do sistema carcerário nacional é um problema que assola o país desde a criação das primeiras penitenciárias. Diante disso, o presente estudo busca compreender os principais problemas enfrentados pelo órgão estatal no tocante à prestação do serviço público e promoção dos direitos e garantias fundamentais daquele cidadão que se encontra em cárcere, tais como, a superlotação e a falta de infraestrutura adequada. O Estado desembolsa cerca de R\$1.000,000,00 (UM BILHÃO) de reais mensalmente com o sistema penitenciário, e, ainda assim, o que temos visto é um sistema totalmente falho e inconsistente, que trilha um caminho diverso do previsto nas Leis Federais e na própria Carta Magna, um verdadeiro depósito humano. Assim, almeja-se, através de uma pesquisa bibliográfica e qualitativa, entender se a descentralização do serviço público para as Parcerias Público-Privadas, regidas pela Lei 11.079/2004, podem contribuir com a máquina pública, reduzindo os gastos do Estado e conferindo maior eficiência na prestação do serviço, a fim de assegurar a dignidade humana àqueles que se encontram detidos.

PALAVRAS CHAVES: Parcerias Público-Privadas; Sistema Carcerário Nacional; Dignidade Humana; Privatização das Penitenciárias.

ABSTRACT: The bankruptcy of the national prison system is a problem that has plagued the country since the creation of the first penitentiaries. In light of this, the present study seeks to understand the main issues faced by the state body regarding the provision of public service and the promotion of the rights and fundamental guarantees of those citizens who are incarcerated, such as overcrowding and lack of adequate infrastructure. The State spends approximately R\$1,000,000.00 (ONE BILLION) Brazilian Reais monthly on the prison system, and yet, what we have witnessed is a completely flawed and inconsistent system, which deviates from what is foreseen in Federal Laws and the Constitution itself, a true human warehouse. Therefore, through a bibliographic and qualitative research, it aims to understand whether the decentralization of the public service to Public-Private Partnerships, governed by Law 11.079/2004, can contribute to the public machinery, reducing State expenses and providing greater efficiency in the provision of the service in order to ensure human dignity for those who are incarcerated.

214 e-mail: marcosedugodojr00@gmail.com

KEYWORDS: Public-Private Partner; National Prison System; Human Dignity; Privatization of Penitentiaries.

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que desde as suas raízes, o sistema prisional brasileiro tem se mostrado inócuo e inconsistente. O Estado não tem conseguido suportar o ônus de promover com eficiência o serviço público prestado no que concerne à gerência das penitenciárias, e tem sido extremamente infrutuoso na viabilização dos direitos basilares necessários para assegurar a dignidade da pessoa humana daqueles que se encontram reclusos.

Também é sabido que compete exclusivamente à União legislar sobre matéria penal, conforme prevê o art. 22, inc. I da Constituição da República Federativa. Dessa forma, nos dizeres de Moura (2012), surge a concepção de abordar a colaboração entre o setor público e privado no contexto do sistema penitenciário do Brasil, uma possível solução para a crise que assola o atual sistema, respeitando integralmente a Constituição. Através dessa parceria, o Estado não se desobrigaria da execução das penas aos particulares, mas sim compartilharia algumas responsabilidades com eles, visando aprimorar o sistema.

Assim a Privatização das Penitenciárias Brasileiras tem sido, com razão, um tema amplamente abordado nas principais discussões inerentes ao sistema prisional do país, ante a crise enfrentada pelo sistema carcerário e a ineficácia da prestação do serviço público perante a segurança e a promoção dos direitos essenciais dos indivíduos que se encontram em cárcere.

Devido a isso, o debate acerca da realização de algumas atividades por particulares, que deveriam ser efetivamente executadas pelo Estado, está frequentemente sendo discutida, inclusive, a realização dos serviços penitenciários delegados ao setor privado via ato administrativo procedido pelo ente público (Hamade, 2019, p. 10).

Nesse diapasão, as parcerias público-privadas surgem como uma alternativa para contribuir com o órgão estatal visando dar mais eficiência na garantia dos direitos básicos do cidadão que se encontra em cárcere privado.

Sobre o tema, Mendes (2019) discorre: "Diferente das demais concessões, um dos motivos que caracteriza as PPPs como concessão especial é o risco compartilhado do Estado com seu parceiro privado no tocante da execução do serviço [...]". Visto isso, temos que uma das características dessa parceria é que o ente público não se desincumbe de sua responsabilidade, mas atua conjuntamente com o ente privado.

Ademais, vale ressaltar que o custo para se manter um indivíduo em cárcere é extremamente elevado para a máquina pública, a saber, aproximadamente R\$1.951,95 (mil

e novecentos e cinquenta e um reais e noventa e cinco centavos) mensais, por Unidade Federativa (SISDEPEN, 2022).

Nessa toada, é imperioso compreender se as PPP's podem mitigar as falhas apresentadas pelo serviço público e contribuir para a promoção dos direitos fundamentais, tais como a educação, a saúde, a segurança, o lazer etc., em especial sob a perspectiva do modelo utilizado em Ribeirão das Neves/MG, os quais devem ser propiciados com a devida vênua, vez que indispensáveis para que o cidadão viva com o mínimo de dignidade.

Diante todo o exposto, questiona-se: a delegação do referido serviço público ao setor privado é eficiente para a redução dos gastos? A melhor alocação dos recursos pode favorecer na promoção dos direitos fundamentais inerentes ao homem e contribuir para a prestação do serviço?

Desse modo, a presente pesquisa possui como objetivo geral realizar uma abordagem acerca do atual cenário das penitenciárias brasileiras, com o fim de compreender quais os possíveis empecilhos enfrentados pelo sistema carcerário no que tange à garantia dos direitos mínimos inerentes ao homem, além de discorrer acerca dos possíveis benefícios que a descentralização do serviço público trará ao sistema prisional, tais como a redução de gastos públicos, e como essa descentralização tem contribuído com Estado e com o cidadão em cárcere privado à luz do modelo aplicado em Ribeirão das Neves.

Quanto aos objetivos específicos, temos como sendo eles, de forma sucinta, apontar as principais falhas do sistema carcerário brasileiro que estão obstaculizando a promoção dos direitos e garantias fundamentais do detento, além de explanar o que são e como funcionam as parcerias público-privadas e refletir sobre as possíveis alterações e benefícios que as PPP's trarão às penitenciárias do país.

Além disso, o estudo buscará externar a atuação das parcerias público-privadas já existentes no sistema carcerário nacional, especificadamente, a instalada em Ribeirão das Neves, no Estado de Minas Gerais, demonstrando se a implementação dessa parceria público-privada no referido sistema prisional tem sido eficaz na mitigação de alguns problemas basilares enfrentados pela penitenciária local.

Para tal, a pesquisa se dividirá em 04 (quatro) outros capítulos, os quais buscarão, respectivamente, identificar os principais problemas enfrentados pela máquina pública no que concerne à manutenção e gerência das penitenciárias nacionais, além de discorrer sobre o que são e como é o funcionamento das PPP's. Também visarão demonstrar de forma lúcida os benefícios que estas parcerias poderão trazer ao Estado, e como as mesmas têm atuado para esse fim, em especial, quanto ao modelo existente no estado Minas

Gerais/MG. Ao final, pretende-se demonstrar se aquela entidade público-privada existente em Ribeirão das Neves/MG, tem atingido sua finalidade e contribuído efetivamente com o órgão público.

Quanto a metodologia de pesquisa, esta embasar-se-á em bibliografias, empenhada por uma abordagem qualitativa para melhor elucidar a narrativa dos fatos.

2.O PODER PÚBLICO E OS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL

É de notório conhecimento que é dever do Estado assegurar e efetivar os direitos da sociedade, bem como, daquele que se encontra em cárcere privado. No entanto, a realidade vivenciada no campo da prática penal contrasta completamente com o que está expresso nas leis penais, especialmente na Lei de Execução Penal (LEP), que estabelece uma série de ações a serem executadas pelo Estado, mas que não são devidamente cumpridas pelas autoridades públicas (Ferreira, 2021).

O sistema carcerário brasileiro enfrenta sérias deficiências, resultantes de falhas do poder público em garantir os direitos e as garantias fundamentais dos detentos. Essas falhas têm impactos significativos na dignidade humana, na segurança das prisões e na garantia dos direitos mínimos inerentes ao homem (Bitencourt, 2017, p. 10), como a saúde, a educação, a segurança, o trabalho etc.

Por meio de informações colhidas através do SISDEPEN, ferramenta de coleta de dados do sistema penitenciário brasileiro, é possível extrair que em dezembro de 2022 a população carcerária brasileira atingia a média de 832,295 (oitocentos e trinta e dois mil e duzentos e noventa e cinco) presos custodiados, sendo 648,692 (seiscentos e quarenta e oito mil e seiscentos e noventa e dois) em celas físicas, ao tempo em que o total de vagas do sistema penitenciário era de 477,056 (quatrocentos e setenta e sete mil e cinquenta e seis) vagas, ou seja, há um excesso de 171,636 (cento e setenta e um mil, seiscentos e trinta e seis) detentos, cerca de 35,98% (trinta e cinco vírgula noventa e oito por cento) acima do suportado.

Neste tópico, discutiremos as principais deficiências do sistema carcerário brasileiro e suas consequências para os detentos.

A superlotação é uma das principais falhas do sistema carcerário brasileiro. A falta de vagas nas unidades prisionais leva à superpopulação carcerária, resultando em condições precárias de vida, falta de higiene, falta de privacidade e aumento da violência. A superlotação também dificulta a separação adequada entre presos de diferentes graus de periculosidade, o que aumenta os riscos à segurança.

Muitas prisões no Brasil carecem de infraestrutura básica adequada, incluindo falta de instalações sanitárias, ventilação, iluminação e espaço adequado para acomodar os detentos. Essas condições degradantes violam os direitos humanos, afetam a saúde física e mental dos detentos e contribuem para a perpetuação do ciclo de violência e criminalidade.

Ademais, a assistência médica nos presídios brasileiros é insuficiente e inadequada. A escassez de profissionais de saúde e a falta de recursos dificultam o atendimento às necessidades de saúde dos detentos, incluindo cuidados básicos, tratamento de doenças crônicas, atendimento psiquiátrico e prevenção de doenças transmissíveis. Essa falha compromete a saúde e a dignidade dos detentos, que tem direito inadiável ao tratamento médico-hospitalar (Brito, 2022, p. 29).

O sistema carcerário brasileiro também enfrenta desafios significativos em relação à violência e à falta de segurança. A presença de facções criminosas dentro das prisões contribui para um ambiente hostil, onde ocorrem conflitos frequentes entre os detentos, resultando em agressões, tortura e mortes. Além disso, a falta de controle efetivo por parte do Estado contribui para a entrada de armas, drogas e celulares nas prisões, o que alimenta a criminalidade e dificulta o controle estatal, que deveria intervir diretamente sobre os indivíduos.

Sobre o assunto, Benigno Núñez (2018) disserta:

A princípio, o número de detentos nas prisões brasileiras cresce a cada ano de forma significativa, com a falta de estrutura, esse crescente número gera superlotações nos presídios, situação preocupante, pois há investimentos, mas os mesmos não são suficientes, devido a ineficiência do Estado na organização desses lugares. Um exemplo claro disso, são as rebeliões, que já acontecem há décadas, e a ausência de estrutura, é um agravante dessa problemática.

De mais a mais, há de se considerar que a insalubridade presente no xadrez influencia diretamente na ocorrência de rebeliões, uma vez que os detentos não toleram viver nas condições presenciadas dentro das celas. Este fator dificulta ainda mais a intervenção e controle estatal, o qual não possui a estrutura necessária para impedir a ocorrência das tais.

Ainda nos dizeres de Núñez (2018): “[...] é nítida a responsabilidade do Estado, frente ao problema, vez que a ressocialização não funciona em sua plenitude, fortalecendo o crime”. Por conseguinte, subtende-se que os fatos apresentados têm ligação direta com o

aumento da criminalidade, haja vista que a penitenciária não tem atingido sua finalidade principal, qual seja, a ressocialização e recondução do detento à vida em sociedade.

Assim, diante dos desafios ligados à restrição orçamentária e redução dos gastos governamentais, fica evidente que uma parceria entre o setor público e privado surge como uma alternativa viável para enfrentar e superar as condições deploráveis observadas nos complexos penitenciários do país, considerando a falta de eficiência na prestação do serviço público de segurança, notadamente no sistema carcerário nacional.

3. DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E SUA CONSTITUCIONALIDADE

A privatização das penitenciárias brasileiras tem sido discutida desde a década de 1990, quando o governo federal começou a permitir que empresas privadas administrem as prisões, com o objetivo de solucionar o problema da superlotação e da violência nos presídios. Nesta senda, a parceria público-privada foi vista como uma alternativa para a gestão de novas unidades prisionais, uma vez que o Estado não possuía recursos suficientes para investir na área.

De antemão, cumpre prestar esclarecimentos acerca da constitucionalidade das PPP's, além de discorrer sobre o que são, como é o funcionamento e qual o processo de implementação dessas parcerias.

Em proêmio, frisa-se que os modelos de privatização das penitenciárias se pautam em duas leis federais, sob a égide do artigo 175 da Constituição da República Federativa, admitindo os formatos de concessão e permissão, em caráter especial, de empresas promoverem a prestação do serviço público.

Em debate sobre a temática, a Pastoral Carcerária Nacional (2014) prescreve:

a primeira experiência teve início em 1999, no Paraná e, embora se encontre em expansão, até o momento não alcançou um expressivo número. Há hoje cerca de 30 prisões privatizadas no país, distribuídas entre os estados de Santa Catarina, Espírito Santo, Minas Gerais, Bahia, Sergipe, Alagoas e Amazonas, as quais abrigam, conjuntamente, em torno de 20 mil presos. Há dois modelos de privatização de prisões praticados: cogestão e parceria público privada (PPP). As PPPs são as mais debatidas, mas as unidades em cogestão representam quase a totalidade dos contratos. Contratos estes que definem que, na cogestão, o estado assume a direção da unidade, da guarda e de escolta externa, enquanto a empresa privada assume toda a operacionalização da unidade, gerindo serviços de saúde, alimentação, limpeza, vigilância e escolta internas, além da

manutenção das instalações. Pelos contratos de PPPs, as prisões são projetadas, construídas, financiadas, operadas e mantidas por companhias privadas por um longo período de tempo; no caso do Brasil, 30 anos. O que parece mais vantajoso para as empresas, porque estão menos sujeitas às alterações políticas locais, como ocorreu no Paraná, quando o governador Roberto Requião assumiu o governo e, em 2006, finalizou os contratos com as empresas privadas.

Na primeira modalidade, regida pela Lei 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, o Estado atua como diretor da UP (unidade prisional), enquanto a empresa privada operacionaliza o estabelecimento e mantém a infraestrutura das instalações (Bachettini, 2018), portanto, trata-se de um formato de cogestão.

Entretanto, a base do presente estudo é segunda modalidade de privatização, sendo esta regida pela Lei 11.079/2004, que regula as Parcerias Público-Privadas. Nesta, ocorre a transferência de algumas atribuições para o setor administrativo, que se dá mediante um procedimento licitatório, com a finalidade de concretizar a delegação de desenvolvimento da infraestrutura e da prestação do serviço. Insta salientar que a esta modalidade subdivide-se em duas categorias de PPP, sendo elas: a patrocinada e a administrativa.

