

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1143

(Ano XV)

(25/03/2023)

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](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

QR Code do Volume 1143



**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. 1143, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 315. *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



#### **A proteção do direito à imagem**

*Benigno Núñez Novo, 08.*

### ARTIGOS

#### **O surgimento da prática de phishing no município de Santa Fé do Sul – SP**

*Thais Tonizioli Maschio e João Victor Magalhães Muniz, 26.*

#### **Da responsabilidade civil das instituições bancárias em casos de fraudes praticadas mediante spoofing**

*Júlio Luiz de Medeiros Alves Lima Kuhlmann, 36.*

#### **Criminal compliance, responsabilidade penal do compliance officer e o ordenamento jurídico brasileiro**

*Jorge Henrique da Silva Filho, 44.*

#### **Revisão da vida toda: justiça e injustiças em via de mão dupla dos Três Poderes e a absurda manobra processual do INSS com pedido de suspensão ao STF das obrigações de fazer e de pagar**

*Edson Sebastião de Almeida, 72.*

#### **As cláusulas abusivas e a proteção pelo Código de Defesa do Consumidor**

*Kaique Torres de Souza, 94.*

#### **A efetividade do princípio constitucional da busca pelo pleno emprego na vida das mulheres negras**

*Sara Alves Branco, 112.*

#### **Negatória de paternidade e a responsabilidade civil do pai registral**

*Kethley Rodrigues de Moraes, 129.*

#### **Possibilidade de aplicação da “lex tertia” no direito penal brasileiro.**

*Caio Emanuel Severiano Santos e Sousa, 145.*

#### **A flexibilização das leis trabalhistas**

*Eduardo Augusto Tracz, 179.*

**Perícia criminal na investigação e sua relevância para apuração da materialidade do crime**

*Anna Beatriz Naves Rodrigues, 188.*

**Direito ao esquecimento: análise doutrinária e jurisprudencial no direito comparado**

*Sergio Baptista Pereira de Almeida Filho, 200.*

**Cessão de contratos públicos: limites e possibilidades**

*Daian Mendes Borges da Silva, 217.*

**Tutelas provisórias à luz do Código de Processo Civil**

*Rodrigo Flávio Alves De Oliveira, 230.*

**A participatividade social online na elaboração do marco civil da internet (Lei nº 12.965/2014) como precedente de fortalecimento da democracia no Brasil**

*José Antonio Francisco de Souza, 241.*

**Artigo 25 da CISG: análise doutrinária e jurisprudencial**

*Lucas Soares Oliveira de Melo, 271.*

**A Lei da Sociedade Anônima do Futebol (SAF) no futebol brasileiro: seus impactos estruturais e financeiros nos clubes profissionais.**

*Gabriel dos Santos Baptista, 285.*

## A PROTEÇÃO DO DIREITO À IMAGEM

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:** Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción<sup>1</sup>

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo fazer uma análise sobre a proteção do direito à imagem, consagrado e protegido pela Constituição Federal da República de 1988 e pelo Código Civil Nacional de 2002. É um dos direitos da personalidade dos quais todos os seres humanos gozam, facultando-lhes o controle do uso de sua imagem, seja a representação fiel de seus aspectos físicos (fotografia, retratos, pinturas, gravuras etc.), como o usufruto representação de sua aparência individual e distinguível, concreta ou abstrata. A violação ao direito à imagem pelo teor da captação, sendo esta contextualizada ou específica, e em ambiente público ou privado, e pela utilização, seja informativa, biográfica ou comercial, com a última acarretando diretamente a indenização por danos morais.

**Palavras-chave:** Proteção; Direito; Imagem.

### PROTECTION OF IMAGE RIGHTS

**Abstract:** This article aims to analyze the protection of the right to image, enshrined and protected by the Federal Constitution of the Republic of 1988 and by the National Civil Code of 2002. It is one of the personality rights that all human beings enjoy, enabling them to them control over the use of their image, whether the faithful representation of their physical aspects (photography, portraits, paintings, engravings, etc.), or the enjoyment of the representation of their individual and distinguishable appearance, concrete or abstract. Violation of the right to an image due to the content of the capture, whether contextualized or specific, and in a public or private environment, and the use, whether informative, biographical or commercial, with the latter directly resulting in compensation for moral damages.

**Keywords:** Protection; Right; Image.

### Introdução

---

<sup>1</sup>Especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Assessor de gabinete de conselheira no TCE/PI. E-mail: benignonovo@hotmail.com

O direito de imagem, consagrado e protegido pela Constituição Federal da República de 1988 e pelo Código Civil Nacional de 2002 como um direito de personalidade autônomo, se trata da projeção da personalidade física da pessoa, incluindo os traços fisionômicos, o corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.

É um dos direitos da personalidade dos quais todos os seres humanos gozam, facultando-lhes o controle do uso de sua imagem, seja a representação fiel de seus aspectos físicos (fotografia, retratos, pinturas, gravuras etc.), como o usufruto representação de sua aparência individual e distinguível, concreta ou abstrata.

O direito de imagem é o direito assegurado a toda pessoa de ter sua imagem resguardada para que se preserve a respeitabilidade e boa-fama, atrelando-se a questões como a honra do sujeito.

Sobre o direito de imagem, a Constituição prevê que é crime e o código civil afirma que cabe indenização a exposição indevida, ou seja, sem autorização da pessoa. Para isto não necessita a imagem violar a intimidade ou honra da pessoa, bastando que seja publicada sem autorização.

Os direitos da personalidade são normalmente definidos como o direito irrenunciável e intransmissível que todo indivíduo tem de controlar o uso de seu corpo, nome, imagem, aparência ou quaisquer outros aspectos constitutivos de sua identidade.

## **2 Desenvolvimento**

O Direito de imagem pode ser encontrado no Ordenamento jurídico nas seguintes fontes:

### **Constituição Federal de 1988, Artigo 5º<sup>2</sup>:**

“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:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

---

2 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

### **Código Civil de 2002:**

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)<sup>4</sup>

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”.

E com a dinamicidade dos fatos sociais, a cada dia existem novas formas de ataque e violação da imagem dos cidadãos. Principalmente, a vinculação da imagem de terceiros a conotações sexuais e constrangedoras. Por esse motivo, deve-se ter cada vez mais cuidado com o que se compartilha nas redes sociais, a liberdade de expressão tem limite e alguns tribunais, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já expressaram seu entendimento quanto a questões do gênero.

Ou seja, até mesmo o conteúdo exposto no grupo de amigos do WhatsApp sem o consentimento do fotografado pode gerar demandas judiciais. Como ocorreu no caso de uma mulher que teve sua imagem publicada de costas na fila de um banco, sem o seu consentimento, em um grupo composto apenas por integrantes do sexo masculino.

A autora do caso afirmou que teve sua imagem como alvo de comentários depreciativos de conotação sexual, e conseqüentemente a coisificação de sua forma feminina. Sua foto foi divulgada em grupo cujo título era: “Você tá cabeluda”, integrado somente por homens.

O entendimento da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sentenciou o réu a pagar R\$ 2 mil reais de danos morais à autora do processo. O relator do caso Eugênio Facchini Neto colocou no acórdão:

---

3 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

4 BRASIL. STF. Ação direta de inconstitucionalidade 4.815 distrito federal. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.



“Daí ser irrelevante a finalidade para a qual foi utilizada a imagem da autora e o teor do conteúdo que a ela foi associado, ou se houve comentários a respeito dela. Mas o envio da fotografia para um grupo masculino evidencia a conotação sexista. Viola direito e causa dano, tanto que a autora ajuizou a presente demanda, demonstrando ter ficado incomodada com a situação”, “Não havia fato relevante a ser noticiado ou compartilhado pelo réu com os demais integrantes do grupo por meio da fotografia que exibia, em destaque, a imagem da autora, aliás, mesmo a autora aparecendo de costas, foi identificada, tanto que pouco tempo depois ela ajuizou a presente demanda”, Colocou Eugênio Facchini Neto.

Quando se trata de um famoso, político ou pessoa notória a imagem pode ser usada de modo que não ofenda e não use de modo errado (zoeira, em site de prostituição e etc). Já quando se trata da imagem de uma pessoa comum direito à imagem, como atributo irrenunciável da personalidade, não se confunde com o do direito autoral do fotógrafo ou do criador intelectual da representação da imagem (concreta ou abstrata) de um indivíduo. Portanto, o direito do criador da imagem diz respeito à autoria, já o direito do retratado encontra-se no uso de sua imagem, sendo dois direitos distintos, exercidos por pessoas distintas e com existência jurídica distinta.

O uso da imagem de um indivíduo ocorre, basicamente, de uma maneira, sendo ela autorizada, em hipótese nenhuma sem autorização. O uso consentido pode se dar em três modalidades:

- a) mediante pagamento e com consentimento tácito, sendo permitido a gratuidade com consentimento tácito;
- b) mediante pagamento e com consentimento expresso, sendo permitido a gratuidade com consentimento expresso;
- c) paga mediante consentimento condicionado à gratificação financeira.

A primeira modalidade de uso (paga ou gratuita com consentimento tácito) ocorre quando a imagem é utilizada por veículos de informação (periódicos, emissoras de televisão, livros) e representa personalidades públicas ou notórias (e pessoas que estejam por sua livre vontade próxima a elas, quando o consentimento é presumido).

Sendo assim, o uso da imagem, mesmo quando se trata de personagem notória, para fins publicitários (com finalidade eminentemente econômica) não pode gozar da exceção ao exercício do direito de imagem, diferentemente do uso meramente informativo.

A segunda e a terceira modalidades dão-se mediante autorização pessoal do retratado, a única característica que as diferencia é a troca financeira.

O uso não autorizado configura-se basicamente em duas modalidades: o uso contra a vontade do retratado e o uso contra a vontade para motivo torpe. Ambas as modalidades sofrem sanções penais, sendo a segunda naturalmente mais grave que a primeira.

### **Dispõe sobre o direito à imagem o art. 20 do vigente Código Civil<sup>5</sup>:**

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Nota-se a preocupação do estatuto civil com a divulgação da imagem com relação a danos à honra ou ao destino comercial. Entretanto, não pode deixar de ser levado em conta o agente que se recuse a divulgar sua imagem sob qualquer fundamento, respeitado sempre o interesse público nessa divulgação. Por exemplo, o uso de imagem não autorizada numa campanha em prol de organização não-governamental de combate ao câncer não atinge a respeitabilidade do sujeito, tampouco se destina a fins comerciais, mas ainda é passível de proibição.

Também deve ser observado que antes mesmo da divulgação ocorre à captação, que por si própria pode não ser do interesse do agente e, nesse prisma, configurar ato ilícito, embora não mencionada no artigo. Quando contextualizada e ocorrida em local público, a captação não necessita ser autorizada; difere esta de uma que foque no indivíduo, especificamente, ou em ambiente particular. É a distinção entre a imagem de uma praia, televisionada no Jornal Nacional, e a de uma banhista em destaque. O mesmo se aplica à palavra, como num discurso na Praça da Sé, que pode ser livremente gravado e reproduzido por ocorrer em local público.

### **Exceções ao Direito à Imagem**

São exceções ao direito à imagem, como citado no artigo acima, as divulgações necessárias à administração da justiça ou manutenção da ordem pública. Não pode

---

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

insurgir-se contra sua divulgação o indivíduo condenado criminalmente ou pernicioso à sociedade, como os inseridos em cartazes de “procurado” ou programas televisivos.