Quanto a concessão patrocinada, Sundfeld (2005) leciona:

O que peculiariza a concessão patrocinada é seu regime remuneratório, que deve incluir tanto tarifa cobrada aos usuários como contraprestação do concedente em forma pecuniária (Lei PPP, art. 2.º, § 1.º). Se, em uma concessão de serviço público, o concessionário não cobra tarifa dos usuários, remunerando-se por subvenção do concedente (conjuntamente ou não com outras receitas não-tarifárias), não se estará diante de uma concessão patrocinada, mas de uma concessão administrativa.

Vejamos o que preconiza o art. 1º do art. 2º da Lei 11.079/2004 acerca da concessão patrocinada: “[...] é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

Subsequentemente, o art. 2º, §2º da referida lei dispõe o que vem a ser a concessão administrativa, sendo esta “[...] o contrato de prestação de serviços de que a Administração

Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”

Para Maria Sylvia (2014), a concessão patrocinada define-se em

[...] um contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou o parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ou parceiro privado.

Portanto, temos que na modalidade supramencionada, o Estado possui a possibilidade de conceder, por meio de contratos de concessão patrocinada, a execução de obras públicas ou a prestação de serviços públicos determinados pela Lei n. 8.987/95, exigindo, nesses casos, que a iniciativa privada receba uma contraprestação do setor público, sem que o particular arque integralmente com o pagamento pela utilização da obra ou serviço.

Lado outro, a concessão administrativa dar-se-á, obrigatoriamente, através de um procedimento licitatório (art. 10, *caput*, da Lei 11.079/04), no qual o órgão governamental escolherá a melhor proposta feita pelos particulares interessados em gerir a penitenciária, desde a execução da obra, até a instalação dos recursos e equipamentos necessários para seu funcionamento. Aqui, haverá uma concorrência entre os interessados, de modo a ser escolhida a proposta que seja mais vantajosa para o órgão público, de acordo com os parâmetros previamente estabelecidos, resguardando todos os direitos dos contratados.

Ferreira (2021), ensina com exatidão:

Na concessão administrativa a própria Administração Pública será a usuária do serviço público ou da obra pública, devendo ela, efetuar o pagamento ao parceiro privado. [...] Assim, as concessões de serviços públicos calcadas na Lei n.º 8.987/95 foram denominadas de concessões comuns e as vociferadas na Lei n.º 11.079/04 são cognominadas de concessões especiais.

Resumidamente, temos que na concessão comum, oriunda da Lei 8.987/95, o Estado se mantém na direção da penitenciária, enquanto nas concessões especiais, regidas pela lei 11.079/04, o parceiro privado fica responsável pelo gerenciamento do complexo penal. Ademais, cumpre dizer que na modalidade patrocinada, a contraprestação do parceiro público representa um acréscimo à tarifa paga pelo usuário, ao passo que, na concessão administrativa, ela será a principal forma de remuneração.

Quanto ao procedimento licitatório, indispensável para a concretização da concessão administrativa, Mello (2013) advoga:

[...] um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Essa modalidade de concorrência está prevista no art. 22, inciso I da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública), e especificada no §1º do artigo supra. Em princípio, a licitação é obrigatória para situações como alienações imobiliárias, concessões de uso, serviços e obras públicas e contratos de alta relevância, com ampla divulgação e permitindo a participação de qualquer licitante, cuja habilitação será avaliada no início do procedimento (Santos, 2012).

Dessarte, a parceria público-privada pode ser uma alternativa para a crise do sistema prisional brasileiro. A iniciativa privada pode trazer inovações tecnológicas e administrativas que possam melhorar a eficiência do sistema penitenciário. Além disso, a parceria pode garantir a prestação de serviços de qualidade aos detentos, uma vez que o parceiro privado pode ser responsabilizado pelo cumprimento de metas e objetivos estabelecidos em contrato.

4.DA APLICABILIDADE DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: MODELOS QUE DERAM CERTO E O CASO DE RIBEIRÃO DAS NEVES-MG

Ao observarmos detidamente os princípios que regem a Constituição Federal, veremos que a concessão do serviço público ao setor privado via ato administrativo possui embasamento em diversos dispositivos, em especial, ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CRFB/88), o qual é um dos princípios norteadores da administração pública.

Nessa direção, de acordo com o princípio supra e com base nos demais princípios que norteiam a administração pública, contemplaremos que é dever desta realizar a prestação do serviço público da maneira mais eficiente, satisfatória e fugaz possível, de modo a respeitar integralmente as normas que disciplinam a atuação dos órgãos públicos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014) doutrina a respeito do princípio da eficiência, identificando-o

[...] como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e, coroando a relação, como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.

Sobre a matéria, Ferreira (2021) leciona

Destarte, salta aos olhos que os serviços públicos, sejam eles de qualquer natureza, praticado diretamente pelo Estado ou mediante delegação, devem ser prestados de modo eficiente, tenaz, célere, de boa qualidade e com maior rendimento possível, a ponto de colmatar os anseios da sociedade conquanto às suas necessidades de toda ordem.

Deste modo, se considerarmos que a prestação do serviço público pelo Estado concernente à segurança e a higidez dos presídios de cada Unidade Federativa (UF) tem sido inoperante, é plausível cogitar que a delegação ao setor privado será possivelmente um meio capaz de sanar diversas lacunas enfrentadas pelo ente público, pois, como outrora mencionado, o setor privado poderá não só ser responsabilizado pelos resultados obtidos, mas deve trabalhar para alcançar todas as metas previamente estabelecidas em contrato, respeitante aos princípios e normas que fundamentam a relação firmada entre contratante e contratado.

Países como a Inglaterra, França, Holanda, Itália, Estados Unidos, Austrália entre outros já adotam algum modelo de privatização de suas penitenciárias, mediante ajuste realizado entre o setor privado (empregado) e o Estado (empregador). Muitos destes optaram pela modalidade de privatização visando obter melhorias em seu sistema carcerário, precipuamente, objetivando mitigar o problema da superlotação e a redução dos custos do setor público.

Na Inglaterra, por exemplo, as empresas ficaram responsáveis pela construção e gerenciamento de diversos setores dos presídios, recebendo uma compensação financeira por parte do Estado, por um período de 25 anos. Na França, "a Lei 87/432, promulgada em 1987, concedeu autorização legal para a co-gestão das penitenciárias, sendo o setor privado responsável pela edificação e execução da hotelaria e o Estado, pelo serviço administrativo e fornecimento de agentes penitenciários" (Moura, 2012). Já nos EUA, a privatização iniciou-se na década de oitenta, e o objetivo principal era a redução dos gastos estatais e garantia de um serviço de excelência, além de geração de lucro para as empresas.

Por sua vez, no Brasil, a primeira parceria entre o setor público e o privado ocorreu no estado do Paraná, em 1999, instituindo-se a Penitenciária Industrial de Guarapuava, que se vangloriou pelo baixo número de reincidência dos detentos que lá cumpriram pena, sendo de apenas 6% (seis por cento) em 2005. Trata-se de um modelo de cogestão, aonde

[...] foi adotado o sistema de serviços terceirizados, como alimentação, vestuário, assistência médica, jurídica, odontológica e vigilância, todos prestados por empresa particular. O Estado fica incumbido da tutela do estabelecimento prisional, de sua direção, segurança e controle da disciplina. Assim não delega serviços que são de sua exclusividade – a atividade jurisdicional, administrativa-judiciária, referente ao poder de polícia da administração pública. Nessa penitenciária, foram criados canteiros de trabalho locando-se os serviços dos internos com remuneração, a fim de auxiliar na manutenção de familiares e no ressarcimento dos prejuízos a que eventualmente deram causa quando do cometimento dos crimes. Os canteiros são mantidos pelo Fundo Penitenciário do Estado do Paraná (Moura, 2012).

Outra experiência nacional a ser citada é a da penitenciária privada existente na cidade de Itaquitinga/PE, em que o foi firmado um contrato de PPP no modelo de concessão patrocinada, aonde foi construído um presídio com mais de 3500 (três mil e quinhentas) vagas para detentos, com uma infraestrutura moderna e instalações adequadas e seguras, com implantação de programas de ressocialização como a educação e o trabalho. Além disso, contribuiu consideravelmente para a diminuição da superlotação carcerária, melhorando as condições de encarceramento e favorecendo o desenvolvimento econômico da região, ante o surgimento de novas vagas de emprego.

Entretanto, como base do presente estudo, encontra-se no município de Ribeirão das Neves, no estado de Minas Gerais, um modelo de PPP de um Complexo Penal intermediado por um contrato de concessão de Complexo Penitenciário Público Privado (CPPP), o qual foi assinado no ano de 2009 com um prazo de 27 (vinte e sete) anos, prorrogáveis até 35 (trinta e cinco) anos, prevendo a disponibilização de 3.360 (três mil e trezentos e sessenta) vagas, sendo encarregado pela edificação e gestão dos serviços de manutenção e auxílio ao detento, ao passo que o Estado assume a supervisão de tais atividades e a salvaguarda da unidade.

O aludido contrato foi firmado pela sociedade empresária Gestores Prisionais Associados S/A – GPA, com intervenção e anuência da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico (SEDE), e possui o valor de R\$2.111.476.080,00 (dois bilhões,

cento e onze milhões, quatrocentos e setenta e seis mil e oitenta reais), em valores referentes ao ano de 2008.

Trata-se de um caso emblemático e demasiadamente interessante, que, considerando as críticas sobre o encarceramento da população, se mostra eficaz e pioneiro, podendo servir como referência para futuros modelos de parcerias público-privadas no sistema carcerário do país (Ferreira, 2021).

O Parceiro Privado tem a responsabilidade de oferecer uma gama de serviços que abrangem: cuidados médicos desde aqueles de baixa complexidade até casos mais graves; garantia de educação básica e média de qualidade; programas de treinamento profissional e cursos para o aprimoramento dos indivíduos; oportunidades de recreação esportiva para incentivar um estilo de vida saudável; fornecimento de alimentação adequada e balanceada; suporte em questões jurídicas e psicológicas; manutenção da vigilância interna para garantir a segurança; além da gestão do trabalho dos detentos de forma eficiente e produtiva, encarregando-se também pela contratação de pessoal.

Ressalta-se que, conforme anteriormente mencionado, o setor privado poderá ser responsabilizado pelo cumprimento das metas preestabelecidas em contrato, e, portanto, a contraprestação da máquina pública sujeita-se aos resultados angariados pelo parceiro público-privado.

Como meio de fiscalização dos resultados obtidos pelo setor privado, o Estado de Minas Gerais conta com a multinacional Accenture, que atua como um Verificador Independente (V.I.), localizada dentro da própria penitenciária. Nos ensinamentos de Correa *et al* (2014), a multinacional compromete-se a analisar minuciosamente os indicadores de performance, realizar o cálculo das contraprestações que o Estado paga ao Consórcio e fornecer suporte na resolução de eventuais conflitos, além de contribuir na revisão das metas e indicadores de desempenho do projeto.

Portanto, vemos que a Parceria Público-Privada possui uma estrutura completa, desde as instalações até o setor administrativo, visando obter os melhores resultados possíveis, coadjuvante aos termos pactuados entre a empresa privada e o ente federativo. Karam (2013), menciona que a privatização dos presídios pode trazer benefícios, como a redução de custos para o Estado e a melhoria da qualidade dos serviços prestados. No entanto, alerta para os riscos de se transformar a prisão em um negócio lucrativo, o que pode gerar incentivos para o aumento da população carcerária.

Diante disso, observa-se que há dentro das próprias guarnições do complexo penal um órgão responsável exclusivamente pela fiscalização dos atos e resultados alcançados, contribuindo para a prestação de um serviço público mais transparente e apropriado, coibindo qualquer tipo de abuso por parte das empresas.

Acerca da privatização dos presídios Fernando Capez (*apud* Santos, 2008):

"É melhor que esse lixo que existe hoje. Nós temos depósitos humanos, escolas de crime, fábrica de rebeliões. O estado não tem recursos para gerir, para construir os presídios. A privatização deve ser enfrentada não do ponto de vista ideológico ou jurídico, se sou a favor ou contra. Tem que ser enfrentada como uma necessidade absolutamente insuperável. Ou privatizamos os presídios; aumentamos o número de presídios; melhoramos as condições de vida e da readaptação social do preso sem necessidade do investimento do Estado, ou vamos continuar assistindo essas cenas que envergonham nossa nação perante o mundo. Portanto, a privatização não é a questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível, é um fato".

Assim, diante o nefasto cenário que assola o sistema carcerário nacional, ante a má prestação do serviço público e a alocação ineficiente dos recursos estatais, é perceptível que a Parceria Público-Privada é uma realidade que tem se mostrado capaz de sanar diversas lacunas existentes nas penitenciárias. O modelo de Ribeirão das Neves/MG mostra-se completo e consistente, possuindo uma estrutura moderna e eficiente, podendo servir como base para futuros modelos que vierem a ser sancionados.

5. CONCLUSÃO

Com uma população carcerária que figura como sendo a terceira maior mundial (CNJ), o Brasil enfrenta uma situação alarmante e intolerável. A superlotação e as condições precárias nas prisões são evidências claras dos desafios enfrentados pelo sistema prisional do país. Essa realidade exige uma abordagem abrangente e eficaz, com investimentos em alternativas satisfatórias para o enfrentamento da crise. É fundamental buscar soluções que promovam a dignidade humana, garantam os direitos dos detentos e visem o enxugamento dos gastos estatais, buscando um sistema mais justo, seguro e eficiente.

As parcerias público-privadas representam uma valiosa oportunidade para o sistema prisional brasileiro, pois promovem a otimização dos serviços oferecidos. Ao unir a expertise do setor privado com a responsabilidade do Estado, é possível alcançar maior eficiência na prestação dos serviços penitenciários. Essa colaboração estabelece metas e indicadores claros no contrato, o que vincula a contraprestação do Estado ao desempenho do parceiro privado.

Dessa forma, a empresa privada assume o compromisso de alcançar resultados concretos em áreas como ressocialização, segurança e infraestrutura. Com isso, o Estado

reduz a carga administrativa e a burocracia associada às questões gerenciais e operacionais das penitenciárias, direcionando seus esforços para políticas públicas de inclusão social e redução da criminalidade, o que resultará em um sistema prisional mais eficaz e humano.

Além dos benefícios acima mencionados, as Parcerias Público-Privadas também podem causar o enxugamento dos gastos da máquina estatal no sistema prisional brasileiro. Com a competência e agilidade do setor privado, é possível otimizar a alocação de recursos, reduzir custos operacionais e tornar o sistema mais ágil e eficiente. Essa maior eficiência na prestação de serviços e na utilização de recursos públicos resulta em uma administração prisional mais enxuta e direcionada a políticas de reinserção social e combate à reincidência criminal. Dessa forma, as Parcerias Público-Privadas contribuem para um sistema prisional mais focado em resultados e que melhor atende às necessidades da sociedade como um todo.

Ressalta-se também que, por todo o exposto, os exemplos citados mostram alguns benefícios trazidos pelos modelos de presídios privatizados no Brasil, como a redução da superlotação, melhoria na infraestrutura, implementação de programas de ressocialização e aumento da segurança dentro das unidades. Além disso, essas iniciativas podem gerar empregos e contribuir para o desenvolvimento econômico das regiões onde estão localizadas. No entanto, é importante ressaltar que cada caso deve ser avaliado individualmente, considerando os resultados específicos e os impactos sociais, na economia e na segurança de cada local.