Tendo dito isto, a manutenção da ordem pública é um conceito jurídico indeterminado, de interpretação vaga, e, portanto sujeito a abusos de jurisprudência.

### **Indenização e Dano Moral no Direito à Imagem**

Para fins de indenização, deve ser avaliado se a divulgação atingiu a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa envolvida, e se a finalidade foi econômica ou comercial.

Se a manifestação teve finalidades comerciais, aflora diretamente o dever de indenizar. Toca nisto a súmula 403 do STJ<sup>6</sup>, segundo a qual “independe de prova do prejuízo à indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.” Isto é; independe de prova de prejuízo ou dano, dado que a reparação decorre do próprio uso indevido da imagem para fins comerciais, e não de suas consequências, se ofensivas ou pecuniárias.

Para finalidades de caráter não comercial, como a informativa, pondera-se a proteção da imagem com outros interesses constitucionalmente tutelados, como o amplo acesso à informação e a liberdade de imprensa. Deve-se equilibrar o direito à própria imagem e o interesse público nesta divulgação. Segundo expostos no Enunciado 2797<sup>7</sup> levam-se em conta nesta colisão à notoriedade do retratado, a veracidade dos fatos e a caracterização da divulgação. Já existe decisão unânime do STF, por exemplo, julgando inexigível a autorização de pessoas biografadas em relação a estas biografias.

### **Diferenciação entre o Direito à Imagem e o Direito à Honra**

É comum que um mesmo ato cause lesão ao direito à imagem, à honra e à vida privada simultaneamente, devido à similaridade de seus conceitos, principalmente no da imagem, notável por sua elasticidade. Cabe aqui, portanto, diferenciar o direito à imagem de outros direitos da personalidade, principalmente o da honra.

Pelo exemplo de ARAÚJO, imagina-se um ateu radical que tenha sua imagem associada à ideia de dedicação a determinada religião. Não se encontra aí violação à honra,

---

6BRASIL. Súmula 403 do STJ. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014\\_38\\_capSumula403.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

7BRASIL. CNJ. Enunciado 279. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/236>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

mas sim à sua identidade pessoal relativa, de imagem-atributo, para a qual a associação religiosa é danosa num cunho moral.

Também há distinções quanto ao da privacidade, que opera em comunicações particulares. Pode o direito à imagem ser violado em espaços públicos, de acordo com o teor da captação e intenção de divulgação, sem que se diga que houve violação da privacidade.

### **Considerações sobre o Direito à Imagem**

O direito à imagem se refere tanto à expressão física do indivíduo, de aparência e voz, quanto à sua identidade pessoal, de características e escritos. Trata-se da projeção da personalidade perante a sociedade. Enquanto que o direito se confunde com à honra e o autoral, entre outros, observa-se que sua violação não requer ofensa ou reprodução de conteúdo protegido, bastando o uso indevido de imagem para justificar ação.

Caracteriza-se a violação ao direito à imagem pelo teor da captação, sendo esta contextualizada ou específica, e em ambiente público ou privado, e pela utilização, seja informativa, biográfica ou comercial, com a última acarretando diretamente a indenização por danos morais.

Crime informático. Crime informático, crime cibernético, e-crime, cibercrime (em inglês, cybercrime), crime eletrônico ou crime digital são termos aplicáveis a toda a atividade criminosa em que se utiliza um computador ou uma rede de computadores como instrumento ou base de ataque.

O crime virtual engloba todas as atividades criminosas realizadas por meio de computadores ou da internet. Podem ser empregados diversos métodos e ferramentas, tais como phishing, vírus, spyware, ransomware e engenharia social, geralmente com o objetivo de roubar dados pessoais ou praticar fraudes.

### **Os crimes praticados em redes sociais mais comuns são:**

Roubo de informações pessoais (privadas);

Falsidade Ideológica;

Crimes Contra a Honra das pessoas como: Calúnia, Injúria e Difamação;

Ameaças de todos os tipos;

Racismo (e outras formas de preconceito);

Diversos outros.

A Lei Federal 12.737/20128 surgiu a partir do projeto de Lei nº 2.793/2011, que foi aprovado após o caso da atriz Carolina Dieckman, que teve seus dados acessados por crackers que, através de um e-mail infectado que atriz teria dado um click, acessaram seu computador pessoal, obtendo fotos íntimas da atriz, inclusive nua, e fotos familiares com o filho de apenas quatro anos de idade. Inicialmente cogitou-se a hipótese de a invasão ter sido feita na loja em que Carolina teria consertado o computador meses antes.

Logo depois, ficou comprovado que, de fato, foram hackers do interior de Minas Gerais e de São Paulo que praticaram o delito. A atriz foi chantageada pelos criminosos que exigiram o pagamento de R\$ 10 mil para que as fotos não fossem divulgadas nas mídias sociais.

Carolina registrou o boletim de ocorrência, quando foram iniciadas as investigações sobre o caso, três dias após a publicação das imagens a fim de evitar mais exposições. Como o Brasil não tinha uma lei específica para crimes de informática, os envolvidos foram indiciados por furto, extorsão qualificada e difamação, todos do Código Penal Brasileiro.

O direito à imagem possui forte penetração no cotidiano graças, principalmente, à mídia. O crescente aperfeiçoamento dos meios de comunicação e a associação cada vez mais frequente da imagem de pessoas para fins publicitários são alguns dos responsáveis pela enxurrada de exploração da imagem e de muitas ações judiciais devido ao seu uso incorreto.

Preocupado com a demanda de recursos nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou, em outubro de 2009, uma súmula que trata da indenização pela publicação não autorizada da imagem de alguém. De número 4039, a súmula tem a seguinte redação: "Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais".

Um dos precedentes utilizados para embasar a redação da súmula foi o Recurso Especial 270.73010, no qual a atriz Maitê Proença pede indenização por dano moral do

---

8 BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Tipificação criminal de delitos informáticos. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

9BRASIL. Súmula 403 do STJ. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj- revista-sumulas-2014\\_38\\_capSumula403.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj- revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

10BRASIL. STJ. Recurso Especial 270.730. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=57510&nreg=200000783994&dt=20010507&formato=PDF>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

jornal carioca Tribuna da Imprensa, devido à publicação não autorizada de uma foto extraída do ensaio fotográfico feito para a revista Playboy, em julho de 1996.

A Terceira Turma do STJ, ao garantir a indenização à atriz, afirmou que Maitê Proença foi violentada em seu crédito como pessoa, pois deu o seu direito de imagem a um determinado nível de publicação e poderia não querer que outro grupo da população tivesse acesso a essa imagem.

Os ministros da Turma, por maioria, afirmaram que ela é uma pessoa pública, mas nem por isso tem que querer que sua imagem seja publicada em lugar que não autorizou, e deve ter sentido raiva, dor, desilusão, por ter visto sua foto em publicação que não foi de sua vontade.

Em caso semelhante, a Quarta Turma condenou o Grupo de Comunicação Três S/A ao pagamento de R\$ 30 mil à atriz Danielle Winits pelo uso sem autorização de sua imagem na Revista Istoé, em sua edição de janeiro de 2002. No recurso (Resp 1.200.482)11, a atriz informou que fotos suas, sem roupa, foram capturadas de imagem televisiva “congelada” e utilizadas para ilustrar crítica da revista à minissérie “Quintos dos Infernos”, em que atuava.

Para o relator, ministro Luis Felipe Salomão, a publicação, sem autorização, causou ofensa à honra subjetiva da autora. “As imagens publicadas em mídia televisiva são exibidas durante fração de segundos, em horário restrito e em um contexto peculiarmente criado para aquela obra, bem diverso do que ocorre com a captura de uma cena e sua publicação em meio de comunicação impresso, o qual, pela sua própria natureza, possui a potencialidade de perpetuar a exposição e, por consequência, o constrangimento experimentado”, afirmou.

Mas não são só as pessoas públicas que estão sujeitas ao uso indevido de sua imagem. Em outubro de 2009, a Terceira Turma do STJ decidiu que a Editora Abril deveria indenizar por danos morais uma dentista que apareceu em matéria da revista Playboy. A mulher não autorizou que uma foto sua ilustrasse a matéria “Ranking Playboy Qualidade – As 10 melhores cidades brasileiras para a população masculina heterossexual viver, beber e transar” (Resp 1.024.276)12.

---

11BRASIL. STJ. Resp 1.200.482. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=13113048&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

12BRASIL. STJ. Resp 1.024.276. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1082603&tipo=0&nreg=200900492532&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110914&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

A matéria descrevia as cidades brasileiras e era ilustrada com fotos de mulheres tiradas em praias, boates, etc. No caso, a dentista foi fotografada em uma praia de Natal (RN), em trajes de banho. A ministra Nancy Andrighi, relatora do caso, ao manter a indenização em 100 salários mínimos, reconheceu que a foto seria de tamanho mínimo, que não haveria a citação de nomes e que não poria a dentista em situação vexatória. “Por outro lado, a reportagem traz expressões injuriosas. A existência de ofensa é inegável, mesmo se levado em consideração o tom jocoso da reportagem”, adicionou.

### Uso comercial

O STJ já decidiu, também, que a simples veiculação de fotografia para divulgação, feitas no local de trabalho, não gera, por si só, o dever de indenizar o fotografado, mesmo sem prévia autorização.

No caso (Resp 803.129)<sup>13</sup>, a Universidade do Vale do Rio dos Sinos contratou profissional em fotografia para a elaboração de panfletos e cartazes. O objetivo era divulgar o atendimento aos alunos e ao público frequentador da área esportiva. Além das instalações, as fotos mostravam o antigo técnico responsável pelo departamento no cumprimento de suas funções.

O técnico entrou com pedido de indenização pelo uso indevido de sua imagem. Ao analisar o recurso da universidade, o ministro João Otávio de Noronha entendeu que as fotos serviram apenas para a divulgação dos jogos universitários realizados no local onde o técnico trabalhava. “Nesse contexto, constato que não houve dano algum à integridade física ou moral, pois a Universidade não utilizou a imagem do técnico em situação vexatória, nem tampouco para fins econômicos. Desse modo, não há porque falar no dever de indenizar”, explicou o ministro.

Em outra situação, a Terceira Turma do STJ manteve decisão que condenou a gravadora EMI Music Brasil Ltda., em R\$ 35 mil por danos morais, por uso desautorizado de uma fotografia do concurso “Miss Senhorita Rio”, de 1969, na capa de um CD relançado em 2002 (Resp 1.014.624)<sup>14</sup>.

---

13BRASIL. STJ. Resp 803.129. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1082603&tipo=0&nreg=200900492532&SeqCgmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110914&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

14BRASIL. STJ. Resp 1.014.624. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2009\\_214\\_capTerceiraTurma.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2009_214_capTerceiraTurma.pdf)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

Para o relator, desembargador convocado Vasco Della Giustina, a gravadora não conseguiu comprovar a existência de autorização para o uso da imagem tanto na primeira publicação quanto na reedição da obra. Dessa forma, afirmou que não há como presumir, mesmo depois de quase 40 anos, a autorização para o uso da foto.

Erick Leitão da Boa Morte também conseguiu ser indenizado pelo uso indevido de sua imagem. A Quarta Turma do tribunal fixou em R\$ 10 mil o valor que a Infoglobo Comunicações Ltda. deve pagar a ele. Erick ajuizou ação de “indenização por ‘inconsentido’ uso de imagem” contra o jornal O Globo, Editora Nova Cultural Ltda. e Folha de São Paulo, sustentando que, em meados de 1988, quando era menor de idade, sua imagem foi utilizada, sem autorização, em campanha publicitária promovida pelo O Globo para a venda de fascículos da “Enciclopédia Larousse Cultural”.

Em seu voto, o ministro Luis Felipe Salomão destacou que, como se trata de uma pessoa comum, sem notoriedade, a vinculação de sua imagem ao produto anunciado não representou qualquer elevação nas vendas. Entretanto, reconheceu o uso indevido da imagem de Erick pela Infoglobo, com intuito “comercial”, e fixou a indenização em R\$ 10 mil (REsp 1.208.612)15.

### **Impacto da internet**

O tratamento jurídico das questões que envolvem a internet e o ciberespaço se tornou um desafio dos tempos modernos, uma vez que os progressivos avanços tecnológicos têm levado à flexibilização e à alteração de alguns conceitos jurídicos até então sedimentados, como liberdade, espaço territorial, tempo, entre outros. O direito à imagem se encaixa neste contexto, pois traz à tona a controvertida situação do impacto da internet sobre os direitos e as relações jurídico-sociais em um ambiente desprovido de regulamentação estatal.

Em maio de 2018, a Quarta Turma do STJ definiu que a justiça brasileira pode ser acionada em caso de violação no exterior ao direito de imagem, constatada pela internet, sendo que o contrato entre as partes fixava a Espanha como foro e envolvia uma cidadã que vive no Brasil.

Para o relator do caso (Resp 1.168.547)16, ministro Luis Felipe Salomão, a demanda pode ser proposta no local onde ocorreu o fato, “ainda que a ré seja pessoa jurídica, com

---

15BRASIL. STJ. REsp 1.208.612. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201001659956&dt\\_publicacao=05/05/2011](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001659956&dt_publicacao=05/05/2011)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

16BRASIL. STJ. Resp 1.168.547. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22REsp%22+com+%221168547%22>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.



sede em outro lugar, pois é na localidade em que reside e trabalha a pessoa prejudicada que o evento negativo terá maior repercussão”.

O ministro lembrou que a internet pulverizou as fronteiras territoriais e criou um novo mecanismo de comunicação, mas não subverteu a possibilidade e a credibilidade da aplicação da lei baseada nos limites geográficos. Assim, “para as lesões a direitos ocorridos no âmbito do território brasileiro, em linha de princípio, a autoridade judiciária nacional detém competência para processar e julgar o litígio” arrematou Salomão.

Em outro julgamento (Resp 1.021.987)<sup>17</sup>, o mesmo colegiado determinou ao site Yahoo! Brasil que retirasse da rede página com conteúdo inverídico sobre uma mulher que ofereceria programas sexuais, além de fotos pornográficas a ela atribuídas. Para os ministros, mesmo diante da afirmação de que a Yahoo! Brasil é sócia da Yahoo! Inc., o consumidor não distingue com clareza as divisas entre a empresa americana e sua correspondente nacional.

### **Promoção da mídia**

Nem sempre “o fim justifica os meios”. A Terceira Turma do STJ manteve decisão que condenou a Editora Globo S/A ao pagamento de indenização no valor de R\$ 5 mil ao ator Marcos Fábio Prudente, conhecido como Marcos Pasquim, por danos morais decorrentes da publicação de uma foto dele beijando uma mulher desconhecida, fato que teria provocado consequências para sua família e abalado o seu casamento. A foto foi utilizada pela revista Quem Acontece.

Segundo a ministra Nancy Andrighi, relatora, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de entender que pessoas públicas ou notórias têm seu direito de imagem mais restrito que pessoas que não ostentem tal característica. “Neste caso, está caracterizado o abuso no uso da reportagem. Se fosse apenas um texto jornalístico relatando o fato verdadeiro ocorrido, desacompanhado de fotografia, desapareceria completamente o abuso de imagem, mas não se pode ignorar que a imagem foi feita com o propósito de incrementar a venda da revista”, afirmou. (Resp 1.082.878)<sup>18</sup>.

---

17BRASIL. STJ. Resp 1.021.987. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201603096397&dt\\_publicacao=30/05/2017](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603096397&dt_publicacao=30/05/2017)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

18BRASIL. STJ. Resp 1.082.878. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=4291616&>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

Um erro na publicação de coluna social também gera indenização. O entendimento é da Quarta Turma, ao condenar a empresa jornalística Tribuna do Norte ao pagamento de R\$ 30 mil por ter publicado fotografia de uma mulher ao lado de seu ex-namorado com a notícia de que ela se casaria naquele dia, quando, na verdade, o homem da foto se casaria com outra mulher (Resp 1.053.534)19.

Para o colegiado, é evidente que o público frequentador da coluna social sabia se tratar de um engano, mas isso não a livrou de insinuações, principalmente porque o pedido de desculpas foi dirigido à família do noivo e não a ela. “De todo modo, o mal já estava feito e, quando do nada, a ação jornalística, se não foi proposital, está contaminada pela omissão e pela negligência, trazendo a obrigação de indenizar”, afirmou o ministro Fernando Gonçalves, atualmente aposentado.

### **Outros casos**

Para o ministro Luis Felipe Salomão, pode-se compreender imagem não apenas como o semblante da pessoa, mas também partes distintas de seu corpo (exteriorizações da personalidade do indivíduo em seu conceito social). Assim, certamente, mesmo depois da morte, a memória, a imagem, a honra e a intimidade das pessoas continuam a merecer a tutela da lei.

“Essa proteção é feita em benefício dos parentes dos mortos, para se evitar os danos reflexos que podem sofrer em decorrência da injusta agressão moral a um membro da família já falecido. Assim como a morte do chefe da família acarreta dano material reflexo aos seus dependentes, por ficarem sem o sustento, a ofensa aos mortos atinge também reflexamente a honra, a imagem, a reputação dos seus familiares sobreviventes”, afirmou o ministro.

Esse foi o entendimento aplicado pela Quarta Turma para restabelecer sentença que condenou o Jornal CINFORM – Central de Informações Comerciais Ltda. ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 7 mil a uma viúva que teve exposta foto de seu marido morto e ensanguentado após um acidente de trânsito (Resp 1.005.278)20.

Para os ministros do colegiado, em se tratando de pessoa morta, os herdeiros indicados e o cônjuge sobrevivente são legitimados para buscar o ressarcimento decorrente de lesão. “Desta forma, inexistindo autorização dos familiares para a publicação

---

19BRASIL. STJ. Resp 1.053.534. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=4253228&>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

20BRASIL. STJ. Resp 1.005.278. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=011948>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

de imagem-retrato de parente falecido, certa é a violação ao direito de personalidade do morto, gerando reparação civil”, decidiram.

## Denúncia

Em outro julgamento realizado no STJ, a Sexta Turma concedeu habeas corpus para excluir da denúncia a parte em que o Ministério Público do Distrito Federal (MPDFT) fez constar a fotografia do acusado. Os ministros consideraram que a inserção da fotografia de um acusado como elemento identificador da peça acusatória viola o direito de imagem e também “o princípio matriz de toda ordem constitucional: a dignidade da pessoa humana” (HC 88.448)21.

No caso, a Defensoria Pública, em seu recurso, afirmou que só é possível por imagem na ação penal se não houver identificação civil ou por negativa do denunciado em fornecer documentação pessoal.

O relator do caso, ministro Og Fernandes, concluiu que a matéria não fere o direito de locomoção do acusado. No entanto, considerou que é desnecessária a digitalização da foto na denúncia, ainda mais quando o acusado já se encontra devidamente identificado nos autos.

Não cabe ao juiz substituir o jornalista e decidir se a publicação de uma foto em reportagem é necessária ou não. Esse foi o entendimento que prevaleceu na 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal ao negar pedido de indenização contra um jornal pelo uso da fotografia de um cadáver.

O caso chegou ao Supremo após o Tribunal de Justiça de São Paulo condenar o jornal Folha de São Paulo a pagar R\$ 60 mil de indenização a familiares de vítima de assassinato. O homem foi atingido dentro de seu carro, quando voltava de viagem de negócios, numa troca de tiros na rodovia Anhanguera, durante assalto a carros fortes, e uma foto sua dentro do carro foi publicada no jornal, segundo a família, “sem os cuidados necessários de preservar a imagem do morto”.

Ao fixar a condenação, o TJ-SP entendeu que o direito fundamental à liberdade de informação não isenta a responsabilidade civil de órgãos de imprensa. Segundo o tribunal estadual, “era desnecessária a publicação da foto do rosto desfigurado do falecido, sem o

---

21BRASIL. STJ. HC 88.448. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=%40cod%3D%27433%27&refinar=S.DISP.&&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2023.

cuidado de sombrear a imagem”, tanto que outros jornais divulgaram a notícia sem a publicação de imagens.

Em decisão monocrática, a ministra Cármen Lúcia entendeu que a decisão do TJ-SP censurou a atuação da imprensa, “substituindo-se ao jornalista e ao jornal para impor o que considera ‘desnecessário’”. Segundo a ministra, a decisão diverge da jurisprudência do STF, firmada em diversos precedentes. Assim, ela proveu o recurso e negou o pedido de indenização.

Contra a decisão monocrática, os familiares interpuseram agravo regimental, que foi analisado pela 2ª Turma. Em seu voto, a ministra Cármen manteve seu entendimento.

A relatora explicou que a decisão do tribunal paulista divergiu da jurisprudência do STF e citou nesse sentido o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, quando o Plenário, ao declarar a não recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967)<sup>22</sup> pela Constituição Federal de 1998, assegurou a liberdade de informação jornalística e a proibição à censura.

Depois de pedido de vista, o ministro Gilmar Mendes divergiu da relatora. Segundo ele, a decisão do TJ-SP está de acordo com a jurisprudência do Supremo. “O acórdão recorrido não restringiu a liberdade de imprensa. Não houve nenhuma espécie de censura prévia ou proibição de circulação de informação. Houve sim ponderação entre a liberdade de imprensa e o direito à imagem, honra, intimidade e vida privada como forma de posterior verificação da responsabilidade civil”, disse.

Para Gilmar, o tribunal paulista entendeu que a fotografia da vítima na cena do crime sem o devido sombreamento da imagem configuraria extrapolação da liberdade de imprensa e violação aos direitos de personalidade da vítima e de seus familiares. “O TJ-SP não negou ao veículo de comunicação a liberdade de publicação da imagem, mas retaliou a forma como ela foi usufruída, sem o cuidado de não expor excessivamente a imagem da vítima”, ponderou.

A divergência foi seguida pelo ministro Ricardo Lewandowski, para quem a publicação da foto abalou a família da vítima, que já tinha perdido um ente querido de forma violenta, provocando duplo sofrimento. Já os ministros Luiz Edson Fachin e Celso de Mello seguiram o voto da relatora, formando a maioria. Assim, o colegiado decidiu negar o pedido de indenização.

## **Conclusão**

---

<sup>22</sup> BRASIL. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Lei de Imprensa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

O direito à imagem diz respeito à prerrogativa da pessoa sobre a projeção de sua personalidade perante a sociedade. Abarca sua conformação física e moral, de palavra e escritos. Atualmente, com os avanços nos meios de comunicação, em especial a internet, tornou-se um bem jurídico facilmente violável, sendo a imagem absorvida e transmitida com extrema rapidez.

A violação ao direito à imagem pelo teor da captação, sendo esta contextualizada ou específica, e em ambiente público ou privado, e pela utilização, seja informativa, biográfica ou comercial, com a última acarretando diretamente a indenização por danos morais.

### Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. STF. Ação direta de inconstitucionalidade 4.815 distrito federal. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Súmula 403 do STJ. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014\\_38\\_capSumula403.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. CNJ. Enunciado 279. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/236>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Tipificação criminal de delitos informáticos. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. STJ. Recurso Especial 270.730. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=57510&nreg=200000783994&dt=20010507&formato=PDF>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. STJ. Resp 1.200.482. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=13113048&tipo=0&nreg=>

&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. STJ. Resp 1.024.276. Disponível em:  
<<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1082603&tipo=0&nreg=200900492532&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110914&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. STJ. Resp 803.129. Disponível em:  
<<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1082603&tipo=0&nreg=200900492532&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110914&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. STJ. Resp 1.014.624. Disponível em:  
<[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2009\\_214\\_capTerceiraTurma.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2009_214_capTerceiraTurma.pdf)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. STJ. REsp 1.208.612. Disponível em:  
<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201001659956&dt\\_publicacao=05/05/2011](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001659956&dt_publicacao=05/05/2011)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. STJ. Resp 1.168.547. Disponível em:  
<<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22REsp%22+com+%221168547%22>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. STJ. Resp 1.021.987. Disponível em:  
<[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201603096397&dt\\_publicacao=30/05/2017](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603096397&dt_publicacao=30/05/2017)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. STJ. Resp 1.082.878. Disponível em:  
<<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=4291616&>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. STJ. Resp 1.053.534. Disponível em:  
<<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=4253228&>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. STJ. Resp 1.005.278. Disponível em:  
<<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=011948>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. STJ. HC 88.448. Disponível em:  
<<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&a>



[cao=pesquisar&livre=%40cod%3D%27433%27&refinar=S.DISP.&&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31](#)>. Acesso em 15 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Lei de Imprensa. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/15250.htm>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

## O SURGIMENTO DA PRÁTICA DE *PHISHING* NO MUNICÍPIO DE SANTA FÉ DO SUL – SP

**THAIS TONIZIOLI MASCHIO:**  
Graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul/SP -  
UNIFUNEC<sup>23</sup>

**JOÃO VICTOR MAGALHÃES MUNIZ**<sup>24</sup>  
(coautor)

Prof. Dra. Letícia Lourenço Sangaletto Terron<sup>25</sup>

Prof. Dra. Luciana Renata Rondina Stefanoni<sup>26</sup>

(orientadores)

**RESUMO:** O presente trabalho tem como finalidade elucidar a prática de *phishing*, suas motivações, e sua relação com os crimes cibernéticos, baseando-se na análise de tipos legais utilizados anteriormente para disciplinar essa conduta. Ademais, esse artigo traz a importância de sua criminalização, visto que a era digital proporciona evidente interação entre os indivíduos, e deste modo faz-se imprescindível o cumprimento de normas que coibam essa fraude, pois o Direito Brasileiro carece de adequação de acordo com a evolução da sociedade. Seguindo tal norte, também trará a interface de sua conduta para a Lei Geral de Proteção de Dados, dado que o crime de *phishing* possui como principal característica a invasão da esfera da vida privada do indivíduo, logo consigna-se que a criminalização da prática de *phishing* caminha em consonância com a Lei Geral de Proteção de Dados e com os dispositivos do Código Penal brasileiro, de forma que tal lei, busca resguardar a integridade dos dados sensíveis do usuário, ou seja, suas informações pessoais. No mais, destaca-se que a metodologia aplicada foi a hipotético-dedutiva, baseada na análise de artigos relacionados ao tema e pesquisas efetuadas na internet.

**Palavras-chave:** *Phishing*. Criminalização. Código Penal brasileiro. Internet.

THE APPERANCE OF THE PRACTICE OF PHISHING IN THE MUNICIPALITY OF SANTA FÉ DO SUL – SP

---

<sup>23</sup>E-mail: thaistmaschio@hotmail.com.

<sup>24</sup>Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP - UNIFUNEC; e-mail: joaovictor.muniz@outlook.com.

<sup>25</sup>Docente, Centro Universitário de Santa Fé do Sul – UNIFUNEC; e-mail: leticiasanga@bol.com.br.

<sup>26</sup>Docente, Centro Universitário de Santa Fé do Sul – UNIFUNEC; e-mail: coordenaodireitofunec@hotmail.com.



**ABSTRACT:** The present work aims to elucidate the practice of phishing, its motivations, and its relationship with cyber crimes, based on the analysis of legal types previously used to discipline this conduct. Moreover, this article brings the importance of its criminalization, since the digital age provides evident interaction between individuals, and thus it is essential to comply with norms that color this fraud, since Brazilian law lacks adequacy in accordance with the evolution of society. Following such a north, it will also bring the interface of its conduct to the general data protection law, since the crime of phishing has as its main characteristic the invasion of the individual's private life, so that the criminalization of the practice of Phishing is in accordance with the General Data Protection Law and the provisions of the Brazilian Penal Code, so that such law, seeks to safeguard the integrity of the user's sensitive data, ie their personal information. In addition, it is noteworthy that the applied methodology was the hypothetical-deductive, based on the analysis of articles related to the theme and research carried out on the Internet.

**Keywords:** *Phishing*. Criminalization. Brazilian Penal Code. Internet.

## 1 INTRODUÇÃO

Preliminarmente, faz-se mister a compreensão junto a acepção da prática de *phishing*, que revela um comportamento na qual o indivíduo utiliza-se de e-mails falsos, sites aparentemente idênticos aos originais, com o intuito de adquirir informações pessoais sobre a vítima, induzindo-as a fornecer tais dados voluntariamente, fazendo com que tenham acesso a contas bancárias, senhas e códigos de segurança. O Comitê Gestor de Internet Brasileiro (CGI.BR) indica que a prática citada compreende-se pela fraude na qual o golpista, mediante meios eletrônicos, pretende obter acesso a dados pessoais e financeiros de um determinado usuário, partindo da utilização combinada de mecanismos técnicos e engenharia social (Cartilha de Segurança para Internet. 2012, p. 25).

Logo, o termo *phishing* advém do verbo em inglês *to fish*, ou seja, tais golpes são destinados a "pescar" os dados das vítimas, nas quais mordem a isca clicando nos links fraudulentos utilizados pelos criminosos.

Deste modo, por tratar-se de tema recente, bem como a necessidade de um raciocínio pautado no aprofundamento jurídico e científico, principalmente por não possuir necessariamente enquadramento específico, a criminalização da prática de *phishing*, no que concerne ao município de Santa Fé do Sul – SP, revela-se como interessante discussão.

A temática faz-se necessária, pois a pandemia da COVID-19 inseriu um considerável número de indivíduos no meio cibernético, devido há vários fatores, como o distanciamento social, os protocolos de quarentena, além de serviços que passaram a ser

realizados de forma remota, como é o caso dos sistemas de aula EaD (Educação a Distância).

Pode-se ilustrar tal fato, por intermédio do site Consumidor Moderno (2020), pois em uma de suas matérias afirmou que um a cada oito brasileiros foi vítima de *phishing* nos primeiros meses da pandemia. Além disso, é válido mencionar que o Brasil está acima da média global de vítimas da prática do golpe, cerca de 30% dos brasileiros não sabem reconhecer uma mensagem de correio eletrônico falsa. Isso nos torna vulneráveis e propensos a cair em “promoções imperdíveis” e outros golpes online. (ASSOLINI, 2020, n.p.).

É indubitável que além dos fatores acima expostos, por não possuir um determinado enquadramento jurídico para a criminalização dessa prática, os operadores utilizam-se de jurisprudências, doutrinas e demais casos que possuam certa semelhança, ou seja, regem a prática de forma genérica.

Sendo assim, com o não enquadramento específico dentro do ordenamento jurídico, não se obtém nos casos correlacionados a prática uma efetiva e completa punibilidade, o indivíduo praticante deste ato ilícito, por não existir normas específicas quanto ao tema, responderá por outro ato normativo, relacionado ou semelhante, ou seja, a punibilidade será eficaz, uma vez que, o indivíduo não responderá plenamente pelo delito cometido.

De outro modo, partindo de pressupostos legais, é notória a relevância da aplicação de casos que foram e estão sendo julgados nos Tribunais, utilizando-se como parâmetro a Lei nº 12.737/2012 que dispõe acerca dos crimes cibernéticos. Entretanto, assim como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a prática de *phishing* necessita de legislação própria para a proteção do usuário em relação aos dados sensíveis.

Outrossim, ainda mencionando a contemporaneidade do tema, acredita-se que uma Lei criada há aproximadamente dez anos, não seria completamente efetiva perante o atual cenário dentro da web.

Portanto, muitos doutrinadores afirmam ainda que a Lei nº 12.737/2012 se mostra extremamente abrangente, incompleta e ultrapassada, deixando de abordar de forma mais pontual pontos controversos, que necessitam de novos apontamentos para melhorar a discussão e análise científica do tema. O que justifica o referido projeto de pesquisa, pois se busca averiguar a real relevância dessa temática para os dias atuais, ou seja, adotar a criminalização e adicionar seu escopo junto ao ordenamento jurídico são ações que vagam em harmonia com a doutrina majoritária evitando, assim que o *phishing* se torne um problema ainda mais recorrente, pois, com um extremo avanço tecnológico unido com a facilidade em que se consegue capturar informações pessoais dos usuários das redes de

internet somado a pouca conscientização e uma falha aplicação de meios punitivos, os caminhos estão livre para que os cibercriminosos disseminem este método criminal.

Perante a sociedade contemporânea e a atual situação de globalização caracterizada no âmbito social, é notório o aumento do advento da internet em locais que antes considerava-se inviável o acesso ao mundo virtual, com isto, o número de usuários que possuem conexão a um determinado banco de dados de rede multiplica-se diariamente.

A problemática imposta na presente narrativa se dá pelo fato de que inúmeros usuários se encontram em situação de risco iminente ante seus dados sensíveis, aproveitando-se da imperícia de diversos internautas, os chamados *hackers* roubam e se apossam das informações pertencentes à vítima atacada.

Deste modo para compreender a dinâmica e periculosidade da pratica fraudulenta mencionada no corpo desta pesquisa cabe-se mencionar manifestações de autoridades policiais acerca da problemática, assim como cita o delegado de polícia Heron Ferreira, titular da Delegacia Especializada em Repressão à crimes Cibernéticos (DERCC):

Geralmente os criminosos fazem o uso de e-mails falsos, sites aparentemente iguais aos do banco em que as vítimas têm conta, solicitam doações, e até ligações telefônicas. Tudo isso de maneira muito parecida com a original. Eles subtraem nome completo da vítima, documentos de identificação como RG e CPF, além de senhas e códigos de segurança instalados no dispositivo de onde se coletou os dados. (FERREIRA, 2021).

Outrossim, nesta mesma seara, cita-se também o ilustre professor e delegado de polícia de Santa Fé do Sul/SP, Dr. Higor Vinicius Nogueira Jorge, especialista na resolução e abordagem de crimes relacionados ao âmbito cibernéticos, onde explana acerca da dificuldade de compreender a dimensão da prática de *phishing* uma vez que a mesma não possui tipificação específica, sendo, quando da confecção de boletins de ocorrência relacionada junto a prática de estelionato, acarretando assim na dificuldade de um combate eficaz. (JORGE, 2022).