Destaca-se que os investimentos substanciais na modernização e infraestrutura da iniciativa privada de Ribeirão das Neves resultaram em condições mais seguras e adequadas para detentos e funcionários. Ainda, a gestão privada tem se mostrado eficiente na implementação de programas de ressocialização, oferecendo oportunidades de educação, treinamento profissional e trabalho para os cativos.

Por fim, é imperioso que a atuação das parcerias PPP's no sistema penitenciário brasileiro seja regulamentada da forma mais rígida e transparente possível, para garantir a qualidade dos serviços prestados e evitar abusos por parte das empresas contratadas, como é feito na parceria público-privada de Ribeirão das Neves/MG, aonde há um órgão denominado como V.I., sendo este a multinacional Accenture, estritamente encarregada pela fiscalização do complexo penitenciário, favorecendo para que prestação do serviço público ocorra de forma idônea, peremptória e consistente.

6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHETTINI, Victoria Vianna. **Privatização penitenciária, neoliberalismo e direitos do preso: parceria público-privada e a exploração da mão de obra prisional Pelotas.**

(2018). Disponível em: <<http://tede.ucpel.edu.br:8080/jspui/handle/jspui/716>>. Acesso em: 12 de maio de 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. (5th edição). Editora Saraiva, 2017.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2014**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>>. Acesso em: 30 de maio de 2023.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de junho de 2023.

BRASIL. **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. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em 22 de junho de 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 22 de junho de 2023.

BRITO, Alexis Couto De. *Execução Penal*. 7th edição. Editora Saraiva, 2022.

CORREA, Gustavo Freitas; CORSI, Lucas Cavanha; ROMBACH, Melina. **O primeiro complexo penitenciário de parceria público-privada do Brasil**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<https://abre.ai/gIVH>>. Acesso em: 18 de junho de 2023.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Bruno Pastori. **Sistema penitenciário nacional e a ineficiência estatal: uma possibilidade de parceria público-privado**. Revista de Direito Público Contemporâneo,

v. 1, n. 1, 2021. Disponível em: <<http://rdpc.com.br/index.php/rdpc/article/view/102>>. Acesso em: 27 de maio de 2023.

GOVERNO FEDERAL. **Secretaria Nacional de Políticas Penais**. SISDEPEN. Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2022.pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2023.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP - Parceria público-privada**. 2ª edição. Editora Saraiva, 2013.

HAMADE, Gustavo Carvalho et al. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/27581>>. Acesso em: 22 de junho de 2023.

KARAM, Márcia Lucia. **Privatização do sistema penitenciário: uma solução ou um problema?** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 105, p. 153-180.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENDES, Marcos. **Parcerias Público-Privadas no Sistema Prisional: A solução para frear a crise carcerária**. 2019. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/1401>>. Acesso em: 11 de maio de 2019.

MEYER, Bernardo. *Parcerias Público Privadas: Uma estratégia governamental*. 1º edição. Grupo Almedina (Portugal), 2021.

MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2012. Disponível em: <<https://repositorio.idp.edu.br/123456789/275>>. Acesso em: 22 de maio de 2023.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. **16º edição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

NOVO, Benigno Núñez. Sistema carcerário brasileiro: problemas e soluções. **2018**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65792/sistema-carcerario-brasileiro-problemas-e-solucoes>>. Acesso em: 24 de junho de 2023.

OLIVEIRA, Gesner; FILHO, Luiz Chrysostomo de Oliveira. *Parcerias Público-Privadas - Experiências, Desafios e Propostas*. 1º edição. Grupo GEN, 2013.

PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. **Prisões privatizadas no Brasil em debate**. Coordenação de obra coletiva: José de Jesus Filho e Amanda Hildebrand Oi. São Paulo:

ASAAC, 2014. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/09/Relato%CC%81rio-sobre-privatizac%CC%A7o%CC%83es.pdf>>. Acesso em: 24 de maio de 2023.

SANT'ANNA, Lucas de Moraes Cassiano. *Aspectos Orçamentários das Parcerias Público-Privadas*. 1ª edição. Grupo Almedina (Portugal), 2018.

SANTOS, Jorge Amaral. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2269, 17 set. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13521>. Acesso em: 24 mai. 2023.

SANTOS, Wilquer Coelho dos. **Parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro**. 2012. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/11875>>. Acesso em: 25 de maio de 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, p. 15-44, 2005. Disponível em: <https://www.academia.edu/download/67805324/101.ARTIGO_PPP.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2023.

A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO E AS AÇÕES RELATIVAS AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE

BIANCA DE SÁ CISNEIROS:
Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2020)²¹⁵

RESUMO: O presente artigo trata da competência da justiça do trabalho para processar e julgar as ações que envolvam o exercício do direito de greve, tendo por escopo delimitar a extensão da norma à luz da jurisprudência dos Tribunais pátrios, utilizando-se, para tanto, da análise de precedentes firmados pelos Tribunais Superiores e pelos Tribunais locais especializados em matéria trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual do Trabalho. Competência. Justiça do Trabalho. Direito de greve. Ação de reintegração de posse. Servidores públicos civis.

1. INTRODUÇÃO

O estudo ora apresentado decorre de pesquisa da autora no campo do Direito Processual do Trabalho, cujo escopo está restrito à análise da competência da Justiça do Trabalho para julgamento de ações decorrentes do exercício do direito de greve, fixada pelo art. 114 da Constituição Federal (CF) e, depois, pormenorizado pela Emenda Constitucional n.º 45/2004.

A finalidade do trabalho consiste em compreender o posicionamento dos Tribunais Superiores quanto à interpretação da referida hipótese constitucional, a partir de uma acepção ampla ou estrita da regra. Para tanto, realiza-se a análise de argumentos doutrinários e jurisprudenciais e, por fim, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

O tema revela-se de suma importância, na medida em que a greve constitui um direito social assegurado de forma destacada pela Carta Maior, em seu art. 9º, e é objeto de diversas controvérsias suscitadas perante os Tribunais Superiores.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A competência constitucional da Justiça do Trabalho

215 E-mail: biancascisneiros@hotmail.com

Após longos anos sem expressa definição na ordem jurídica brasileira, o art. 114 da Constituição Federal elencou as hipóteses de competência da Justiça do Trabalho em razão da matéria.

Além da redação originária da Carta Magna de 1988, a Emenda Constitucional de n.º 45/2004 também foi de grande valia para a Justiça do Trabalho, na medida em que ampliou o seu rol de competências e, com isso, deu ensejo a novas discussões a respeito do alcance de cada uma das hipóteses.

Segundo a doutrina, competência material da Justiça do Trabalho, sob a égide da Constituição Federal de 1988, passou a ser sustentada por três pilares: o *princípio da competência original ou específica*, que consiste na competência de processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho; o *princípio da competência derivada ou decorrente*, relativa à competência para processar e julgar outros conflitos decorrentes da relação de trabalho; e o *princípio da competência executória das próprias sentenças*.

Entendida a importância da análise do art. 114 para o que se entende por “direito constitucional do trabalho”, é válido introduzir o inciso que virá a ser analisado: as ações que envolvam exercício do direito de greve (art. 114, inciso II, da CF).

A greve é, por excelência, um mecanismo de autotutela que o empregado tem a seu favor contra o empregador, em tentativa de diminuir sua hipossuficiência.²¹⁶ De acordo com Lei n.º 7.783/89, tal instituto consiste em uma paralisação coletiva, pacífica e temporária, por parte dos empregados, em busca de melhorias nas condições de trabalho.

Consoante a lei de regência, impende destacar que o direito de greve deve ser exercido dentro de determinados limites legais, sob pena de ser declarada abusiva a greve pelo Poder Judiciário. Como algumas de tais limitações, cita-se, por exemplo, o não impedimento de acesso de terceiros, alheios à greve, ao local de trabalho e a não depreciação do patrimônio do empregador.

Nesse contexto, podem ser propostas ações judiciais anteriores, concomitantes ou posteriores à deflagração da greve, a exemplo, das demandas para assegurar o próprio exercício do direito ou reparar os danos causados pela greve.²¹⁷ Em todos os casos, a

216 PONTES, Bruno. **O Exercício do Direito de Greve**. Disponível em: <<https://brunoflpontes.jusbrasil.com.br/artigos/452983197/o-exercicio-do-direito-de-greve>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

217 PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 219.

competência para julgar e processar o feito será da Justiça do Trabalho, com fundamento no art. 114, II, da CF.

A controvérsia, porém, exsurge nos casos em que a situação fática abarca tanto o exercício do direito de greve quanto outros institutos jurídicos afetos a diversos ramos do direito. Em tais situações, a doutrina e a jurisprudência muito discutem a respeito da competência – se da justiça especializada do trabalho ou da comum – para julgamento da causa, o que restará ilustrado a partir das situações de proteção da posse e da greve realizada por servidores públicos civis.

2.2. Ações possessórias que envolvam o exercício do direito de greve

Tradicionalmente, é aceita a propositura de ações possessórias na Justiça do Trabalho nos casos em que diretamente derivadas do contrato de trabalho, a exemplo das lides envolvendo moradia provida pelo empregador ou nos casos de salário *in natura*.

No caso do direito de greve, imprescindível considerar tal fenômeno como um fato trabalhista e social, de modo a envolver não apenas as partes grevistas, mas também terceiros direta ou indiretamente afetados.²¹⁸ Nesse contexto, a competência para o julgamento de ações possessórias decorrentes do exercício do direito de greve passa a ser questionada, sendo possível a defesa da competência da Justiça do Trabalho no caso de interpretação ampla do art. 114, II, da CF, ou para a Justiça de Comum, se entendido tal dispositivo em termos estritos.

De início, ressalte-se que o art. 1.210, *caput*, do Código Civil de 2002 institui três medidas de proteção ao possuidor: havendo turbação, surge o direito de ser mantido na posse; ocorrendo o esbulho, há o direito de ser restituído da posse; existindo justo receio de ser molestado, é o possuidor segurado de violência iminente. Tais direitos podem ser postulados em juízo, respectivamente, por meio de ação de manutenção de posse, ação de reintegração de posse e ação de interdito proibitório.²¹⁹

A doutrina atual mostra-se unânime no sentido de reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ações possessórias que envolvam a matéria trabalhista, aí incluído o art. 114, II, da Constituição Federal. Destaque-se a lição de Mauro Schiavi:

Em nossa visão, tanto as ações coletivas como individuais que envolvem o exercício do direito de greve são da competência da Justiça do Trabalho, seja entre as partes diretamente envolvidas, seja

218 SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 11. Ed. São Paulo: LTr, 2016. P. 261.

219 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. 7. Ed. São Paulo: Método, 2017. P. 965.

entre os que sofrem os efeitos do movimento grevista, mas não participam da greve. [...] Durante o movimento paredista, são comuns as ações possessórias, quando já há a efetiva turbação ou esbulho da posse, ou as ações preventivas, como o interdito proibitório. Para apreciar tais ações, a Justiça do Trabalho sempre aplicou o Direito Civil e o Código de Processo Civil, por força dos arts. 8º e 769 da CLT. No nosso sentir, mesmo as ações possessórias movidas por terceiros que não fazem parte do movimento paredista, são agora da competência material da Justiça do Trabalho, pois são ações relacionadas ao exercício do direito de greve.²²⁰

No tocante ao direito de greve, merece destaque a situação em que clientes e funcionários se veem impedidos de adentrar em agência bancária devido à greve dos demais empregados, dando ensejo à propositura de ação de interdito proibitório em face da ameaça ao direito de posse da agência. Em tal caso, indaga-se qual seria a principal questão da lide: se o exercício à posse ou se o direito de greve.²²¹

O Superior Tribunal de Justiça inicialmente entendeu que a questão se referia ao próprio exercício da posse, constituindo questão de direito privado e, por consequência, de competência da Justiça Comum. A saber:

CIVIL. INTERDITO PROIBITÓRIO. PIQUETE GREVISTA EM PORTA DE EMPRESA. AÇÃO QUE BUSCA GARANTIR LIVRE ACESSO A FUNCIONÁRIOS E CLIENTES. AÇÃO DE NATUREZA POSSESSÓRIA. QUESTÃO DE DIREITO PRIVADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. OCORRÊNCIA. SÚMULA 07-STJ.

I. É de competência da Justiça Comum estadual processar e julgar ação em que se busca garantir livre acesso a funcionários e clientes junto à empresa, na medida em que o pedido e a causa de pedir do interdito proibitório não envolvem matéria trabalhista. Precedentes.

II. "A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial."

220 PEREIRA, Leone. **Op. cit.** P. 221.

221 GOMES, Luiz Flávio. **Súmula Vinculante nº 23**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2037723/sumula-vinculante-n-23>>. Acesso em: 22 de maio 2019.

III. Agravo regimental a que se nega provimento.222

Contudo, é imprescindível considerar que a causa de pedir da referida ação possessória consistia, justamente, na discussão em torno do abuso do direito de greve.

Tal como dispõem os arts. 6º e 9º da Lei n.º 7.783/89, não podem as manifestações grevistas “impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa”, assim como será assegurado ao empregador a manutenção “em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.”

Dessa forma, forçoso concluir que a causa de pedir do interdito possessório envolvia o direito de greve, que, por determinação constitucional, é matéria afeta à Justiça do Trabalho. Assim, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela prevalência da competência da Justiça do Trabalho em casos tais:

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. JUSTIÇA DO TRABALHO X JUSTIÇA COMUM. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. MOVIMENTO GREVISTA. ACESSO DE FUNCIONÁRIOS E CLIENTES À AGÊNCIA BANCÁRIA: “PIQUETE”. ART. 114, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

1. “A determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil” (Conflito de Jurisdição n. 6.959), bastando que a questão submetida à apreciação judicial decorra da relação de emprego.
2. Ação de interdito proibitório cuja causa de pedir decorre de movimento grevista, ainda que de forma preventiva.
3. O exercício do direito de greve respeita a relação de emprego, pelo que a Emenda Constitucional n. 45/2003 incluiu, expressamente, na competência da Justiça do Trabalho conhecer e julgar as ações dele decorrentes (art. 114, inciso II, da Constituição da República).

222 STJ – AgRg no Ag 720.362/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 296.

4. Recurso extraordinário conhecido e provido para fixar a competência da Justiça do Trabalho.²²³

Ao fim, a controvérsia foi solucionada pela edição da Súmula Vinculante n.º 23 pelo Supremo Tribunal Federal, a qual preconiza que “a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada.”.

Noutro giro, há que se mencionar decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região que decidiu ser de competência originária do Tribunal Superior do Trabalho o julgamento de ação possessória decorrente de movimento grevista, quando a lide tiver como parte o Banco do Brasil. Isso porque, em tal situação, restaria caracterizada a amplitude nacional do movimento, de modo a restar claro o intuito de obtenção de vantagem a partir de greve deflagrada em todo o território nacional, fazendo incidir o art. 678, I, “a” da Consolidação das Leis do Trabalho.²²⁴

Entretanto, ao apreciar a questão, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu que o interdito proibitório fundado em movimento grevista possui natureza de ação civil de possessória, não havendo que se falar em dissídio coletivo nem, por conseguinte, de competência originária do TST. Confira-se os seguintes precedentes:

INTERDITO PROIBITÓRIO COM PEDIDO DE LIMINAR DE MANUTENÇÃO DE POSSE. COMPETÊNCIA FUNCIONAL DAS VARAS DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL LIGADA À DEFESA DA POSSE.

1. Nos termos do art. 114, II, da Constituição Federal e da Súmula Vinculante n.º 23 do STF, inscreve-se na competência originária das Varas do Trabalho julgar interdito proibitório cuja causa de pedir decorra de movimento grevista, ou seja, com o fim de garantir o livre acesso de funcionários e clientes a agências bancárias durante período de greve, na medida em que se trata de ação civil de natureza possessória, e não de dissídio coletivo de natureza

²²³ STF – RE 579648, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/09/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-08 PP-01534 RTJ VOL-00208-03 PP-01271.

²²⁴ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. Ações possessórias pertinentes à greve: competência originária da Seção de Dissídios Coletivos de Tribunal do Trabalho. Disponível em: <<https://trt-10.jusbrasil.com.br/noticias/2731540/acoes-possessorias-pertinentes-a-greve-competencia-originaria-da-secao-de-dissidios-coletivos-de-tribunal-do-trabalho?ref=serp>>. Acesso em: 22 de setembro de 2023.

econômica ou de greve, em que a Justiça do Trabalho exerce o Poder Normativo.

2. O acórdão regional divergiu dessa orientação ao declinar de sua competência recursal e determinar a remessa dos autos à Seção de Dissídios Coletivos do TST, órgão jurisdicional ao qual não foi outorgada constitucionalmente a competência originária para julgar ação possessória. Determinação de retorno dos autos ao TRT da 10ª Região para prosseguir no julgamento do recurso ordinário interposto pela entidade sindical.²²⁵

RECURSO DE REVISTA - PRELIMINAR DE NULIDADE - AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO PREVENTIVO - DIREITO DE GREVE - INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL DO JUÍZO DE 1º GRAU - MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL.

1. Nos termos do art. 114, II, da Constituição e da Súmula Vinculante nº 23 do STF, insere-se na competência originária das Varas do Trabalho julgar o Interdito Proibitório se a causa de pedir decorrer de movimento grevista, na medida em que se trata de ação civil de natureza possessória, conforme ao art. 932 do CPC (art. 567 do NCPC), e não de dissídio coletivo de natureza econômica ou de greve, em que a Justiça do Trabalho exerce o poder normativo, de competência originária dos Tribunais Regionais, nos termos do art. 678, I, "a", da CLT.

2. A determinação para assegurar um percentual mínimo de ônibus em circulação durante o período de greve, sob pena de multa diária, é matéria de dissídio de greve, de competência dos Tribunais, e extrapola a natureza do Interdito Proibitório, cujo escopo é a proteção da posse, de direito real do autor, a fim de impedir que seja molestada. Jugados. Recurso de Revista conhecido e provido.²²⁶

Destarte, embora hoje pacífica a competência da justiça trabalhista para processar e julgar ações possessórias ajuizadas em decorrência do direito de greve, há controvérsia

225 TST – Pet - 5473-59.2011.5.00.0000, Relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 12/09/2011, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 30/09/2011.

226 TST – RR-5066-95.2010.5.12.0051, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 09/03/2017.

nos casos em que tal garantia é exercida em âmbito nacional, havendo o Tribunal Superior do Trabalho, por ora, afastado a caracterização do dissídio coletivo.

2.3. Ações que envolvam a greve realizada por servidores públicos civis

A controvérsia a respeito da competência da Justiça do Trabalho para julgar ações que decorram do exercício do direito de greve (art. 114, II, da CF) não se exaure no próprio inciso, mas também abarca controvérsia conjunta ao inciso I da mesma norma: a competência da justiça especializada para apreciar causas oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Diante disso, a fim de avaliar se é a Justiça Trabalhista competente para julgar ações que envolvam o exercício do direito de greve de servidores públicos civis, faz-se necessário divagar a respeito do citado art. 114, I, da CF a fim de responder ao seguinte questionamento: o poder de julgar e processar questões referentes a relações de trabalho na administração pública é amplo ou se limita a uma espécie (estatutário ou celetista)?

Primeiramente, segundo a redação original do art. 114 da CF, não havia dúvidas de que as demandas de competência da Justiça do Trabalho seriam somente aquelas travadas entre trabalhadores e empregadores, sob o regime da CLT, haja vista que a norma apenas mencionava “dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores”.

Porém, com o advento da EC n.º 45/2004, houve uma ampliação do rol de competência, o qual passou a abarcar, de forma expressa, as matérias atinentes a “relações de trabalho”, gênero do qual decorre a relação de emprego regida pela CLT. Foram iniciadas, então, discussões acerca da possibilidade de a Justiça do Trabalho ser competente para julgar ações de servidores públicos estatutários, inseridos em relação jurídico-administrativa.

Nesse contexto, a AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil) propôs a ADI 3.395, em que indicado o inciso I do artigo 114 como parâmetro inferior para fins de afastamento da competência trabalhista quanto às ações movidas por servidores públicos estatutários em desfavor do ente respectivo. A despeito de tratar do inciso I, a ADI possui reflexo direto na interpretação do inciso II do mesmo artigo, visto que, se decidido que a Justiça do Trabalho deve julgar os conflitos decorrentes de relação de trabalho dos servidores estatutários, deveria também ser competente para julgar as ações decorrentes do exercício do direito de greve destes.

A AJUFE defendeu que os servidores ocupantes de cargo criados por lei não deveriam ser julgados pela Justiça Trabalhista, pois a relação que se mantém entre o Estado e o servidor é tão somente de Direito Administrativo, e não de Direito do Trabalho.²²⁷

De outro lado, instituições como a ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho) e ANPT (Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho) sustentavam a posição de que deveria o servidor público estatutário ser julgado e processado perante a Justiça do Trabalho, visto que assim o foi na Constituição de 1946.²²⁸

Da mesma forma, a doutrina se dividia quanto à matéria. De um lado, contra a inclusão dos estatutários na seara da competência da Justiça Trabalhista, estava Celso Antônio Bandeira de Mello:

Parece-nos óbvio que com a dicção 'trabalhadores e empregadores', ou com a dicção 'relação de trabalho', só pode estar se reportando aos casos em que os servidores das entidades estatais esteja sob 'regime trabalhista', regime de emprego (ou haja estado sob tal regime e proponha questões ao propósito dele suscitadas). Vale dizer: a Justiça do Trabalho não é competente para conhecer das questões entre titulares de cargo e o Poder Público, ou suas entidades auxiliares, concernentes a direito oriundos de tal vínculo. A Justiça Comum é que conhecerá de tais direitos.²²⁹

De outro, porém, a favor da concentração dos conflitos dos servidores estatutários na Justiça Especializada, situava-se Sérgio Pinto Martins:

Relação de trabalho é gênero, que abrange a espécie relação de emprego, mas compreende a **relação do funcionário público, que tem relação de trabalho com a Administração Pública**.

A interpretação histórica do inciso I do art. 114 da Constituição mostra que havia exceção no dispositivo, aprovada no Senado Federal. O dispositivo promulgado e publicado no Diário Oficial não fez exceção em relação ao funcionário público e às pessoas que

227 GIMENES, Victor. **Competência da Justiça do Trabalho em relação ao servidor público estatutário**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67031/competencia-da-justica-do-trabalho-em-relacao-ao-servidor-publico-estatutario/3>>. Acesso em: 21 de maio de 2019>.

228 Idem.

229 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 241

exercem cargo em comissão. Logo, a Justiça do Trabalho tem competência para examinar as questões destas pessoas.

A interpretação sistemática do preceito constitucional indica que não se faz mais menção a empregador no inciso I do art. 114 da Lei Maior, mas apenas a relação de trabalho. (...)

É claro o inciso I do art. 114 da Lei Maior em abranger as relações de trabalho em que são parte “a administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios”. Não fazendo referência a empregador, **significa que os funcionários públicos da União, Estados, Distrito Federal e municípios terão direito de ação na Justiça do Trabalho.**²³⁰

Ao apreciar a controvérsia no julgamento da referida ADI 3.395, o Supremo Tribunal Federal acolheu a pretensão da AJUFE e entendeu pela incompetência da Justiça do Trabalho para julgar ações que envolvam servidores públicos estatutários, haja vista a interpretação estrita do termo “relações de trabalho”, que devia abarcar apenas aquelas regidas pela CLT:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. **O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.**²³¹

Tal pacificação, porém, não encerrou os questionamentos a respeito do art. 114, II, da Constituição Federal, subsistindo a dúvida quanto à possível prevalência da Justiça do Trabalho em caso de direito de greve, ainda que exercido este por agentes públicos.

Em um primeiro momento, no julgamento do Mandado de Injunção n.º 708, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela existência de omissão legislativa atinente à regulamentação do exercício do direito de greve exercido pelos servidores públicos e, a

²³⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 148

²³¹ STF - ADI 3.395- MC, Plenário, Rel. Ministro Cezar Peluso, Publicado em: 10/11/2006.

fim de saná-la, determinou a aplicabilidade das disposições da Lei n.º 7.783. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal assentou, também, a competência da Justiça Comum para o julgamento das ações relativas à greve realizada por servidores públicos inseridos em vínculo jurídico-administrativo.

O julgado, porém, não esgotou a matéria, haja vista que não dispôs a respeito dos empregados públicos – submetidos a vínculo de natureza trabalhista, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e que inseridos no art. 114, I, da CF.

A matéria foi, finalmente, pacificada no Tema de Repercussão Geral n.º 544, no bojo do Recurso Extraordinário n.º 846.854, em que fixada a tese: “A justiça comum, federal ou estadual, é competente para julgar a abusividade de greve de servidores públicos celetistas da Administração pública direta, autarquias e fundações públicas”²³².

Dessa forma, consoante o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, em interpretação conjunta dos incisos I e II do art. 114 da CF, tem-se que as ações relativas ao direito de greve, embora veiculem matéria ínsita à Justiça do Trabalho, deverão ser propostas na Justiça Comum, caso realizada a greve por servidores públicos (celetistas ou estatutários).

3.CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a competência da Justiça do Trabalho para julgar causas decorrentes do exercício do direito de greve foi positivada, de forma expressa, na Constituição Federal, por ocasião da EC n.º 45/2004 e, desde então, suscitou diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

Cita-se, nesse sentido, a controvérsia atinente às ações possessórias, que, ante a interpretação ampla conferida ao termo “greve” pelo Supremo Tribunal Federal, restou firmada a competência da justiça especializada em casos tais, conforme entendimento pacificado na Súmula Vinculante n.º 23. Além disso, a partir da interpretação restrita à expressão “relação de trabalho” contida no inciso I do art. 114 da CF, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser competente a Justiça Comum para o julgamento de litígios decorrente de greve realizada por agentes públicos, estejam eles submetidos a vínculo celetista ou estatutário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

232 STF – RE 846.854, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 07/02/2018.

GIMENES, Victor. **Competência da Justiça do Trabalho em relação ao servidor público estatutário.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67031/competencia-da-justica-do-trabalho-em-relacao-ao-servidor-publico-estatutario/3>>.

GOMES, Luiz Flávio. **Súmula Vinculante nº 23.** Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2037723/sumula-vinculante-n-23>>.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PONTES, Bruno. **O Exercício do Direito de Greve.** Disponível em: <<https://brunoflpontes.jusbrasil.com.br/artigos/452983197/o-exercicio-do-direito-de-greve>>.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho.** 11. Ed. São Paulo: LTr, 2016.

STF – ADI 3.395- MC, Plenário, Rel. Ministro Cezar Peluso, Publicado em: 10/11/2006.

STF – RE 579648, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/09/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-08 PP-01534 RTJ VOL-00208-03 PP-01271

STF – RE 846.854, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 07/02/2018.

STJ – AgRg no Ag 720.362/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 296

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** Vol. Único. 7. Ed. São Paulo: Método, 2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. **Ações possessórias pertinentes à greve: competência originária da Seção de Dissídios Coletivos de Tribunal do Trabalho.** Disponível em: <<https://trt-10.jusbrasil.com.br/noticias/2731540/acoes->

possessorias-pertinentes-a-greve-competencia-originaria-da-secao-de-dissidios-coletivos-de-tribunal-do-trabalho?ref=serp>.

TST – Pet - 5473-59.2011.5.00.0000, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 12/09/2011, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 30/09/2011

TST – RR-5066-95.2010.5.12.0051, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 09/03/2017.

INTERVENÇÃO FEDERAL: ANÁLISE DO CABIMENTO DO INSTITUTO QUE SUPRIME A AUTONOMIA DOS ENTES FEDERATIVOS

SOPHIA DE MOURA LEITE: Pós-graduada em Direito e Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Graduada no curso de Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é, a partir de uma breve análise de dispositivos constitucionais, fazer observações a respeito do tema da intervenção federal, unindo comentários tanto de doutrinadores como passagens das recentes decisões dos tribunais superiores, e ainda, comentar a decretação de intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro. Busca-se, pois, com fulcro, primeiramente, em uma análise principiológica, comentar alguns aspectos da norma constitucional que hoje temos em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, como garantia da ordem democrática.

PALAVRAS CHAVE: Intervenção Federal – Princípios – Excepcionalidade

INTRODUÇÃO

Em um cenário de constante instabilidade e incertezas, o Brasil precisa, antes de tudo, respeitar parâmetros que embasam um estado de segurança, não só político-jurídico, como organizacional.

Nesse contexto, a Carta Magna de 1988, símbolo da redemocratização em âmbito normativo, trouxe o federalismo cooperativo, onde enumerou competências privativas e dispôs também acerca das competências compartilhadas, quais sejam, comum e concorrente.

Dessa forma, a autonomia dos entes, a qual está relacionada à capacidade de desenvolver atividades dentro de limites previamente circunscritos pelo ente soberano, limita e condiciona a atuação de cada um dos entes dentro de suas liberdades, deveres e atribuições.

A partir dessa análise, o instituto da Intervenção Federal, conforme leciona a doutrina de Bernardo Gonçalves Fernandes, é "ato de natureza política excepcional, que consiste na supressão temporária da autonomia de um ente, em virtude de hipóteses

taxativamente previstas na Constituição visando à preservação da soberania da República Federativa do Brasil e da autonomia dos entes federativos”. 233

Nessa linha, o STF, no Informativo 603, também trouxe explanação no mesmo sentido, veja-se:

O instituto da intervenção federal, consagrado no texto de todas as Constituições republicanas brasileiras, representa um elemento fundamental, tanto na construção da doutrina do Estado Federal, quanto na práxis do federalismo. O mecanismo de intervenção constitui instrumento essencial à viabilização do próprio sistema federativo, e, não obstante o caráter excepcional de sua utilização - necessariamente limitada às hipóteses taxativamente definidas na Carta Política -, mostra-se impregnado de múltiplas funções de ordem político- jurídica, destinadas (a) a tornar efetiva a intangibilidade do vínculo federativo, (b) a fazer respeitar a integridade territorial das unidades federadas, (c) a promover a unidade do Estado Federal e (d) a preservar a incolumidade dos princípios fundamentais proclamados pela Constituição da República. A intervenção federal, na realidade, configura expressivo elemento de estabilização da ordem normativa plasmada na Constituição da República. É-lhe inerente a condição de instrumento de defesa dos postulados sobre os quais se estrutura, em nosso País, a ordem republicano-federativa. (IF 603, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CELSO DE MELLO, julgado em 09/09/1998, publicado em DJ 25/09/1998 PP-00033)

Sendo assim, o presente trabalho visa analisar de maneira não só teórica, mas também com menção ao cenário fático atual, com fulcro em decisão recente dos tribunais superiores, as hipóteses e a visão da Intervenção Federal no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

1.Princípios que regem a Intervenção Federal

Todos os princípios que serão objeto de estudo, de uma forma ou de outra, decorrem do princípio basilar que rege o tema: o princípio da excepcionalidade.