Logo, os dados mais visados quando da realização dos ataques são aqueles que quando em posse imprópria podem gerar muitos empecilhos para seus detentores, como por exemplo o acesso a contas bancárias, CPF, números telefônicos de familiares e até mesmo redes sociais, portanto, todo e qualquer usuário ativo na rede de internet pode ser vítima deste golpe, tanto quanto quem caminha pela rua possa a vir a ser assaltado, os golpes são realizados de maneira oculta, assim como anteriormente pautado, os *hackers* se aproveitam geralmente do baixo grau de perícia e instrução que os navegantes possuem

em vista da internet, partindo da criação de sites falsos, anúncios de promoção de produtos com o preço abaixo do normal, clonagem de dados de pessoas próximas, todos esses elementos elencados compõem a situação de *phishing*, ou seja, com a atual sistemática da sociedade como um todo compreende-se que todos os componentes do núcleo virtual estão em situação de risco perante um bem precioso (os dados sensíveis), ressalta-se que, cabe ao Estado zelar e proteger, o que neste caso se trata de bem, ou seja, possui amparo constitucional.

Por conseguinte, e partindo do pressuposto de que ainda exista baixa conscientização sobre ataques oriundos de dispositivos eletrônicos, juntamente com a má aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), torna-se imprescindível a criação de norma específica dentro do ordenamento jurídico brasileiro, além da necessária melhora da fiscalização por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão responsável por elaborar as diretrizes que regulamentam o tratamento de dados pessoais, fiscalizar e aplicar penalidades em caso do não cumprimento da lei, no entanto a ANPD ainda não puniu empresas que descumpriram a LGPD, sendo que tal órgão está autorizado a aplicar sanções desde 2021, portanto tal autoridade mostra-se fragilizada em sua fiscalização.

Logo, o presente trabalho procura analisar a ascensão da prática de *phishing* no âmbito virtual e a imprescindibilidade de uma sanção eficaz, além de regulamentos específicos afim de coibir sua prática, logo busca-se investigar o surgimento de tal prática no município de Santa Fé do Sul – SP, no qual abriga o Centro Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC).

Quanto aos objetivos específicos, ficam propostos os seguintes:

Apresentar a conceituação e abrangência da prática de *phishing*, suas consequências à vítima, bem como sua crescente aparição no que se refere ao município de Santa Fé do Sul – SP.

Demonstrar a ausência de conscientização frente às fraudes digitais, e quais os mecanismos utilizados para reprimir tais ações, bem como os procedimentos a serem efetuados após a ocorrência da fraude.

Comprovar a urgência da indispensabilidade da legitimação de uma medida eficaz para a penalização da prática - ainda de forma mais significativa no que concerne ao cenário pandêmico da COVID-19, visto que houve um acentuado crescimento de casos provenientes do golpe.

## **2 METODOLOGIA**

A metodologia da pesquisa para o referido trabalho, será a pesquisa descritiva documental, com abordagem quantitativa. Este levantamento será realizado por meio de textos teóricos sobre o tema abordado. Ainda, serão analisadas fontes como: artigos publicados em revistas jurídicas e outros artigos científicos impressos ou eletrônicos que abordam categoricamente o eixo temático.

Quanto à pesquisa de campo, será efetuada junto a Primeira Vara Cível do Fórum de Santa Fé do Sul/SP, sendo esta a análise de Sentença proferida no processo de nº 1001732-64.2019.8.26.0541, na qual por meio de citação, irá exemplificar a prática de *phishing*, no âmbito judiciário, bem como demonstrar os prejuízos e as adversidades enfrentadas pelas partes lesionadas.

### **3 RESULTADOS**

Insta frisar que com base na pesquisa efetuada, conclui-se que, mesmo em uma cidade interiorana como Santa Fé do Sul/SP, práticas fraudulentas já se fazem presentes, sendo assim, pode-se observar os impactos da prática de *phishing*.

Deste modo, conforme o objetivo do presente projeto científico, ressalta-se que, por meio da pesquisa e análise efetuada, ou seja, do levantamento processual, cujo o tema fora tratado em sentença do processo nº 1001732-64.2019.8.26.0541, já transitada em julgado perante a Primeira Vara Cível da Comarca de Santa Fé do Sul/SP, é cediço que golpes ocorrem na esfera digital, assim sendo, o autor da ação pleiteou no sistema judiciário, indenização por danos materiais e morais, visto que adquiriu um produto e tal produto nunca chegara ao seu destino, sendo o requerente, lesado pela prática de *phishing*, como dispõe o ilustre Juiz de Direito, Doutor José Gilberto Alves Braga Júnior, acerca do fato:

Não resta dúvida de que o autor foi vítima de um golpe chamado "*phishing*", em um site fraudulento, que se fez passar pela loja virtual [...] golpe que vem sendo praticado com frequência nas redes sociais. (JÚNIOR, 2020).

Logo, com base no resultado obtido durante a elaboração da presente pesquisa, compreende-se que os usuários possuem alto grau de vulnerabilidade dentro do sistema de dados na internet, nota-se ainda a importância da tratativa do tema em pauta quando no âmbito de Santa Fé do Sul.

### **4 DISCUSSÃO**

Com base nos resultados obtidos ao decorrer da pesquisa restou-se cristalino que o *phishing* é um problema social a ser enfrentado de maneira ampla e objetiva, partindo do Estado a obrigação de fiscalizar e punir a quem comete a infração.

A prática de *phishing* em sua espécie inicial existe desde o advento da internet, principalmente no âmbito comercial, onde empresas disparam inúmeros e-mail contendo informações sobre promoções e quando os possíveis clientes clicavam nos links e buscavam determinados produtos os algoritmos do site salvavam as informações colhidas e disparavam inúmeros anúncios sobre o que fora inicialmente pesquisado, gerando assim uma situação propensa a venda, porém, ao passar do tempo e também muito ao que se refere a criação da Lei Geral de Proteção de Dados as “estratégias de vendas” deram lugar a pessoas maliciosas visando obter vantagem sob a imperícia do próximo.

Diferentemente de outros modelos de crimes digitais onde dispositivos eletrônicos são invadidos para a obtenção de qualquer vantagem que seja, o criminoso que prática *phishing* não viola aparelho e menos ainda age com coerção, na realidade, o que ocorre é o induzimento da vítima, partindo do uso de camuflagem os *hackers* utilizam links de sites com conteúdo aparentemente normal, constante de formulários de respostas onde inconscientemente a vítima fornece de maneira espontânea todos os seus dados, podendo ser documentos pessoais e até mesmo dados bancários.

Entende-se a gravidade do tema pautado quando até mesmo em cidades interioranas a fraude já se faz presente, assim como o exemplo de Santa Fé do Sul, a problemática ganha maior enfoque quando analisado que para registrar um boletim de ocorrência relacionado ao tema a vítima possui grande dificuldade pois não existe enquadramento sequer parecido, ainda, nos sites da Secretaria de Segurança Pública o tema sequer aparece como meio de pesquisa quantitativa, deste modo, não é possível compreender a amplitude dos prejuízos que o *phishing* acarreta, não sendo possível sequer apontar o número de vítimas no país no período de um ano.

Fazendo um comparativo com o artigo Phishing Detection: A Literature Survey publicado junto a revista do Institute of Electrical and Electronics Engineers compreende-se a complexibilidade do tema em diferentes sistemas sociais, os autores do artigo referido citam que os infratores se utilizam da imperícia dos usuários das redes de internet para a aplicação dos golpes, citando também a vulnerabilidade dos usuários cadastrados nas redes de conexão que teriam seus computadores facilmente invadidos, quando citados os meios cabíveis de proteção contra a prática de *phishing* surgem divergências entre as duas pesquisas, uma vez que se trata de diferentes localidades que possuem componentes sociais diferente ocasiona na diferenciação da possibilidade de cessar a existência da prática, por ser um crime exclusivamente realizado mediante indução da vítima campanhas de conscientização e a orientação social do problema seriam grandes contrapesos para impedir que a prática seja comumente realizada, a tipificação da prática como crime

ocasionaria a possibilidade de contabilizar vítimas e punir infratores, sendo plausível ainda a análise das regiões com maior índice do fato para controlar a situação, porém o Estado na figura dos legisladores parece não perceber a crescente da situação, uma vez que o artigo norte americano citado a título de comparação já havia sido escrito no ano de 2013, já no Brasil dez anos após, pouco se é falado sobre, gerando dificuldades de acesso a informações, visto que até doutrinadores especialistas em direito criminal cibernético sofrem com acesso e análise de dados.

Sendo assim, a sentença promulgada pelo juízo de Santa Fé do Sul demonstra e corrobora com o fato de que a população desamparada por meios legais e ágeis para denúncia do golpe sofrido, necessita recorrer ao judiciário para poder assegurar o seu direito sob sua privacidade ou bem violado, deste modo, considerar crime uma prática fraudulenta que traz consigo inúmeros prejuízos a vítima é necessário.

## 5 CONCLUSÃO

Assim como exposto de maneira cristalina no escopo do presente projeto de pesquisa, os crimes digitais obtiveram maior enfoque nos últimos anos, portanto, conclui-se que, junto ao advento da globalização da internet surgiram conceitos de golpes e crimes que antes não se faziam presentes na sociedade como um todo, a prática de *phishing*, por exemplo, surge com a finalidade de pescar dados sensíveis de usuários que utilizam uma determinada rede de conexão, por se tratar de crime cibernético, área ainda pouco explorada por legisladores principalmente da esfera penal, a dificuldade para com o combate deste ato ainda é extrema, seja pela dificuldade de realizar o rastreamento do usuário que comete a infração ou até mesmo quando do momento da denúncia, pois, por não possuir enquadramento específico torna-se árduo até mesmo o levantamento de dados, visto que quando denunciado para a delegacia de polícia constará a prática de outra modalidade de crime, sendo impossível compreender o impacto gerado em grande escala no país.

No âmbito da cidade de Santa Fé do Sul, pode-se compreender o quão grave é a situação, uma vez que, em um pequeno município no interior do noroeste paulista ocorreu a prática da fraude, em determinado processo judicial com trâmite na primeira vara cível do município, houve a homologação de sentença na qual reconheceu que há existência de um atentado denominado de *phishing*, posto isto, é de suma importância a intensificação do combate e a amplitude da penalização destas infrações.

Com base no material analisado para a realização do presente projeto fora compreendido que em grande maioria dos casos a imperícia das vítimas corresponde pelo principal fator para a ocorrência do *phishing*, portanto, para uma medida de neutralização efetiva, faz-se necessário orientar aqueles que ainda não compreendem ao certo os perigos

contidos na internet, sendo assim, campanhas de conscientização são grandes aliadas no combate a desinformação, além do mais, devido ao avanço tecnológico da sociedade contemporânea é rotineira a análise de leis com cunho de combate a crimes cibernéticos ou proteção de dados considerados sensíveis, assim como a mais recente Lei Geral de Proteção de Dados, esta por sua vez utilizada em âmbito civil para a aplicação de multas para quem a descumpra, nesta mesma seara, surge a problemática da criação de legislação específica para o combate da prática de *phishing*, a falta de tipificação penal faz um desserviço para a população, mascarando assim a real situação fática ocasionada por esta fraude, sejam os prejuízos financeiros e até mesmo violação da vida privada.

Urge salientar, que pelo fato de não possuir enquadramento próprio e até mesmo ser escasso em doutrinas fora necessária a adaptação dos meios para obtenção de dados comprovadores do caráter criminoso do *phishing* sendo necessário recorrer ao judiciário para a coleta de informações reais e plausíveis para a formulação de fundamentos científicos.

## 6 REFERÊNCIAS

ALENCAR, Gliner; LIMA, Marcelo de; FIRMO, André. O Efeito da Conscientização de Usuários no Meio Corporativo no Combate à Engenharia Social e Phishing. *In*: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SISTEMAS DE INFORMAÇÃO (SBSI), 2013, João Pessoa. **Anais** [...]. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2013. p. 254-259.

BARRETO, Ricardo de Macedo Menna; PACHECO, José Ernani de Carvalho. **Direito & redes sociais na internet**: a proteção do consumidor no comércio eletrônico. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. **Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

\_\_\_\_. **Constituição da república federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

\_\_\_\_. **Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tornar mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet; e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para definir a competência em modalidades de estelionato. 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14155.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14155.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2021.



\_\_\_\_. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2021.

CARLOS, Luciano. **Canal Ciências Criminais:** phishing: a pescaria para furtar seus dados na internet. Porto Alegre, 27 de maio de 2020. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/phishing-a-pescaria-para-furtar-seus-dados-na-internet/>>. Acesso em: 07 de maio de 2022.

CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTA E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL (CERT.BR): Cartilha de Segurança para Internet, versão 4.0, CERT.br – São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012. Disponível em: <<https://cartilha.cert.br/livro/cartilha-seguranca-internet.pdf>>. Acesso em: 07 de maio de 2022. p 25.

DA REDAÇÃO. Um a cada oito brasileiros foi vítima de phishing nos primeiros meses da pandemia. Consumidor Moderno. 17 agosto 2020. Disponível em: <<https://www.consumidormoderno.com.br/2020/08/17/um-a-cada-oito-brasileiros-vitima-de-phishing-durante-a-pandemia/>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

PENA, Braian Henrique; SILVA, Anderson Santos; SANTOS, Maicon. PHISHING. **SEMINÁRIO DE TECNOLOGIA GESTÃO E EDUCAÇÃO**, v. 2, n. 2, 21 nov. 2020.

SOUZA, Cristian; LEMOS, Marcilio; SILVA, Felipe; ALVES, Robinson. PhishKiller: Uma Ferramenta para Detecção e Mitigação de Ataques de Phishing Através de Técnicas de Deep Learning. *In*: WORKSHOP DE TRABALHOS DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA E DE GRADUAÇÃO - SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E DE SISTEMAS COMPUTACIONAIS (SBSEG), 2019, São Paulo. **Anais** [...]. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2019. p. 81-90.

## DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS EM CASOS DE FRAUDES PRATICADAS MEDIANTE SPOOFING

**JÚLIO LUIZ DE MEDEIROS ALVES LIMA KUHLMANN:**  
Advogado inscrito na seccional da OAB/DF. Pós-graduado em Direito Público pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA)

**Resumo:** O presente artigo busca analisar a responsabilidade civil das instituições bancárias em casos de fraudes praticadas mediante *spoofing*.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Consumidor. Responsabilidade civil. Contratos bancários. Proteção de dados pessoais.

**Sumário:** 1. Delimitação do tema; 2. Natureza da relação jurídica material; 3. Responsabilidade civil da instituição bancária; 4. Dever de proteção dos dados pessoais da consumidora (Lei 13.709/2018); 5. Danos patrimoniais; 6. Danos Morais; 7. Conclusão; 8. Referências.

### 1. DELIMITAÇÃO DO TEMA

O presente trabalho tem por objetivo analisar a responsabilidade civil, ou não, da instituição bancária em casos de fraudes realizadas mediante o artifício do "*spoofing*", por meio do qual terceiro mascara o número de telefone e faz com que a rede telefônica apresente ao receptor da chamada o contato oficial da instituição financeira. Com isso, promove-se o disfarce como se a ligação fosse realizada por instrumento confiável, a fim de praticar a fraude, por meio de transferências e contratação de empréstimos bancários.

Em sentido técnico, "o termo spoofing vem do verbo em inglês *spoof* (imitar, fingir), que em Tecnologia da Informação é um jargão usado para falsificação. Em geral, o termo descreve o ato de enganar um site, um serviço, um servidor ou uma pessoa afirmando que a fonte de uma informação é legítima, quando não é"<sup>27</sup>

De um lado, as instituições financeiras alegam o rompimento do nexo causal, ante o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima. De outro, os consumidores sustentam a teoria da aparência, boa-fé objetiva e falha no dever de segurança inerente à atividade bancária.

### 2. DA NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL

---

<sup>27</sup>GOGONI, Ronaldo. O que é spoofing? Disponível em <https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-spoofing/>. Acesso em 22/03/2023.

De início, anote-se que se trata de relação jurídica material de consumo, na medida em que a instituição financeira é fornecedora de serviços bancários, cujo destinatário final é o consumidor, a teor do CDC, arts. 2º, 3º e 17. Em outras palavras, o vínculo entre as partes é de consumo, sendo evidente a hipossuficiência técnica e econômica do cliente diante do fornecedor de serviços bancários.

É que a instituição financeira é quem detém completo conhecimento dos mecanismos e funcionamento de seus sistemas informáticos e de segurança, de forma que compete a ela o ônus de demonstrar a regularidade da operação fraudulenta, nos termos do artigo 6º, inciso VIII do CDC.

Por conseguinte, é inequívoca a natureza de consumo da relação jurídica.

### **3. RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA**

A responsabilidade civil consiste no dever sucessivo, o qual surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário, tendo por elementos a conduta, o nexo causal e o dano<sup>28</sup>.

Com efeito, nos termos do art. 14 do CDC, as instituições financeiras respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação do serviço.

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) conforme Súmula 479, uniformizando que as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por “fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

Nesse sentido, quanto ao defeito do serviço, a regra da distribuição da carga probatória imputa ao fornecedor esse ônus, de modo que caberá à instituição financeira comprovar que o “defeito inexistente ou que o dano decorre de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro” (CDC, art. 14, §3º).

Assim sendo, a responsabilidade da instituição financeira é objetiva, somente podendo ser afastada quando ficar comprovada a existência de fatos que rompam o nexo causal, tal qual a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Nessa ordem de ideias, a culpa exclusiva de terceiros, capaz de elidir a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços, é somente aquela que se enquadra no gênero de fortuito externo (evento que não tem relação de causalidade

---

<sup>28</sup>Cavaliere Filho, Sergio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo, Atlas, 2014, p. 2.

com a atividade do fornecedor), e não interno, como no caso de falha do fornecedor em seu dever de segurança.

Portanto, a atuação indevida de terceiro (fraude) não rompe o nexo causal entre a conduta da instituição financeira e os danos aos consumidores, pois se cuida de fortuito interno (teoria do risco da atividade), relacionado os riscos inerentes ao exercício da atividade lucrativa desempenhada pelo banco (CDC, art. 14, §3º, II, e Súmula 479 do STJ)

De outra parte, não se nega que o objetivo do art. 14, §3º, do CDC é conferir maior proteção à pessoa consumidora, que não deve suportar os riscos do negócio, de modo que “explicita a preocupação do legislador de, na sociedade de consumo de massas, conferir maior proteção ao consumidor – parte vulnerável na relação –, estabelecendo que o fornecedor de serviços deve responder pelos riscos derivados de sua atividade econômica mesmo que não atue culposamente”. (STJ, REsp 1875164/MG, Voto da Min. Relatora, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 19/11/2020).

Em casos em que se utiliza do artifício do “spoofing”, o fato é que os fraudadores têm os dados pessoais do correntista, inclusive seu contato telefônico. Nessas situações, a relação de chamadas telefônicas efetuadas e recebidas confirma contato a partir de linha que, notoriamente, é o canal oficial das instituições bancárias.

Demais disso, verifica-se que toda a sistemática relativa à realização de operações bancárias por meio da rede mundial de computadores, de terminais de autoatendimento e de dispositivos móveis foi desenvolvida principalmente com objetivo de diminuir custos (com agências e funcionários) e de fomentar lucros.

Logo, quem mais auferes os bônus dessa sistemática deve arcar com os ônus dela decorrentes, assumindo o risco inerente a esse tipo de operação.

Nesse contexto, os estelionatários têm informações sobre os dados bancários do consumidor, de sorte que a teoria da aparência, à luz da boa-fé objetiva, deve incidir em casos tais (CDC, art. 4º, III, parte final).

Acrescente-se, por fim, que situação quase que rotineira para qualquer correntista de banco é o recebimento de ligações, via celular, de prepostos dessas instituições financeiras, para ofertar produtos. Com isso, o consumidor, observando que o número telefônico era o oficial da CEF, não tinha como saber que se tratava de golpe.

A responsabilidade civil, pois, é evidente.

#### **4. DEVER DE PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DA CONSUMIDORA (LEI 13.709/2018)**

Como visto, o recebimento, pelo consumidor, de ligação telefônica que partiu de número notoriamente pertencente ao fornecedor e de mensagem de texto indicando acesso suspeito são elementos que atestam, com alto grau de probabilidade, vazamento de dados sensíveis de correntistas, ou mesmo envolvimento de funcionários da instituição bancária.

Pois bem.

A Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) incrementou o dever de guarda pela segurança e sigilo dos dados de seus usuários, o qual se aplica às instituições financeiras. Isso porque o surgimento de novas formas de relacionamento entre clientes e entidades bancárias, notadamente por meio de sistemas eletrônicos e da internet, reforçam a conclusão acerca da responsabilidade objetiva pelos riscos inerentes ao fornecimento de produtos e serviços bancários.

Com efeito, a LGPD tem por fundamentos, entre outros, o respeito à privacidade, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, além da defesa do consumidor. Nesse particular, a LGPD diz ser dado pessoal “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (LGPD, artigo 5º, inciso I), especificando que dado pessoal sensível é o “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (LGPD, artigo 5º, inciso II).

De outro lado, a LGPD, em seu artigo 6º, fixa que o tratamento de dados pessoais deverá observar a boa-fé, bem como segurança, com a “utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão” (LGPD, artigo 6º, VII), além do dever de prevenção, com a “adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais” (LGPD, artigo 6º, inciso VIII).

Sendo assim, constitui dever da instituição financeira, que disponibiliza e lucra com a prestação de serviços por meio de plataforma digital e correspondente bancário, fornecer mecanismos seguros, inclusive com sistemas de detecção antifraude, a fim de coibir transações suspeitas, de forma a evitar danos aos consumidores, sobretudo aquelas que não se adequam ao perfil de utilização/movimentação bancária do cliente, como, por exemplo, a utilização de todo o cheque-especial de correntista, em um só fim de semana.

Nesse contexto, o sistema bancário possui aparato tecnológico para detecção de fraudes, restando caracterizada a falha na prestação do serviço, a qual tem trazido prejuízo aos consumidores.

Por essa razão, havendo fragilização dos dados dos consumidores, porque os estelionatários, de antemão, já tinham os dados do cliente, é de se aplicar os comandos da Lei 13.709/2018, arts. 42 e seguintes, reforçando a responsabilidade da instituição financeira em ressarcir os prejuízos materiais comprovados, de maneira que não há falar em culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro, razão pela qual o nexo entre a conduta e o dano encontra-se, nestas situações, indene de dúvidas.

Por isso, a responsabilidade pelos danos é de rigor.

## **5. DANOS PATRIMONIAIS**

Configurado o dever de indenizar, a reparação pelos danos materiais afigura-se de rigor.

O Código Civil, em seu artigo 944, diz que a indenização mede-se pela extensão do dano, seja ela patrimonial, de modo a abranger o que efetivamente foi perdido e o que razoavelmente se deixou de lucrar (CC, artigo 402).

Com efeito, as perdas e danos só incluem o prejuízo efetivo e os lucros cessantes por efeito direto da conduta reputada lesante (CC, artigo 403).