Partindo-se do pressuposto de que, com a Constituição Federal de 1988, todos os entes federativos foram dotados de autonomia, conforme disposição prevista no art.

233 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, Juspodium, 7ª ed., 2016 – pg. 793

18234, inclusive os Municípios, deve-se ter em mente que, falar em intervenção, tanto estadual quanto federal, sempre será medida excepcionalíssima.

A intervenção é sempre do ente mais amplo, para o menos amplo. No caso do art. 35235 da Constituição Federal, a União não irá intervir diretamente nos Municípios, mas sim os Estados. Os Municípios de território são a única exceção em que pode haver intervenção federal, mas isso não significa supremacia da União em relação aos Estados membros.

Isso porque a União é também ente autônomo, portanto, não dotado de soberania. É soberana a República Federativa do Brasil, sendo certo que essa não se confunde com a União.

Tal autonomia, relativa os entes em geral, é manifestada pelas capacidades de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação. Em breve síntese, entende-se a auto-organização como a capacidade que tem os entes de elaborarem suas próprias leis de regência, isto é, Constituição para a União e os Estados e Leis Orgânicas para Municípios e Distrito Federal. O autogoverno é a prerrogativa de elegerem seus governantes, que difere da autoadministração já que essa relaciona-se à capacidade dos

234 Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 1º Brasília é a Capital Federal.

§ 2º Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

235 Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

entes de dirigirem seus órgãos e serviços públicos, de forma a exercerem suas competências constitucionalmente atribuídas. Por fim, a autolegislação é a prerrogativa de editar a própria lei.

Respeitadas as autonomias mencionadas, conseqüentemente, resta respeitado o princípio da equilíbrio federativo, ou pacto federativo. Entretanto, deve-se atentar para o fato de que a intervenção é uma forma de manutenção desse equilíbrio, que espelha o princípio da manutenção da integridade nacional, pois tem por escopo a proteção da estrutura constitucional federativa contra atos destrutivos de unidades federadas, decorrente da indissolubilidade do vínculo federativo.

Nessa perspectiva, e tendo em mente a excepcionalidade da medida ora em análise, entende-se que as hipóteses de intervenção estão taxativamente previstas na Carta Magna, compondo, portanto, rol *numerus clausus*.

O princípio da taxatividade, por sua vez, está diretamente relacionado ao princípio da temporariedade, uma vez que, dentre as hipóteses taxativamente elencadas na Lei Maior, deve-se, mesmo optando-se por sua aplicação, indicar o prazo máximo, a justificar a excepcionalidade da medida, preservando-se como regra a autonomia.

Diante do exposto, percebe-se que a excepcionalidade da intervenção abre um leque de fundamentação também de base principiológica, firme também no princípio da necessidade, todos com o fim primeiro de manutenção do pacto federativo e, assim, respeito à Constituição Federal.

2.Pressupostos e requisitos de Intervenção Federal

Os pressupostos da Intervenção Federal estão elencadas em rol exaustivo no art. 34 da Constituição Federal. Vejamos:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

I - manter a integridade nacional;

II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

- a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;
 - b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;
- VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
- VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
 - b) direitos da pessoa humana;
 - c) autonomia municipal;
 - d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
 - e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Segundo a doutrina do professor Guilherme Peña de Moraes, a intervenção federal tem natureza jurídica de procedimento político-administrativo, o qual é deflagrado por ato praticado no exercício do poder, vinculado ou discricionário, em que se encontra investida a Chefia do Poder Executivo da entidade interveniente, sob a forma de decreto.²³⁶

Decorre dessa natureza jurídica uma consequência de caráter prático: o não cabimento de recursos extraordinários. Isso ocorre pelo fato de que, em âmbito de intervenção federal, a atividade desenvolvida pelo judiciário no inc. VI do art. 34 não tem caráter propriamente jurisdicional, e, portanto, não há uma causa da qual se possa recorrer, ante a natureza político-administrativa do procedimento.

No que concerne aos requisitos, estão previstos no art. 36 da Constituição Federal:

Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

236 MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Atlas, 5ª ed., 2013 - pg. 341

I - no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;

II - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;

III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IV - (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º Se não estiver funcionando o Congresso Nacional ou a Assembléia Legislativa, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas.

§ 3º Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

§ 4º Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.

Depreende-se desse dispositivo, que a intervenção pode ser espontânea ou provocada.

A primeira é aquela manejada pelo Presidente da República, pela exarcação do decreto interventivo, prevista nos incisos I, II, III e V. Decorrem da (a) necessidade de manutenção da integridade nacional, (b) a repulsa à invasão estrangeira ou de uma Unidade da Federação em outra, (c) a resolução de grave comprometimento da ordem pública ou (d) a reorganização das finanças do Estado ou Distrito Federal.

A intervenção provocada, por seu turno, está disposta nos incisos remanescentes, isto é, art. 34, inc. IV, VI e VII, devendo a interpretação desses ser conjugada com o art. 36,

inc. I, II e III. É caracterizada por também ser manipulada pelo Presidente da República, pela expedição de decreto interventivo, mas em razão de solicitação do Poder Legislativo ou Executivo estadual ou distrital, ou também de requisição do Poder Judiciário Nacional, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, bem assim da ação de excoutoriedade de lei federal, ou não.

3. Breve análise da Intervenção Federal no Rio de Janeiro

Em 2018, o Decreto nº 9.288237 determinou a Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro. Discutiu-se se o fundamento foi aquele previsto no inc. III do art. 34, isto é,

237 **DECRETO Nº 9.288, DE 16 DE FEVEREIRO DE 2018**

Decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, **caput**, inciso X, da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º Fica decretada intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro até 31 de dezembro de 2018.

§ 1º A intervenção de que trata o **caput** se limita à área de segurança pública, conforme o disposto no Capítulo III do Título V da Constituição e no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

§ 2º O objetivo da intervenção é pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro.

Art. 2º Fica nomeado para o cargo de Interventor o General de Exército Walter Souza Braga Netto.

Parágrafo único. O cargo de Interventor é de natureza militar.

Art. 3º As atribuições do Interventor são aquelas previstas no art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro necessárias às ações de segurança pública, previstas no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

§ 1º O Interventor fica subordinado ao Presidente da República e não está sujeito às normas estaduais que conflitarem com as medidas necessárias à execução da intervenção.

§ 2º O Interventor poderá requisitar, se necessário, os recursos financeiros, tecnológicos, estruturais e humanos do Estado do Rio de Janeiro afetos ao objeto e necessários à consecução do objetivo da intervenção.

§ 3º O Interventor poderá requisitar a quaisquer órgãos, civis e militares, da administração pública federal, os meios necessários para consecução do objetivo da intervenção.

§ 4º As atribuições previstas no art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que não tiverem relação direta ou indireta com a segurança pública permanecerão sob a titularidade do Governador do Estado do Rio de Janeiro.

pôr termo a grave comprometimento da ordem pública, ou aquele previsto no inc. IV do mesmo dispositivo, qual seja, garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas Unidades da Federação.

Como visto supra, tal diferenciação não é meramente teórica, ante a distinção procedimental no que toca a ser o inciso III intervenção espontânea e o inc. IV, por sua vez, intervenção provocada, a depender, portanto, de requisição.

Sobre o Decreto do Presidente da República, cabe ponderar que de acordo com o procedimento previsto no capítulo VI do Título III da Carta, esse deve fixar a amplitude, as condições, os termos e o prazo da intervenção, bem como, se houver, nomear interventor, tudo em respeito aos princípios já analisados, tais como excepcionalidade, temporalidade e necessidade.

Ademais, o referido Decreto deve ser submetido à controle político, em respeito ao sistema de *checks and balances*, analisando a adequação do referido ato no prazo de vinte e quatro horas, em consonância com o parágrafo primeiro do art. 36 da Constituição Federal, ressalva a hipótese do parágrafo 3º do mesmo dispositivo.

Ainda, cabe comentar que, respeitando-se, mais uma vez, a Constituição Federal nesse ponto, há limites ao Poder Legislativo fixados no Título Terceiro da Carta Magna, no caso concreto, toda a atividade constituinte derivada exercida pelo Congresso Nacional restou sobrestada, e não se pode deliberar sobre nenhuma proposta de emenda

§ 5º O Interventor, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, exercerá o controle operacional de todos os órgãos estaduais de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição e no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Art. 4º Poderão ser requisitados, durante o período da intervenção, os bens, serviços e servidores afetos às áreas da Secretaria de Estado de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, para emprego nas ações de segurança pública determinadas pelo Interventor.

Art. 5º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de fevereiro de 2018; 197º da Independência e 130º da República.

MICHEL TEMER

Torquato Jardim

Raul Jungmann

Sergio Westphalen Etchegoyen

Carlos Marun

Este texto não substitui o publicado no DOU de 16.2.2018 - Edição extra

constitucional que se encontrava em curso na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, vê-se que o instituto da intervenção federal, por sua natureza excepcionalíssima, até o ano de 2018, jamais havia sido decretado no Brasil.

Talvez pelo o conjunto de limitações circunstanciais ao poder de emenda, constante do art. 60, § 1º da Lei Maior, o qual constitui o motivo fundamental pelo qual, a Presidência da República não havia, até então, formalizado qualquer ato monocrático no sentido de produzir o primeiro episódio de adoção do instituto previsto nos arts. 34 e 36 da Carta Magna.

Talvez, ainda, pelo conjunto de instrumentos disponíveis, desde a redemocratização, tais como medidas provisórias e emendas constitucionais, que possibilitam uma “governabilidade” com ingerência em diversos aspectos, de uso reiterado pelo Poder Executivo (sem adentrar no mérito da presença ou não de relevância e urgência, possibilidade ou não de seu controle judicial das medidas provisórias).

Vê-se, pois, que os ‘acordos de cooperação’ entre governos estaduais e federal evitaram a medida extrema da formalização do ato interventivo, em aparente respeito a seu caráter excepcional, sendo certo que tal excepcionalidade deve ser mantida, para que se possa falar em democracia no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Atlas, 5ª ed., 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**, Rio de Janeiro, Renovar, 7ª ed., 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, Juspodium, 7ª ed., 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**, Juspodium, 12ª ed., 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 6/06/2023.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000049060&base=basePresidencia>. Acesso em 07/06/2023.

ABORTO VIRTUAL FUNDADO NA ADI Nº 3.510? BASES DOUTRINÁRIO-JURISPRUDENCIAIS PARA O ENFRENTAMENTO DO ABORTO NO BRASIL

MARCELO DIAS SILVA DE SOUZA:

Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco e aluno do curso de Mestrado em Ciências Jurídicas pela Veni Creator University²³⁸

RESUMO: O que se pretende nas linhas que se seguem é fazer uma análise da jurisprudência firmada na Suprema Corte tendo como ponto de partida o voto do Min. Rel. Carlos Ayres Britto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.510/DF) em que por maioria se consolidou as bases doutrinário-jurisprudências à luz do sistema normativo em vigor que poderiam servir de fundamento para que o Poder Judiciário brasileiro enfrente a problemática do aborto que já há bastante tempo “bate à porta” da Corte Constitucional do Brasil face a ausência de discussão da matéria de forma mais aprofundada na arena própria que é o Congresso Nacional. É a partir do reconhecimento da constitucionalidade do art. 5º da Lei Federal nº. 11.105, de 24 de março de 2005, comumente chamada “Lei de Biossegurança, em que se autorizou as pesquisas com células-tronco originárias de embriões humanos para fins terapêuticos, a partir da técnica da fertilização in vitro (reprodução de embriões humanos em laboratório), que se pretende discorrer sobre o grau de proteção que a ordem jurídica brasileira empresta ao embrião humano e quais as perspectivas de a declaração de constitucionalidade de utilização de embriões humanos - agora com finalidade diversa da pró-criatória - influir no entendimento da Corte sobre os caminhos que a sua jurisprudência tomará para o enfrentamento desse tema tão controverso que envolve o aborto voluntário. No que tange ao referencial metodológico a pesquisa foi de base bibliográfica e documental e parte de um critério indutivo com vistas a uma das possíveis soluções para o problema proposto. É a partir das bases fixadas nesse importante julgado que se pretende defender a possibilidade de se vislumbrar o reconhecimento implícito - daí a expressão aborto virtual -, ou ao menos, possíveis caminhos que ampliem a autonomia feminina no que se refere a incluir o abortamento voluntário como um direito da mulher pela ordem jurídica interna.

238 E-mail: marcdssouza@yahoo.com.br

Palavras-chave: Embrião humano. Vida. Doutrina; Jurisprudência. Aborto e nova regulamentação.

ABSTRACT: What is intended in the following lines is to make an analysis of the jurisprudence established in the Supreme Court, taking as a starting point the vote of Minister Rel. Carlos Ayres Britto given in the Direct Action of Unconstitutionality (ADI nº 3.510/DF) in which by majority consolidated the doctrinal-jurisprudential bases in the light of the normative system in force that could serve as a basis for the Brazilian Judiciary to face the problem of abortion that has been knocking on the door of the Constitutional Court of Brazil for a long time in the face of the absence of discussion of the matter in more depth in the proper arena that is the National Congress. It is from the recognition of the constitutionality of art. 5th of Federal Law no. 11,105, of March 24, 2005, commonly called "Biosafety Law, which authorized research with stem cells originating from human embryos for therapeutic purposes, using the technique of in vitro fertilization (reproduction of human embryos in the laboratory) , which aims to discuss the degree of protection that the Brazilian legal order provides to the human embryo and what are the prospects for the declaration of constitutionality of the use of human embryos - now with a purpose other than pro-creation - influencing the Court's understanding of the paths that its jurisprudence will take to confront this controversial issue involving voluntary abortion. Regarding the methodological framework, the research was bibliographic and documentary based and based on an inductive criterion with a view to one of the possible solutions to the proposed problem. It is from the bases established in this important judgment that we intend to defend the possibility of envisioning implicit recognition - hence the expression virtual abortion -, or at least, possible paths that expand female autonomy with regard to including voluntary abortion as a a woman's right under the domestic legal order.

Keywords: Human embryo. Life. Doctrine; Jurisprudence. Abortion and new regulation.

1.INTRODUÇÃO

Com o propósito de contextualizar a temática do aborto que há anos vem sendo judicializada, com especial protagonismo da Suprema Corte do Brasil, colaciona-se à discussão que se está a iniciar a constatação de que dentre as causas que acarretam a morte materna, aqueles óbitos em que as mulheres se encontram na faixa etária entre 10 e 49 anos, e no espaço de tempo compreendido entre a gestação e o estado puerperal, entende-se que o aborto possui significativa importância na medida em que leva a óbito número expressivo de mulheres em idade reprodutiva e em plenas condições laborais (CARDOSO; VIEIRA; SARACENI, 2020). No Brasil pode-se dizer que o aborto tem contornos de um problema de saúde pública em função de sua reiteração e abrangência constatadas nas diversas regiões do país (CARDOSO; VIEIRA; SARACENI, 2020).

Nesse sentido ganha relevo a presente discussão e merece ser debatida no meio acadêmico como forma de se buscar soluções que atendam aos interesses de todos os atores envolvidos na temática do aborto. Na presente pesquisa não só se optou por analisar a jurisprudência acima destacado – que versa sobre pesquisas científicas com células-tronco de embriões humanos, decorrentes do procedimento de fertilização in vitro, como também contextualizar o fato social aborto numa perspectiva da ideia de dignidade da pessoa humana como um valor da vida em comunidade que foi alçado ao nível de posituação na Carta Magna do Brasil.