Por sua vez, no caso das relações de consumo, o CDC, art. 6º, VI, traz a regra é a de que quem estiver obrigado a reparar um dano deve recompor a situação pessoal e patrimonial do lesado ao estado anterior (*status quo ante*), para torná-la como era se o evento maléfico não tivesse se verificado, evento esse que impõe ao responsável pelo dano a obrigação de repará-lo.

A reparação, portanto, deve ser integral.

Vê-se, pois, que se trata de risco inerente à atividade econômica desenvolvida pelo setor bancário, configurando, com isso, falha na prestação do serviço.

Assim sendo, se devidamente comprovado o dano material, o consumidor deverá ser indenizado integralmente pelos prejuízos financeiros experimentados.

## **6. DANOS MORAIS**

O dano moral encontra-se previsto na Constituição Federal (CF), artigo 5º, incisos V e X, e independe de qualquer vinculação com prejuízo material. Assim, o dever de indenizar por danos morais deriva da violação dos direitos da personalidade,

caracterizada pela afetação da honra, da integridade psíquica, do bem-estar íntimo, de suas virtudes.

Por isso, o Direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.

Em resumo, o dano moral consiste na lesão de direitos, com conteúdo não pecuniário, isto é, não avaliáveis comercialmente, lesionando a esfera personalíssima da pessoa humana. Sem dúvida, “o descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988” (CJF, enunciado 411).

Em casos de fraude mediante a utilização do artifício “*spoofing*”, verifica-se a vulneração de direitos da personalidade dos consumidores, especialmente no (i) compartilhamento não autorizado de dados pessoais da consumidora, (ii) subtração de todo seu saldo bancário, incluindo o cheque especial da conta corrente, bem como o (iii) desvio produtivo de seu tempo, para tentar solucionar extrajudicialmente o problema gerado pela omissão da instituição financeira.

Logo, não se cuida de mero aborrecimento, pois o constrangimento e aborrecimento são sempre manifestos.

Registre-se, por fim, que constatada a violação dos direitos da personalidade do consumidor, tem-se por imperiosa a definição do quantum indenizatório, que deverá ser fixado em 2 (duas) etapas (STJ, REsp 710.879/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2006, DJ 19/06/2006, p. 135).

Na primeira etapa, deve-se chegar a um valor básico para a indenização, tendo em vista os interesses jurídicos lesados, que nesses casos, são a integridades psíquica e patrimonial, a tranquilidade e a honra subjetiva. Por sua vez, na segunda etapa, têm-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo à determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.

Finalmente, a doutrina especializada ensina que a indenização dever ter por escopo a punição e persuasão para que a prática danosa não se repita. De fato, o caráter punitivo da indenização resulta da desídia e omissão do fornecedor, de modo que “[a]

função da indenização não é satisfazer a vítima, mas servir de freio ao “infrator” para que ele não volte a incidir no mesmo erro”<sup>29</sup>.

Respeitados esses parâmetros, a condenação pelos danos extrapatrimoniais experimentados é medida impositiva, com o fim de reforçar a pedagogia indenizatória, especialmente para que o sistema bancário reforce seus mecanismos de segurança.

## 7. CONCLUSÃO

Viu-se que, pela utilização do *spoofing*, a atuação de grupos criminosos não rompe o nexo causal entre a conduta omissiva da instituição financeira e os danos suportados pelos consumidores, vítimas de fraude bancária, na medida em que se trata de verdadeiro fortuito interno, inerente à atividade bancária (CDC, art. 14, §3º, II, e Súmula 479 do STJ).

Sem dúvida, observou-se que a culpa de terceiros, idônea a afastar a responsabilidade do fornecedor de serviços bancários, é aquela que se amolda ao fortuito externo, isto é, evento que não tem nexo de causalidade com a atividade bancária.

Por isso, verificou-se que constitui dever da instituição financeira ofertar mecanismos de segurança para a realização de operações bancárias, de maneira a evitar danos aos usuários do serviço, principalmente a utilização fraudulenta de dados pessoais dos consumidores.

Demais disso, registrou-se que é dever do fornecedor informar adequadamente seus consumidores, especialmente no que diz respeito aos meios verificação/prevenção de fraudes (CDC, art. 6º, III). Em razão disso, o descumprimento deste dever configura grave falha de serviço, a implicar a responsabilização das instituições financeiras pela conduta omissiva.

Por fim, anotou-se que a LGPD trouxe à baila o dever das instituições financeiras em zelar pela segurança e sigilo dos dados de seus clientes.

Conclui-se, pois, pela responsabilização das instituições bancárias em casos de fraudes praticadas mediante *spoofing*.

## 4 REFERÊNCIAS

---

<sup>29</sup>NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 317



**BRASIL**, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), REsp 1875164/MG, Voto da Min. Relatora, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 19/11/2020

\_\_\_\_\_, STJ, REsp 710.879/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2006, DJ 19/06/2006, p. 135.

**CAVALIERI FILHO**, Sergio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo, Atlas, 2014, p. 2.

**GOGONI**, Ronaldo. O que é spoofing? Disponível em <https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-spoofing/>. Acesso em 22/03/2023.

**NUNES**, Luiz Antônio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 317

## **CRIMINAL COMPLIANCE, RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

### **JORGE HENRIQUE DA SILVA FILHO:**

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Facol - UNIFACOL. Advogado entre junho de 2018 e setembro de 2019. Assessor de Magistrado do TJPE. Pós-graduado em nível de especialização: Direito Penal e Processual Penal - UNIFACOL.

**RESUMO:** O artigo propõe-se a descrever e analisar o surgimento, implementação, funcionamento e objetivos do criminal compliance no âmbito das empresas e sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro. Será abordada também a responsabilidade penal do compliance officer à luz da teoria da cegueira deliberada, do princípio da confiança como limitador do dever de cuidado e de acordo com os contornos teóricos da figura do garantidor em face dos crimes omissivos. Sabendo-se que o criminal compliance teve seu nascedouro e desenvolvimento nos Estados Unidos, mormente como forma de repressão à lavagem de dinheiro no âmbito das instituições financeiras em decorrência do tráfico de bebidas e de drogas e, posteriormente, como forma de financiar atividades terroristas, este trabalho se preocupará em expor, ainda que de forma um tanto perfunctória, como se deu a inserção do criminal compliance no sistema jurídico brasileiro e como ocorre sua operacionalização, sobretudo diante da vigência da Lei Anticorrupção e da Lei de Lavagem de Capitais. Por conseguinte, ficará demonstrada a grande relevância que o programa ou política de criminal compliance representa para a solidez dos sistemas empresarial, econômico e político de todos os países que estão inseridos no mercado de capital na atual conjuntura globalizada e altamente tecnológica. No que tange à responsabilização do compliance officer, especificamente no âmbito interno, restará como cristalina a correta adoção da aplicação do princípio da confiança e das nuances que envolvem o reconhecimento deste profissional como garantidor diante do cometimento de algum crime omissivo no âmbito das empresas.

Palavras-chave: Criminal Compliance. Compliance Officer. Autorregulação regulada.

### **1 INTRODUÇÃO**

Nos últimos anos, com todos os desdobramentos da famigerada Operação Lava Jato, em que se revelaram intrincados esquemas de corrupção e de lavagem de capitais nas mais variadas empresas e grupos empresariais, entre os quais empresas de domínio público, constatou-se que as leis correlatas não estavam sendo efetivas e que um aparato de fiscalização eficiente seria necessário para coibir tais práticas criminosas, contexto em que veio à tona com mais força as nuances atinentes ao criminal compliance.

Compliance indica concordância, obediência e conformidade ao que foi imposto. Consiste no dever de cumprir ou de fazer cumprir leis, diretrizes e regulamentos internos e externos, com o fito de minimizar riscos à reputação e o risco regulatório. O compliance está atrelado a questões estratégicas e se aplica a todos os tipos de organização, tendo em vista que o mercado vem exigindo cada vez mais condutas legais e éticas para a consolidação de um novo comportamento por parte das empresas, que devem aliar a lucratividade como decorrência do desenvolvimento econômico e o desenvolvimento socioambiental de modo sustentável.

Nessa perspectiva, face à atual conjuntura de enfrentamento à corrupção e a todos os atos ilícitos que figuram como seus consectários, os contornos teóricos e práticos do criminal compliance vêm sendo implementados, sobretudo no âmbito empresarial privado, com vistas a prevenir a atuação de corruptores, atos corruptos, outras infrações, bem como salvaguardar a estabilidade do mercado, permitindo, assim, um cenário de transparência, eticidade e confiança.

Nesta toada, o presente trabalho irá fazer uma abordagem acerca da aplicabilidade do criminal compliance diante da normativa pátria concernente à reprimenda dos atos de corrupção perpetrados nas empresas, e sobre os aspectos atinentes à responsabilização penal do profissional responsável pelo gerenciamento do programa de compliance nas empresas, o compliance officer.

Assim sendo, primeiramente será feita uma exposição do contexto histórico em que foi desenvolvida a ideia de que uma sistemática de prevenção e de fiscalização deveria ser implantada nas empresas. Adiante-se que foi nos Estados Unidos que surgiu a necessidade de um aparato de resistência ao sistema antilavagem de dinheiro, em decorrência das atividades do tráfico de drogas e do terrorismo.

No segundo momento, será apresentada a conceituação de compliance e suas principais características no âmbito empresarial, levando em consideração os diplomas nacionais vigentes que estipulam regras concernentes ao compliance e que respaldam a implementação dos princípios e objetivos do criminal compliance no Brasil, quais sejam, a Lei Anticorrupção e a Lei de Lavagem de Capitais.

E, por último, será feita uma abordagem sobre a teoria da cegueira deliberada, sobre o princípio da confiança e acerca do dever de garantidor nos crimes omissivos, noções necessárias para se definir qual o melhor embasamento para se responsabilizar penalmente o compliance officer.

## **2 CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DO CRIMINAL COMPLIANCE**

No final dos anos setenta ganhou destaque nos Estados Unidos da América o movimento antilavagem de dinheiro, como forma de reação ao crime organizado e com o objetivo de estancar, principalmente, as transações do tráfico de drogas. Movimento este que cresceu ainda mais após o ataque terrorista à torres gêmeas do World Trade Center em onze de setembro de 2001.

Todavia, a origem do movimento de combate ao crime organizado, cujo principal instrumento indubitavelmente é a lavagem de dinheiro, remonta-se a 1919, quando foi implementada pelos estados americanos a chamada Lei Seca – Volstead Act (Nacional Prohibition Enforcement Act). Nessa época, o contrabando de bebidas já acarretava forte impacto social e econômico, semelhantemente àquele que seria provocado nos anos setenta pelo tráfico de drogas.

Com efeito, a proibição da produção, da venda e do transporte de bebidas alcoólicas pelo governo americano não foi suficiente para eliminar o hábito de beber, sobretudo nas grandes cidades, frequentadas por um grande número de estrangeiros habituados ao consumo de álcool. Na realidade, facilitou-se a criação de um enorme espaço lucrativo para o comércio clandestino. As quadrilhas que traficavam bebidas, até então de modo independente, de imediato se organizaram e se articularam, uma vez que a nova atividade criminosa necessitava de uma forte organização empresarial capaz de produzir clandestinamente, ou contrabandear, e distribuir a bebida vendida ilegalmente. Dessa forma, as transações clandestinas de bebidas tornou-se um lucrativo negócio, e as altas montas de dinheiro daí oriundas passou a ser empregadas na corrupção de agentes públicos, o que possibilitava o sucesso do comércio ilícito, como também na exploração de novos empreendimentos, haja vista que as lavanderias, comumente utilizadas como empresas de fachada para a limpeza do dinheiro de origem ilícita, já não bastavam ao volume de recursos. (CARDOSO, 2013, p. 15)

Com a legalização do álcool em 1933, porém, não houve mais razões para se proceder com o contrabando de bebidas. Embora, o crescente uso de drogas proibidas tenha permitido ao crime organizado se rearticular para se beneficiar de outra forma de lucratividade.