É nesse contexto que se pretende trazer a discussão até onde vai autonomia da vontade feminina de se autodeterminar num aspecto ímpar de sua vida como é o exercício do direito ao planejamento familiar responsável²³⁹ - direito fundamental -, em que se poderia vislumbrar não só o direito a levar uma gestação a termo, o direito de não gerar filhos, mas também o de interromper uma gestação por exclusiva vontade da mulher - numa interpretação extensiva do texto constitucional -, sem que se perca de vista a proteção de direitos do nascituro que tem amparo infraconstitucional de forma explícita.

Essas são as balizas em que se pretende discutir o fato social aborto com o simples propósito de contribuir com o debate sobre tema tão controvertido no cenário jurídico e social brasileiros em que os Poderes Constituídos ainda não se posicionaram sobre uma nova regulamentação do aborto com vistas a ampliar e reconhecer novos direitos ao gênero feminino como o é uma ampliação de sua autonomia no seu pretense direito de se interromper voluntariamente uma gestação.²⁴⁰

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

No cenário sul-americano tem-se que o Brasil se situa no grupo de países em que a legislação sobre o aborto sofre críticas no sentido de que ainda interfere de forma significativa na autonomia feminina de maneira que sua flexibilização, a exemplo do que já acontece nos países vizinhos, como Argentina e o Uruguai, permitiria não só uma maior autonomia sobre a capacidade reprodutiva da mulher como também resolveria um

²³⁹ Artigo da CF que trata do planejamento familiar: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

²⁴⁰ Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio; Redator para acórdão: Luís Roberto Barroso; Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira; Impetrante Jair Leite Pereira; Coautor: Superior Tribunal de Justiça.

problema de saúde pública que tem como principais vítimas as mulheres de classes sociais mais vulneráveis social e economicamente (BRASIL, 2018).

Os marcos teóricos que serão “fincados” nos parágrafos que se seguem têm o propósito de estabelecer o objeto da pesquisa como acima delineado, isto é, analisar as possíveis bases em que se legitimaria o aborto voluntário no Brasil tendo como referência a jurisprudência supra destacada que discute a utilização de embriões humanos oriundos de um processo de reprodução assistida com finalidades de pesquisa e terapêutica, portanto, com fins diversos do estritamente pro-criatório da pessoa humana. Com a presente investigação pretende-se analisar se existe naquele julgado bases doutrinária e jurisprudencial a partir do prisma constitucional que sinalizem - ao menos - possíveis caminhos para discussões futuras sobre uma nova regulamentação do aborto com vistas a ampliação das possibilidades de interrupção voluntária da gestação, ainda que sob certas condições, fundado exclusivamente na autonomia da vontade feminina. Vale dizer, investigar se naquela ação constitucional há fundamentos jurídicos que melhor equilibrem a “balança” entre interesses do embrião e do feto humanos e aqueles relacionados ao direito da mulher de interrupção voluntária da gestação como forma de reconhecer e ampliar sua autonomia no que se refere ao seu próprio corpo reivindicado há décadas pelo movimento feminista.

2.1 A RELATIVIZAÇÃO DO VALOR DO EMBRIÃO HUMANO A PARTIR DE UMA ANÁLISE DO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO NA SUA MISSÃO PRIMÁRIA DE PROTEÇÃO A VIDA

Nesse sentido destaque-se de início o permissivo legal contido do art. 5º da Lei Federal nº. 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança) que fora submetido ao crivo do Supremo na ADI nº 3.510/DF de Relatoria do Min. Carlos Ayres Britto que assim reza:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de **células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento**, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento; . § 2o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no

9.434, de 4 de fevereiro de 1997' ('Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa') (BRASIL, 2005, p. 1, grifo nosso).

Tecendo o comentário inicial em seu voto sobre o regramento normativo em análise considera Britto (2008, p. 159, grifo nosso):

[...] Ao inverso, penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino (caso do embrião in vitro).

A interpretação inicial que se faz ao analisar a transcrição do voto daquele ministro é que se estende o atributo da dignidade de toda forma de vida humana ao embrião ainda que fecundado sob as técnicas de reprodução assistida. Teriam a tutela legal ainda que produzidos em laboratório num procedimento extracorpóreo. Uma primeira conclusão a que se chega é a seguinte: por mais louvável que seja, a técnica da reprodução assistida implica numa produção de inúmeros embriões humanos e que em sua maioria serão descartados e/ou congelados. No caso dos embriões submetidos a congelamento (incisos II do art. 5º da Lei de Biossegurança) passam tais embriões humanos por aquele período em que se implantado no útero materno se desenvolveria a vida humana. Seria ético permitir a produção de embriões humanos em número superior aos destinados à reprodução humana – sabendo-se que em sua maioria não serão aproveitados - e não franquear a possibilidade do aborto voluntário sob certas condições a uma mulher que não deseja exercitar a maternidade? No trecho do voto acima está implícito que não existe hierarquia de embrião humano independente de ser concebido dentro ou fora do corpo feminino.

No que diz respeito aos contornos da vida humana tutelada pela Carta Constitucional de 88 continua Britto (2008, p. 163-164, grifo nosso), para quem:

[...] É que a nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida humana**. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da 'dignidade da pessoa humana' (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessional mente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a 'direitos da pessoa humana' (alínea b do inciso VII do art. 34), 'livre exercício dos direitos

[...] individuais' (inciso III do art. 85) e até dos 'direitos e garantias individuais' como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), **está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém.** De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais 'à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade', entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º).

Discorrendo ainda sobre a vida humana a partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional, argumenta Britto (2008, p. 164):

Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresso uso do adjetivo 'residentes' no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em 'placa de Petri'), além de complementar a referência do seu art. 5º 'aos brasileiros' para dizer que eles se alocam em duas categorias: a dos brasileiros natos (na explícita acepção de 'nascidos', conforme as alíneas a, b e c do inciso I do art. 12) e brasileiros naturalizados (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas a e b do inciso II do mesmo art. 12).

E, por fim, no que versa sobre o bem jurídico, vida humana, protegido na Constituição Federal de 88, conclui Britto (2008, p. 165, grifo nosso), para quem:

Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, **mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural.** É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, **mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida.**

Nesse ponto é importante constar que o aludido ministro adotou nos argumentos acima desenvolvidos a teoria natalista como condição necessária para se adquirir personalidade jurídica na ordem normativa brasileira. Todavia a admissão dessa teoria não se sustentou pura e simplesmente na previsão do Código Civil que em seu art. 2º reza que:

“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” (BRASIL, 2022, p. 1).

Pela ação em análise julgada procedente pela Suprema Corte do Brasil, tendo como voto condutor o do Min. Relator Carlos Ayres Britto, não só se admite a teoria natalista como marco do reconhecimento pelo Direito da existência da pessoa humana, mas também, no nível constitucional, a partir da interpretação sistemática desenvolvida linhas acima, entende a Corte Constitucional que o direito à vida previsto no rol intitulado “Direitos e Garantias Fundamentais” exige como condição necessária o nascimento da pessoa com vida, isto é, a partir de uma interpretação sistemática e histórica a tutela da vida humana exige como condição que o nascente sobreviva ao parto materno.

A despeito de haver outras teorias que entendem o direito à vida do nascituro garantido a partir da concepção,²⁴¹ e, portanto, no mesmo plano de importância que a vida da pessoa humana já nascida, o que se pretende investigar, ao menos por ora, é em que nível de entendimento se encontra a Suprema Corte do Brasil no que toca o direito fundamental à vida tendo como ponto de partida a Constituição Federal como norma de hierarquia máxima da República Federativa do Brasil. E essa investigação parte daquela ação direta de inconstitucionalidade que trata com bastante profundidade a natureza jurídica do embrião humano, inclusive sendo ele concebido a partir de uma técnica de reprodução assistida.

Nesse ponto se faz necessário enfrentar as previsões legais de proteção ao nascituro²⁴² não com o propósito de diminuir a importância do embrião humano ou do feto, mas de melhor interpretar tais previsões legais utilizando a norma constitucional como contraponto, na qual se busca o fundamento de validade para todo o sistema normativo infraconstitucional.

Ainda se enfrentará nos tópicos que se seguem a dignidade da pessoa humana enquanto valor que encontrou positivação nas Cartas Constitucionais de diversos Estados democráticos como uma decorrência de seu reconhecimento inicial no sistema normativo internacional que guarda relação direta com a proteção dos direitos humanos. Por ora se pretende compartilhar com o fito de conseguir evidenciar ainda mais os referenciais teóricos do presente trabalho acadêmico a relação estabelecida no julgado em análise

241 Conforme Gagliano e Panplona Filho em sua publicação “manual de direito civil” Teoria concepcionista: “A teoria concepcionista, por sua vez, influenciada pelo Direito francês, contou com diversos adptos. Segundo essa vertente de pensamento, o nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo, assim, considerado pessoa.”

242 De acordo com os autores supracitados o conceito de nascituro: “Cuida-se o nascituro do ente concebido, embora ainda não nascido”.

entre dignidade da pessoa humana e normas legais de proteção do nascituro, vale dizer, a proteção legal do nascituro encontraria razão de ser no princípio da dignidade da pessoa humana pelo fato de o embrião ou feto humanos serem tidos como um importante marco do qual se origina a pessoa humana.

Nesse ponto segue transcrição de argumentação do voto em análise no que respeita não só a importância do embrião humano e do feto para a constituição da pessoa humana, mas, também, com o intuito de estabelecer à luz da Constituição Cidadã de 88 a hierarquia em importância e a total distinção entre embrião humano e/ou feto de um lado, e a pessoa humana de outro. Nesse sentido argumenta Britto (2008, p. 169) para quem:

Sucedem que - este o *fiat lux* da controvérsia - a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságue, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas. Razão porque o nosso Código Civil se reporta à lei para colocar a salvo, 'desde a concepção, os direitos do nascituro' (do latim 'nasciturus'); que são direitos de quem se encontra a caminho do nascimento.

Donde se influi a ressalva contida no art. 2º do Código Civil que estatui que: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; **mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro**". (BRITTO, 2008, p. 169, grifo nosso).

Teria a prescrição legal acima sublinhada razão de ser no princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que a proteção do embrião e/ou feto se torna indispensável para o nascimento da própria pessoa humana referencial maior para todo o sistema de direito positivo. Todavia pelas transcrições do voto em análise e que não custa lembrar foi acompanhado pela maioria no julgamento daquela ação constitucional não firmou-se o entendimento de que à luz da Carta de 88 protege-se a vida desde a concepção, ao contrário, destacou-se o silêncio da Norma Maior sobre o marco inaugural de proteção da vida humana, e a partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional levantou-se argumentos sólidos no sentido de que o constituinte ao longo das disposições constitucionais, sobretudo na parte que versa sobre direitos fundamentais, teria como destinatários de suas prescrições protetivas a vida humana já nascida, vale dizer, seria protegida pelas normas fundamentais a vida humana que ultrapassa o ciclo intraútero necessário ao seu nascimento com vida e, por isso, detentora da personalidade civil com todos os direitos a ela inerentes.

Sairia do campo da presente investigação científica produzir comentários e transcrições de pensadores com entendimento no sentido de que a vida humana embrionária ou fetal teria uma proteção constitucional no mesmo plano de igualdade da pessoa humana; não se tem na presente pesquisa esse objetivo que ampliaria o foco de seu objeto de investigação, o qual consiste, de maneira sucinta, em condensar a partir dessa ADI nº 3.510/DF fundamentos doutrinário e jurisprudenciais tendo como pano de fundo a Carta Magna de 88 que, ao menos, sinalizem os possíveis caminhos da Corte Suprema ao enfrentar a problemática do aborto no Brasil.

Dessa feita, a tutela conferida ao nascituro guardaria razão de existir na própria pessoa humana, mas não estaria em seu nível de importância por assim não rezar a Constituição Federal.

Ainda no que se refere à proteção jurídica conferida pela legislação infraconstitucional ao embrião ou feto assevera Britto (2008, p. 170, grifo nosso) para quem:

Igual proteção jurídica se encontra no relato do § 3º do art. 9º da Lei 9.434/97, segundo o qual 'É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea **e o ato não oferecer risco à saúde do feto**' (negritos à parte). Além, é claro, da norma penal de criminalização do aborto (arts. 123 a 127 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com as exceções dos incisos I e II do art. 128, a saber: 'se não há outro meio de salvar a vida da gestante' (aborto terapêutico); se 'a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal' (aborto sentimental ou compassivo). Dupla referência legal ao vocábulo 'gestante' para evidenciar que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, mas sempre no interior do corpo feminino.

Não obstante essa proteção jurídica ao nascituro pela legislação infraconstitucional como um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, veja-se que o fato de o Direito Penal tutelar a vida pré-natal não implica o reconhecimento legal de que o bem jurídico nos delitos de aborto a serem protegidos seria a vida da pessoa humana. Se a interpretação desses tipos penais fosse nesse sentido, a saber, proteger a vida da pessoa humana, seriam tidas por inconstitucionais as previsões legais que permitem o aborto -

estupro e risco de morte - na medida em que a Constituição Federal veda textualmente a pena de morte,²⁴³ admitindo como única exceção o caso de haver guerra declarada.²⁴⁴

Ainda no que se refere ao reconhecimento e proteção dada pela legislação infraconstitucional ao embrião humano e ao feto, e para não haver dúvida sobre o que se está colocando nos últimos parágrafos sobre a distinção entre vida pré-natal e pessoa humana ou natural, argumenta Britto (2008, p. 171), para quem:

[...] Reconhecer e proteger, aclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana. Mas um mutismo hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual, até porque, segundo recorda Sérgio da Silva Mendes, houve tentativa de se embutir na Lei Maior da República a proteção ao ser humano desde a sua concepção. É o que que noticiam os anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1986/1987, assim invocados por ele, Sérgio da Silva Mendes (mestre em Direito e doutorando em filosofia pela Universidade Gama Filho - RJ): 'O positivismo-lógico apela para os métodos tradicionais de interpretação, entre eles o da vontade do legislador. [...]'. Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto dessa metamorfose. [...] **Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana**, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos 'feto'. Este e o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita.

243 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:

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

244 Voto proferido pela Min Britto, p. 170-171.

Nesse julgado se entendeu através do voto do relator que o Direito dá primazia de proteção a pessoa humana ou natural, pelo simples fato de ter a característica de valorar o que melhor entender como bem jurídico a ser protegido. Entendeu-se que foi uma escolha do Constituinte Originário não reconhecer a tutela da vida humana desde a concepção a fim de diferenciá-la em grau de importância da vida da pessoa já nascida, sendo esta como de maior valor para o ordenamento jurídico brasileiro a partir de uma interpretação mais realista do texto constitucional, como já explanado ao longo do presente trabalho.

Ainda no nível da legislação infraconstitucional a despeito de ficar patente a proteção que se confere ao embrião e ao feto humanos, nota-se que não se encontram no mesmo plano de importância da pessoa humana já nascida haja vista o tratamento diferenciado não só na admissão do aborto decorrente de estupro ou em caso de risco de morte para a gestante, mas também na distinção do quantum da sanção penal nos casos de infanticídio e homicídio que apontam para um maior desvalor da conduta em relação a pessoa humana nascida e objeto material do crime de homicídio.²⁴⁵ Não é desarrazoada uma interpretação da ordem jurídica brasileira em que se reconheça a partir dessas exceções legais em que se admite o aborto que não se encontram no mesmo plano de importância para o Direito brasileiro a vida intrauterina e a vida da pessoa já nascida. Ademais no caso do aborto em decorrência de estupro há um elemento que ainda se pretende tratar de forma mais detalhada, que é a autonomia da vontade feminina, que nesses casos ganha maior relevo quando da ponderação de seus interesses em detrimento do embrião ou feto.

Ainda colocando em evidência um possível reconhecimento pela Corte Constitucional desse tratamento diferenciado pela ordem jurídica nacional, nesse ponto é conveniente trazer à presente discussão no que se refere a uma maior proteção e respeito a pessoa humana a doutrina de Pereira (2011, p. 215-216 *apud* TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2014, p. 24): “Polariza as tendências jurídicas do nosso tempo [...]. Constituído o direito por causa do homem, centraliza este todos os cuidados do ordenamento jurídico e requer a atenção do pensamento contemporâneo.”

Sabe-se que a problemática do aborto perpassa aspectos bastantes conflituosos como os de natureza política e religiosa. Divide a sociedade entre aqueles que entendem o aborto como uma prática não só ilegal, mais imoral e antirreligiosa. É tema, de fato,

²⁴⁵ Tipos penais: **infanticídio**: Art. 123 – Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de dois a seis anos.

Homicídio simples: Art. 121 – Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos. Podendo chegar a 30 anos nos casos de homicídio qualificado.

bastante controverso não só no Brasil como no mundo - veja-se os Estados Unidos da América que depois de décadas voltaram a discutir a temática -, e, por isso, o que se pretende na presente investigação é condensar o que de consenso existe na Suprema Corte do Brasil sobre essa temática. Esclareça-se que não se pretende aqui fazer uma defesa intransigente sobre uma eventual ampliação das possibilidades de abortamento que implicaria num reconhecimento de que cabe à mulher uma maior liberdade quanto aos rumos de seus destinos no que se refere ao planejamento familiar. Mas sim analisar o fato social aborto tendo aquela ação constitucional como uma referência inicial em virtude de sua análise mais aprofundada da manipulação do embrião humano, o qual, diga-se, constitui o elemento central da discussão sobre o direito ao abortamento voluntário na medida que eventual reconhecimento, poderia ser admitido nessa fase da gestação, a partir de um juízo de ponderação em virtude de a ordem jurídica reconhecer e tutelar o embrião e o feto humanos.

E por que não admitir a proteção constitucional da vida humana desde a concepção? Simplesmente porque assim não determina o texto constitucional. Porque não houve essa previsão por parte do constituinte originário. Talvez esse silêncio do constituinte originário se deu mesmo em benefício da vida humana já nascida, detentora da personalidade civil. Esse julgado em especial vem pautando-se numa interpretação do texto constitucional como a mais coerente com seus princípios expressos e demais normas. Em tempos que a Suprema Corte é criticada por produzir decisões que ultrapassam os limites de seus poderes conferidos pela Carta Constitucional - o chamado ativismo judicial -, o que se vem constatando a partir do voto de relator que foi acompanhado pela maioria do plenário é que se produziu um entendimento no que se refere à suposta contradição entre direitos fundamentais da pessoa já nascida e direitos do nascituro no sentido de que a vida da pessoa já nascida tem uma tutela maior por assim ser o que preconiza a Carta Magna. Nesse particular vem somar-se a conceituação de Direito para Kelsen (1999, p. 4):

Na verdade, O Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo norma se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira [...].

A fim de ser fiel aos ensinamentos do Mestre da Escola de Viena, ao menos naquilo que é fundamental ao Estado Democrático de Direito, fundado no pensamento positivista da Ciência do Direito, deve-se com o intuito de se admitir uma interpretação contrário da acima fixada alterar o texto constitucional a fim de se positivar no mesmo nível de importância a vida embrionária e aquela já nascida, visto que não é desarrazoada entender que é para a pessoa humana, primeiramente, que se convergem as normas constitucionais como demonstrado ao longo desse estudo.

Não com a intenção de se fazer uma conclusão antecipada, mas com o propósito de não se perder de vista uma possível relativização do valor do embrião humano, para além daquelas demonstradas na norma penal, nas exceções acima explanadas, não se esqueça que através do voto do eminente ministro relator e que fora acompanhado pela maioria da Corte Suprema, reconheceu-se jurisprudencialmente e legitimou-se a produção extracorpórea de embriões humanos não só com finalidades reprodutivas – técnica da reprodução assistida que segundo a Corte não viola a Constituição Federal de 88, mas que, todavia, não foi discutida pelo Poder Legislativo Federal -, mas também sua utilização para pesquisas científicas de grande relevo nacional. A despeito de a ordem jurídica não vedar a produção de embriões humanos em laboratório que invariavelmente leva ao seu descarte em número considerável,²⁴⁶ agora, todavia, chancelada essa prática pela Suprema Corte na medida em que reconheceu a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, passa, também, a reprodução assistida, a ter uma finalidade útil e nobre com a utilização de embriões humanos não utilizados no procedimento de reprodução humana, seja por desejo dos pais, seja pela inviabilidade dos mesmos, na sua destinação em pesquisas com vistas a propiciar uma melhor qualidade de vida a pessoas com doenças gravíssimas, como prescrito pela Lei de Biossegurança. Não se perca de vista essa constatação da Corte Suprema – descarte de embriões humanos decorrentes do procedimento de reprodução assistida -, e agora, com a previsão do art. 5º da Lei de Biossegurança, submetidos ao congelamento, que alhures pode ser invocada para permitir, também, o “descarte” de embriões humanos que se encontre nas entranhas da gestante por expressa manifestação de sua vontade.

E nesse cenário se iniciará o tópico seguinte como intuito de abordar a partir daquele julgado o que se entendeu por planejamento familiar tendo como referência, sempre, o texto constitucional.

2.2 PLANEJAMENTO FAMILIAR FUNDAMENTADO NA RESPONSABILIDADE E NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No presente tópico se pretende produzir algumas considerações sobre o que vem a ser o direito fundamental ao planejamento familiar previsto na Carta Constitucional de 88 e sua relação com os princípios da dignidade da pessoa humana e da responsabilidade, também positivados naquela Lei Maior, a qual assim estatui:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

²⁴⁶ Voto do Min Menezes Direito em que trata o percentual de embriões excedentários. ADI 3510, p. 240-241.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 2018, p. 1).

A ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510/DF, objeto de análise da presente investigação, através do voto do Min. Rel. Carlos Ayres Britto, a despeito de enfrentar os conceitos jurídicos de Planejamento Familiar, dignidade da pessoa humana e paternidade responsável positivados na Carta de 88, limitou-se a fixar o entendimento de que há o direito do casal ao procedimento de reprodução assistida ainda que desta modalidade procriatória haja a fecundação de embriões humanos em número superior aos utilizados no processo de reprodução humana. Entendeu aquela Corte Suprema que o congelamento de embriões humanos e seu eventual descarte seriam efeitos colaterais de um direito maior que é o do planejamento familiar e que não há o dever legal por parte do casal de se aproveitar todos os embriões humanos produzidos a partir da técnica de reprodução in vitro visto que tal imposição feriria o princípio da paternidade responsável insculpido no texto constitucional.²⁴⁷ Não seria razoável exigir que uma mãe gerasse um número incomum de filhos, o que além de dificultar os cuidados voltados ao afeto, a educação e demais encargos com a prole, implicaria num custo financeiro que inviabilizaria a manutenção da própria família.

Neste momento cabe trazer alguns esclarecimentos sobre o que entende a doutrina sobre o conceito de Planejamento Familiar para um melhor esclarecimento de seus contornos a fim de que se possa investigar se a partir da jurisprudência acima firmada – que admite a produção de embriões humanos com finalidades diversas da procriatória, na medida em que permitiu a extração de células-tronco de tais embriões excedentários, pode-se estender esse conceito a fim de se admitir a possibilidade de nele se inserir a interrupção voluntária da gestação sob certas condições como expressão da dignidade humana e, por conseguinte, do direito ao Planejamento Familiar.

Veja-se o que diz o princípio 8 contido no Relatório da Conferência Internacional sobre a População e Desenvolvimento no que se refere ao Planejamento Familiar:

Toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui

247 ADI 3510, PAG. 194. Voto do Min. Relator Carlos Ayres Britto.

planejamento familiar e saúde sexual. Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção. Todo casal e indivíduo têm o direito básico de decidir livre e responsavelmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e ter informação, educação e meios de o fazer (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1994, p. 43).

Esse princípio 8 do aludido relatório que tem o Brasil como signatário não veda textualmente a possibilidade de se incluir o abortamento voluntário sob certas condições como um serviço de assistência médica, no qual se insere os relacionados à saúde reprodutiva, na medida em que se veda qualquer forma de coerção ao trato das questões reprodutivas. Destarte, não há uma vedação cabal a uma maior flexibilização das possibilidades de abortamento, tanto que admitida em diversos países.

Ainda no plano das normas internacionais que tratam sobre direitos humanos e que, no mínimo, demonstram essa generalidade de possibilidades insertas no conceito de Planejamento Familiar, discorrendo sobre a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, Byrnes (1989, p. 1 *apud* PIOVESAN, 2022, p. 306) para quem:

[...] Inúmeras previsões da Convenção também incorporam a preocupação de que os direitos reprodutivos das mulheres devem estar sobre o controle delas próprias, cabendo ao Estado assegurar que as decisões das mulheres não sejam feitas sob coerção e não sejam a elas prejudiciais, no que se refere ao acesso às oportunidades sociais e econômicas [...].

O que se quer arguir nesses últimos parágrafos é que o conceito de Planejamento Familiar é muito fluido não só quando se analisa as normas de direitos humanos internacionais, mas também quando se busca interpretar o § 7º do art. 226 da Carta Magna de 88 que fala em “livre decisão do casal” e “dignidade da pessoa humana” e “paternidade responsável”. Sendo mais objetivo o que se coloca é que tendo a fertilização *in vitro* e seus embriões humanos produzidos em número superior à necessidade do casal amparo na aludida previsão constitucional, como expressão do direito fundamental ao Planejamento Familiar, como julgado procedente pela Corte Suprema na ação direta em análise, e sendo esse conceito de Planejamento Familiar tão generalista não é desarrazoado e de uma inconstitucionalidade patente que venha aquela Corte em decisões futuras admitir a interrupção voluntária da gestã, ainda que dentro de um lapso temporal, também como expressão desse direito ao Planejamento Familiar fundado na dignidade humana e na paternidade responsável. Destaque-se ainda que ambas as transcrições desses últimos

parágrafos falam em “programas de saúde reprodutiva” e “direitos reprodutivos”, respectivamente, e “sem quaisquer formas de coerção”. Não é desarrazoado a Corte Suprema do Brasil vir a entender que há evolução da sociedade e que a mulher desfruta de uma realidade de vida muito mais autônomas nos dias atuais em que poderia e deveria ter uma maior liberdade para interromper uma gestação para além dos casos permitidos em lei e respeitando alguns limites temporais face o reconhecimento de direitos ao nascituro.²⁴⁸

Ainda no plano normativo internacional que tem razão de ser na efetividade universal dos direitos humanos, aqui invocados para fazer um contraponto com a ordem jurídica brasileira em análise a partir da ação direta de inconstitucionalidade, com vistas a simplesmente trazer à academia possíveis caminhos a disposição da Corte Máxima do país no que se refere à problemática da interrupção voluntária da gestação, os quais poderiam e certamente serão levantados quando da análise dessa temática em ações em curso no Supremo Tribunal Federal.²⁴⁹

Nesse sentido e a fim de colacionar o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre procedimentos de reprodução assistida, sobre embrião humano e sobre uma eventual ponderação de interesses entre a vida do embrião e da pessoa humana, a quem se dirige a ordem jurídica em primazia, vale transcrever Piovesan (2022, p. 402, grifo nosso) quando da análise de julgamentos daquela Corte:

A partir de uma interpretação sistemática e histórica, com destaque à normatividade e à jurisprudência dos sistemas universal, europeu e africano, concluiu a Corte Interamericana não ser possível sustentar que o embrião possa ser considerado pessoa. Recorrendo a uma interpretação evolutiva, a Corte observou que o procedimento da fertilização *in vitro* não existia quando a Convenção foi elaborada, conferindo especial relevância ao Direito Comparado, por meio do diálogo com a experiência jurídica latino-americana e de outros países, como os EUA e a Alemanha, a respeito da matéria. Concluiu que ter filho biológicos por meio da técnica de reprodução assistida, decorre dos direitos à integridade pessoal, liberdade e vida privada e familiar. **Argumentou que o direito absoluto à vida do embrião –**

248 ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM SEU CONSENTIMENTO Art. 124- Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos. ABORTO CONSENTIDO Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos.

249 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de direito fundamental nº 442/DF-Distrito Federal. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 2018. Disponível em: <https://conjur.com.br/dl/convocacao-audiencia-publica-adpf-442.pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

como base para restringir direitos – não encontra respaldo na Convenção Americana.

Destarte, a Corte Interamericana entendi que não há um direito absoluto à vida por parte do embrião quando em conflito com o direito a constituição de uma família titularizado pelos casais que dependem da fertilização in vitro para gerar filhos. Em sendo assim – e esse entendimento também se encontra consolidado no STF do Brasil –, existe a possibilidade de o Judiciário brasileiro vir a entender que essa ponderação de interesses – do casal vs embriões humanos – pode ser aplicada e estendida a interrupção voluntária da gestação, quando houver manifestação de vontade do casal, e em especial, da genitora, sob certas condições fixadas em lei futura, ou na própria decisão judicial. Poderia a Corte Suprema entender que não há óbice na medida em que a Carta Magna positivou o direito ao Planejamento Familiar como livre decisão do casal, e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na responsabilidade.

Pretende-se no momento discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo fato de ele se encontrar na base do conceito de Planejamento familiar, mas não com o propósito de fazer um artigo sobre tal princípio, muito menos uma tese – cabem ambos –, mas com o fito de agregar a essa narrativa algumas de suas facetas que se conectam não só com Planejamento Familiar, mas também com embriões humanos e com uma maior flexibilização do direito ao aborto – flexibilização já admitida na ordem jurídica brasileira, fruto da autonomia da vontade da gestante –, como no caso que decorre do estupro em que de fato há uma ponderação entre os interesses do embrião e/ou feto e os da mulher vítima de crime de estupro.

Existem diversos aspectos, dimensões ou pontos de vista quando se trata do conteúdo moral da dignidade humana. A dignidade humana de início deve ser entendida como um valor, como um conceito relacionado à moral, ao bem, à conduta ética e a uma boa vida. Pode-se entender que a dignidade humana encontra sua base valorativa na filosofia, na política, na religião e, por último, no Direito (BARROSO, 2021).

O aspecto da dignidade da pessoa humana que se quer destacar no presente trabalho acadêmico e que se relaciona com muito do que dito ao longo deste texto é a autonomia e que necessariamente será enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a problemática do aborto. Até onde pode ir à luz da ordem jurídica brasileira essa autonomia reivindicada pelo movimento feminista no que respeita a interromper uma gestação fora dos permissivos legais? Como já citado existe essa autonomia feminina prevista na legislação penal nos casos de gestações que decorrem de estupro. O permissivo legal se pauta exclusivamente na vontade da gestante.

Nesse ponto estabelecer os contornos do conceito de autonomia Barroso (2021, p. 81) para quem:

A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida.

Diversamente da autonomia delineada por Kant em que a vontade não se sujeita às influências externas e corresponde à noção de liberdade, no mundo político e na vida em sociedade a vontade individual é restringida por diversas normas, tais como o direito, os costumes e demais normas sociais (BARROSO 2021).

Nessa linha de raciocínio, esclarece Barroso (2021, p. 82) para quem:

[...] Desse modo, ao contrário da autonomia moral, a autonomia pessoal, embora esteja na origem da liberdade, corresponde apenas ao seu núcleo essencial. A liberdade tem um alcance mais amplo, que pode ser limitado por forças externas legítimas. Mas a autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger decisões pessoais básicas, como as escolhas relacionadas com religião, relacionamentos pessoais, profissão e concepções políticas, entre outras.

Pode-se inferir que a autonomia como dimensão do valor dignidade da pessoa humana se encontra no fundamento de diversos direitos fundamentais relacionados com o constitucionalismo democrático, onde se insere as liberdades básicas (autonomia privada) e o direito à participação política (autonomia pública). Dessa forma, seria a autonomia privada o substrato material para a positivação de direitos fundamentais como a liberdade de religião, expressão e associação, assim como os direitos sexuais e reprodutivos (BARROSO 2021).

Olhando para a ordem jurídica interna, em especial ao art. 227, § 7º da Carta Federal de 88, ao positivar as expressões "Planejamento Familiar", "livre decisão do casal" e "dignidade da pessoa humana"; analisando o julgado em destaque, em especial no que se entendeu como Planejamento Familiar, perquirindo, ainda, a doutrina especializada até aqui posta, com destaque para o pensamento de Luís Roberto Barroso, o qual integra a Corte Suprema do país, infere-se uma relativização do valor do embrião humano na medida em que sujeito não só a finalidade pro-criatória como instrumento de exercício do direito ao Planejamento Familiar, mas também sujeito ao congelamento e submetido a pesquisas e terapias com a chancela do Estado, tudo encadeado, e com fundamento numa

autonomia individual em benefício do Planejamento Familiar. Nessas premissas poderia aquela Corte vir a entender que o aborto sob certas condições e fundado exclusivamente na autonomia da gestante teria amparo Constitucional.

A fim de se somar a doutrina interna ao país de Barroso que tem um discurso jurídico muito vanguardista quanto se trata do papel constitucional da Suprema Corte no que tange a um ativismo na promoção dos direitos fundamentais e na própria ideia de dignidade da pessoa humana com enfoque no aspecto da autonomia da vontade, segue doutrina respeitável de Sarlet e Weingartner Neto (2016, p. 23, grifo nosso) ao tratar do que vem a ser o princípio da dignidade da pessoa humana:

Para além das dimensões já apresentadas e em diálogo com as mesmas, indispensável compreender – até mesmo pela relevância de tal aspecto para os direitos e deveres humanos e fundamentais – que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta por estar em causa simultaneamente **a expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões a respeito da própria existência)**, bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente – mas não exclusivamente! – quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.

Destarte, não há dúvidas sobre a existência de um vínculo entre a autonomia privada e o princípio da dignidade da pessoa humana que serve de base para a positivação de diversos direitos humanos e fundamentais. Destaque-se que os direitos fundamentais se relacionam com o princípio da dignidade da pessoa humana haja vista este ser alçado à condição de princípio basilar de um Estado Democrático de Direito.²⁵⁰ Essa relação pode ser mais bem explicitada ao se sentenciar que a pessoa humana seria o fundamento e o fim da sociedade e do Estado (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2016).

Em sendo a pessoa humana o fim e o fundamento da sociedade e do Estado em virtude de assim determinar a ordem jurídica por reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o que se coloca com a intenção de dar desfecho ao presente tópico é que a Suprema Corte ao julgar procedente a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, com todos fundamentações já colacionadas no presente texto, em algum momento – e a partir das premissas fixadas naquele ação direta – terá que se pronunciar sobre a possibilidade de uma maior

250 CF/88 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

flexibilização da legislação que trata sobre o aborto no Brasil. Terá que discutir sobre os limites da autonomia da vontade como dimensão da dignidade da pessoa humana na ótica do direito ao aborto. E essa discussão entende-se que terá como parâmetro constitucional a norma inserta no art. 227, § 7º da CF/88 com possibilidades de ampliação do conceito de Planejamento Familiar fundado na dignidade da pessoa humana e na autonomia da vontade – como exigências da própria CF/88 - com vistas a incluir o aborto sob certas condições por ser possível esse entendimento futuro em razão não só por assim estabelecer a norma constitucional acima destacada, em razão do entendimento consolidado jurisprudência firmada no julgado em análise, como também por se encontrar em harmonia com o entendimento firmado e acima explanado pelas Cortes Internacionais e pelos normativos de direitos humanos em que o Estado brasileiro é signatário.

Nesse contexto e bastante esclarecedor aos objetivos pretendidos com o presente trabalho acadêmico, colaciona-se argumentos no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como critério restritivo do direito infralegal, especialmente no ramo do direito penal e processual penal, nesse sentido Sarlet e Weingartner Neto (2016, p. 41-42, grifo nosso) para quem:

Igualmente relacionados com a esfera penal e de ampla repercussão (assim como cercados de intensa polêmica por parte de alguns setores da doutrina e mesmo da opinião pública) são os casos de uma nem sempre convencional interpretação conforme a constituição da legislação penal e processual penal, protagonizados pelo STF. Dentre os numerosos exemplos que poderiam ser colacionados selecionamos, [...] a decisão em prol da legitimidade constitucional da interrupção da gravidez (ou antecipação do parto, como preferem alguns) quando diagnosticada a anencefalia do feto. Os casos apresentam como elemento comum a invocação, em maior ou menor medida (e de modo direto ou indireto), da dignidade humana, como fundamento da decisão, [...] o que ocorreu foi a exclusão da incidência da lei penal incriminadora, de tal sorte que – de acordo com a ótica do STF – **a dignidade e direitos fundamentais correlatos** operam tanto como limites à **liberdade como servem de critério para assegurá-la**. Isso, por sua vez, guarda relação com a tese de que a **dignidade da pessoa humana cumpre função dúplice**, já que serve de fundamento para a restrição de direitos fundamentais e ao mesmo tempo **atua como limite impeditivo de tais restrições**.

Ainda na linha da incompatibilidade com a Constituição dos tipos penais dos artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro destaca-se o Habeas Corpus 124.306 do Rio de Janeiro, em sede de controle difuso de constitucionalidade, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2016, p. 1) em que prevaleceu por 3 votos a 2 a “[...] compreensão de que a proibição do aborto nessa situação viola direitos fundamentais da mulher, como os direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia, a integridade física e psíquica e a igualdade”.

Não se pode deixar de mencionar que sendo a dignidade da pessoa humana fundamento do direito ao Planejamento Familiar positivado na Carta Constitucional de 88, bem assim pelo fato de possuir também uma dimensão interpretativa e de funcionar como critério para restringir o âmbito de abrangência da legislação infralegal – direito penal nos casos acima destacados –, não se pode descartar a possibilidade de a Corte Suprema vir a consolidar uma interpretação conforme a constituição dos artigos 124 e 126 do CPB de maneira a diminuir seu âmbito de aplicação a fim de reconhecer e ampliar a autonomia feminina com vistas a flexibilizar ainda mais o direito ao aborto.

Nesse ponto e a fim de finalizar os referenciais que circundam a problemática do aborto no Brasil, insiste-se em explicar sobre a relação entre a autonomia da vontade – fundamento do Estado Democrático de Direito – e uma eventual ampliação das possibilidades de abortamento voluntário em razão de tudo o que foi desenvolvido no presente trabalho acadêmico. Nas palavras de Barroso (2021, p. 101, grifo do autor):

No que diz respeito à *autonomia*, é importante refletir sobre o papel que a autodeterminação desempenha no contexto do aborto. Os indivíduos devem ser livres para tomarem decisões e fazerem escolhas pessoais básicas a respeito das suas próprias vidas. [...] Está dentro dos limites da autonomia da mulher e, portanto, da essência da sua liberdade básica, decidir por si mesma quanto à realização ou não de um aborto. A vontade da mãe de interromper sua gravidez poderia ser contraposta por uma hipotética vontade de nascer do feto. Duas objeções podem ser feitas a essa linha de pensamento. A primeira objeção é que, embora o valor intrínseco do feto tenha sido presumido no parágrafo anterior, pode ser mais difícil reconhecer sua autonomia, devido ao fato de ele não possuir nenhum grau de autoconsciência. Mas mesmo que esse argumento pudesse ser suplantado, ainda haveria outro. Como o feto depende da mãe, mas não o contrário, se a 'vontade de nascer' do feto prevalecesse, a mãe seria totalmente instrumentalizada por esse projeto. Em outras palavras, se a mulher fosse forçada a manter o feto, ela se transformaria em um meio para a satisfação de outra vontade e não seria tratada como um fim em si mesma.

3.METODOLOGIA

A presente pesquisa teve como estratégia metodológica a análise da jurisprudência firmada pela Suprema Corte do Brasil numa ação do controle de constitucionalidade com vistas a identificar premissas estabelecidas pelo Tribunal

Constitucional que servissem de base jurisprudencial com o propósito de se inaugurar e aprofundar a discussão sobre a problemática do aborto no Brasil. Paralelamente ao que foi sedimentado naquele julgado procurou-se fazer uma ampliação de suas conclusões a partir de doutrinas nacionais sobre a temática abordada que sinalizem para uma nova regulamentação do fato social aborto no Brasil.

Buscou-se ainda trazer a pesquisa o entendimento fixado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na temática investigada, como também conceitos jurídicos de clássicos da literatura que se relacionam com a discussão em torno do aborto.

Portanto, no que tange ao referencial metodológico a pesquisa foi de base bibliográfica e documental nos termos definidos por Marconi e Lakatos (2021). Para elas a pesquisa bibliográfica é o levantamento das referências e bibliografias já publicadas sobre a temática investigada em formatos diferentes, como livros, ebooks, periódicos, revistas, artigos, matérias de jornais e web sites. Diversamente é a pesquisa documental que se volta a busca de informações em fontes primárias que ainda não foram trabalhadas e nem receberam tratamento científico ou analítico a exemplo de fotografias, cartas, relatórios, jornais, filmes, pinturas, documentos oficiais - como é o caso do julgamento que serviu de base para a formulação do artigo científico -, vídeos e documentários de TV (GIL, 2010).

Por fim, pode-se dizer que a investigação proposta no presente trabalho acadêmico adotou o método indutivo na medida em que a partir de premissas identificadas no julgamento que serviu de base para a discussão proposta se pretendeu apontar para um possível entendimento da Corte no que se refere a uma nova regulamentação do aborto.

4. CONCLUSÃO

Acreditamos e optamos por diluir nossas conclusões ao longo do desenvolvimento do texto a fim de que o leitor não perdesse de vista os objetivos da investigação desenvolvida em função de alguns conceitos exportados da medicina que invariavelmente poderiam gerar dúvidas.

Há que se colocar de início que o procedimento de reprodução assistida e seus consequentes efeitos colaterais deveria ter se submetido a discussão e votação no Congresso Nacional a fim de que fosse estabelecido exigências e limites legais por tratar da vida humana, ainda que embrionária, razão de ser de toda a ordem jurídica. O que se tem hoje no Brasil é a regulamentação desse procedimento pelo Conselho Federal de Medicina que pode ser tido por insuficiente dada a relevância da matéria.

Uma incoerência de nossa ordem jurídica ao não regulamentar por lei federal a prática da reprodução assistida, geradora de embriões excedentários, e por que não dizer

vidas excedentárias, em que, há pouco mais de uma década eram congeladas e até descartadas – com base apenas num normativo do Conselho Federal de Medicina –, sem qualquer crítica social, trata-se, em não alargar as possibilidades legais de se proceder ao aborto voluntário, sob certas condições, na medida em que tal prática incide também sobre o embrião humano, e que na ótica do casal e da gestante poderia ser justificado por uma variedade de motivos, desde questões relacionadas à saúde física e mental, passando simplesmente por não ser um projeto de vida, e tendo justificativa também na carência financeira, a qual muitas vezes pode fragilizar até mesmo o bom viver de uma família já constituída.

A Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança), que essencialmente dispõe sobre os organismos geneticamente modificados - OGM -, trata reflexamente da vida embrionária decorrente do procedimento de reprodução assistida, e faz a ressalva (art. 3º, § 1º) de que tal procedimento não se insere no conceito de OGM. Portanto, não houve uma lei específica em que se discutiu a fertilização in vitro; não se discutiu quantos embriões humanos deveriam ser admitidos como consequência dessa técnica; não se discutiu se seria ético e não feriria a Carta Constitucional o congelamento e descarte de embriões humanos não aproveitados. Simplesmente além de essas questões não serem discutidas na arena própria que é o Congresso, por meio de uma lei específica, houve através da lei acima destacada, que dispõe de matéria totalmente diversa, a inserção dos conceitos de fertilização in vitro, de células tronco, e sua extração de embriões humanos não utilizados na técnica da reprodução assistida

Discutiu-se de maneira açodada e permitiu-se a relativização do valor do embrião humano, o qual não só é protegido pelo sistema infraconstitucional, mas que, também, tem tutela originária no princípio da dignidade humana, como destacado pelo julgado em estudo. Todavia, a despeito dessa relativização e, contraditoriamente, tem-se um código penal em que, ao menos, não se autoriza o aborto em sua fase embrionária por livre manifestação de vontade da mulher.

A lei de Biossegurança regulamenta com rigor de detalhes os organismos geneticamente modificados e textualmente exclui desse conceito o procedimento de reprodução in vitro. Se esse mesmo rigor fosse dado à temática da reprodução assistida em projeto de lei específico em sede do Poder Legislativo seria muito provável – ao menos do ponto de vista jurídico - que em tal projeto se tratasse e regulamentasse a interrupção voluntária da gestação, principalmente em sua fase embrionária por não haver distinção ontológica entre embrião humano produzido em laboratório ou pela maneira tradicional.

Dessa feita, e com o propósito de finalizar o presente trabalho acadêmico, entendemos que a Suprema Corte do Brasil, através daquela ação direta de

inconstitucionalidade julgada improcedente, ao julgar constitucional a utilização de embriões humanos não aproveitados no processo de reprodução humana, em práticas de pesquisa e terapias, e ao admitir que tais embriões excedentários seriam efeitos colaterais de um direito maior, a saber, Planejamento Familiar fundado na dignidade humana e na responsabilidade, criou as bases para se legitimar uma nova regulamentação do fato social aborto – daí a virtualidade constante do título do artigo -, com possibilidades de reconhecimento de uma maior autonomia feminina no que tange ao abortamento, também como expressão de um direito fundamental e constitucional ao Planejamento Familiar fundado na dignidade da pessoa humana e na responsabilidade.

5.REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a Construção de um Conceito jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BRASIL. [Código Civil]. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Brasília, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

BRASIL. **Lei Nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Brasília, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de direito fundamental nº 442/DF- Distrito Federal.** Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 2018. Disponível em: <https://conjur.com.br/dl/convocacao-audiencia-publica-adpf-442.pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRITTO, Carlos Ayres. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal – Inteiro teor.** STF - Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 21dez. 2022.

CARDOSO, Bruno Baptista; VIEIRA, Fernanda Morena dos Santos Barbeiro; SARACENI, Valeria. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, n. 36, 2020. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/975/aborto-no-brasil-o-que-dizem-os-dados-oficiais>. Acesso em: 12 nov. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PANPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo, SP: Atlas, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1999.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo, SP: Atlas, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento**: Plataforma de Cairo: Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed.-São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. **Constituição e direito penal: temas atuais e polêmicos**/ Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado**. Rio de Janeiro. Renovar, 2014.