As transações financeiras com dinheiro em espécie realizadas pelas organizações criminosas, no entanto, mostrava-se o ponto mais vulnerável na repressão ao crime, fato que motivou a publicação no ano de 1970 da Lei de Sigilo Bancário. Assim, a movimentação bancária anônima tornou-se proibida, e as instituições financeiras como forma de possibilitar o rastreamento das operações de lavagem de dinheiro passaram a ter o dever de informar o governo federal todas as transações superiores a dez mil dólares americanos realizadas em moedas, títulos, cheques, valores mobiliários e instrumentos negociáveis, dentro ou fora do país, feitas em uma única ou em múltiplas transações. (CARDOSO, 2013, p. 16)

A efetividade dessa norma sofreu resistência, pois as instituições financeiras acreditavam que a nova lei violava o direito à privacidade de seus clientes. Entretanto, o comportamento de repulsa às novas regras de combate à lavagem de dinheiro foi se transmudando para a cooperação no combate ao crime organizado, quando foram levadas a efeito prisões de pessoas do mais alto escalão de renomadas instituições financeiras em decorrência de sucessivos escândalos. Esse espírito de colaboração se intensificou popularmente no que pode ser chamado de Guerra contras as Drogas durante o governo presidencial de Ronald Reagan (1981-1989).

Baseado em dados históricos constata-se que durante o intervalo de tempo compreendido entre o final da década de setenta até o início da década de noventa, os Estados Unidos da América custearam operações militares destinadas a erradicar as plantações de coca, sobretudo na Colômbia, na Bolívia e no Peru. O objetivo da invasiva ação americana era reduzir a demanda doméstica da droga em face da alta dos preços que o produto alcançaria com a intervenção direta na produção, todavia, tal raciocínio, na realidade, frustrou as expectativas. A incisiva estratégia militar não obteve êxito, e as drogas continuaram a ser oferecidas em demasia no solo americano. A motivação para essa constância consiste no fato de que a produção de cocaína e de outras substâncias entorpecentes têm um processo de produção de custo muito baixo, permitindo que as perdas com o negócio sejam insignificantes diante dos grandes lucros que proporcionam. (CARDOSO, 2013, p. 17)

O combate ao uso de drogas como forma de salvaguardar a saúde pública não foi a única mola propulsora para desencadear a implantação dessa severa política antilavagem de dinheiro no território norteamericano. Interesses financeiros e reputacionais quanto à proteção da economia também a reforçaram, uma vez que a prática de lavagem de dinheiro passou a ser uma poderosa ferramenta apta a fazer entrar na economia formal o dinheiro ilícito, e com isso acarretar desagradáveis impactos econômicos e sociais.

Nessa perspectiva, de acordo com um estudo realizado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, divulgado pelo Grupo de Trabalho em Lavagem de Dinheiro do Ministério Público Federal, denuncia que a prática da lavagem de dinheiro gera distorções econômicas, risco à integridade e à reputação dos sistema financeiro, diminuição dos recursos governamentais e repercussões socioeconômicas. (CARDOSO, 2013, p. 18-19)

Dessa forma, as políticas de repressão ao tráfico de drogas desde os anos oitenta já se mostravam imprescindíveis ao combate ao crime organizado, uma vez que há muito já era visível que o narcotráfico havia se internacionalizado, e as máfias começavam a se associar e constituir verdadeiras empresas, funcionando de maneira ágil e profissional.

A globalização observada por seus efeitos econômicos, com a abolição das fronteiras nacionais para os fluxos de capitais, e o acentuado desenvolvimento de tecnologias de informática capazes de deslocar online vultosas somas em dinheiro, proporcionou a agilidade necessária para a movimentação financeira produto de crime. Como consequência, as organizações criminosas tornaram-se grupos econômicos e políticos consideravelmente poderosos, e assim surgiram os indicativos seguros de que a lavagem de dinheiro deveria ser considerada uma ameaça à ordem econômica mundial.

Neste passo, a estratégia inicial antilavagem criada pelos americanos ganhou interesse mundial, e no ano de 1988, a Convenção de Viena contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas estabeleceu a primeira definição mundialmente aceita do crime de lavagem de dinheiro, e impôs aos Estados aderentes a obrigação de adotar providências de natureza penal contra aqueles que praticassem mencionadas condutas. (CARDOSO, 2013, p. 22)

O Brasil sujeitou-se à Convenção contra o Tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, assinada em Viena no ano de 1988, incorporando-a ao direito interno pela promulgação do Decreto 154/91, e com isso assumiu o compromisso jurídico internacional de criminalizar a lavagem de dinheiro, levado a efeito dez anos mais tarde com a edição da Lei 9.613/98, recentemente alterada pela Lei 12.683/2012 com o objetivo de tornar mais eficiente a persecução penal.

Por decorrência, as obrigações de compliance previstas no art. 10 da Lei de Lavagem tornaram-se requisitos regulatórios das instituições financeiras, e deste modo, além da imposição de sanções administrativas no caso de descumprimento, a responsabilidade criminal do garantidor do cumprimento das normas tornaram-se uma realidade.

Concomitantemente à resoluções adotadas pela Convenção de Viena conferiu-se ao Comitê da Basileia, ainda no ano de 1988, a tarefa de editar um acordo, que introduzisse princípios básicos para os bancos privados mundiais em relação à prevenção a lavagem de valores. Dentre as orientações desse acordo conhecido como Basileia I, apontou-se para a necessidade de as instituições financeiras implantarem medidas de proteção e precaução para que o dinheiro proveniente de atos ilícitos não se misturasse ao dinheiro oriundo de fontes legais. Com isso, as medidas de compliance ganharam força e importância até então inexistente, e como resultado, todos aqueles que atuam no mercado financeiro passaram a ser treinados para conhecer melhor seu cliente e identificar as operações financeiras suspeitas de lavagem de dinheiro, e ainda para cooperarem com as autoridades competentes na investigação da prática de crimes. (CARDOSO, 2013, p. 23)

O Brasil, por sua vez, em 2013, implantou através do Banco Central do Brasil as recomendações conhecidas por Basileia III, que faz parte do esforço contínuo feito pelo Comitê da Basileia para melhorar a gestão de risco e fortalecer a transparência das

instituições financeiras, não tendo sido acrescentada quanto ao compliance nenhuma recomendação digna de nota.

### **3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO CRIMINAL COMPLIANCE**

A palavra *compliance* é originária do verbo inglês *to comply*, que significa cumprir ou satisfazer aquilo que foi imposto, de acordo com Coimbra e Manzi (2010, p.2). *Compliance*, em outras palavras, significa o dever de cumprimento, de estar em conformidade com as leis, diretrizes e regulamentos internos e externos, com o intuito de diminuir o risco ligado à reputação e o risco regulatório.

O criminal *compliance*, em específico, consiste na sistemática voltada a mitigar riscos à empresa relativos a crimes, como, por exemplo, a lavagem de dinheiro e a corrupção.

Diante da efervescência das transações econômicas e comerciais potencializadas pela globalização na sociedade atual, da qual emergem com frequência novos riscos tecnológicos, econômicos e sociais e, com a expansão do Direito Penal, surge a necessidade de regular esses riscos por meio de uma política de gestão eficiente, que seria o instituto do criminal *compliance*.

O capitalismo como uma economia de mercado orientada em função do lucro, do aumento e da acumulação do capital, acentuasse nesse contexto globalizado. Nesse ponto, caracteriza-se o que Ferguson denomina de “a grande degeneração”, em que prevalecem os interesses corporativos e individuais em detrimento de interesses coletivos, do sistema e, principalmente, das leis e instituições. [...] Isso propicia, em paralelo, o surgimento de uma economia criminosa globalizada em que, tal qual as relações comerciais legítimas, o crime passa a estar interligado em rede, afetando as atividades econômicas e políticas no mundo inteiro. Portanto, ao lado da criminalidade tradicional, há uma delinquência econômica que aumentou exponencialmente em virtude da abertura das economias, da redução das distâncias, das comunicações instantâneas, das facilidades e liberdades de trânsito de pessoas e capitais, bem como dos avanços tecnológicos colocados a serviço da moderna criminalidade. (FORIGO, 2017, p. 20)

Nessa perspectiva, torna-se imprescindível a implementação da proposta do *compliance* nas empresas, para que essa nova criminalidade econômica não encontre terreno fértil para se difundir ainda mais e afetar drasticamente a economia global.

No entanto, é válido destacar que não se pode confundir o *compliance* com o mero cumprimento de regras formais e informais, sendo o seu alcance bem mais amplo, ou seja, “é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários” (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012, p. 30).

O *Compliance* envolve questão estratégica e se aplica a todos os tipos de organização, visto que o mercado tende a exigir cada vez mais condutas legais e éticas, para a consolidação de um novo comportamento por parte das empresas, que devem buscar lucratividade de forma sustentável, focando no desenvolvimento econômico e socioambiental na condução dos seus negócios. (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 88)

Os objetivos da implantação de uma política de *compliance* são inúmeros; mas, entre os principais, estão: cumprir com a legislação nacional e internacional, além das regulações do mercado e das normas internas da empresa; prevenir demandas judiciais; obter transparência na condução dos negócios; salvaguardar a confidencialidade da informação outorgada à instituição por seus clientes; evitar o conflito de interesse entre os diversos atores da instituição; evitar ganhos pessoais indevidos por meio da criação de condições artificiais de mercado, ou da manipulação e uso da informação privilegiada; evitar o ilícito da lavagem de dinheiro; e, por fim, disseminar na cultura organizacional, por meio de treinamento e educação, os valores de compliance (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 37-38).

Frise-se que para a implementação de uma política de *compliance*, a empresa deverá inicialmente elaborar um programa com base na sua realidade, cultura, atividade, campo de atuação e local de operação. E uma vez implantada tal política e funcionando efetivamente, a empresa tende a obter mais confiabilidade dos investidores e maior credibilidade no mercado. Dessa forma, indubitavelmente, alcançará altos níveis de cooperação interna e externa à medida em que auferir maiores lucros, mas sempre de modo sustentável, direcionando benefícios à organização, a seus empregados e à sociedade.

Diante disso, é inquestionável que a empresa deve estar preparada financeiramente para a implantação de um programa de compliance, uma vez que será necessário contratar especialistas da área, delimitar o campo específico em que atuará na empresa, investir em treinamento permanente para os seus empregados em todas as unidades, elaborar um Código de Ética que estabeleça procedimentos e as devidas punições, aperfeiçoar os seus mecanismos de controle internos e externos para aprimorar o gerenciamento dos riscos,



investir em tecnologia da informação, entre outros diversos investimentos, que podem variar, a depender do formato e do objetivo de cada empresa.

Um dos maiores riscos externos que o compliance pretende minorar é a quebra da reputação, pois a sua perda provoca publicidade depreciativa, perda do rendimento, litígios dispendiosos, redução de clientela e, nos casos mais extremos, até a falência.

Doutra banda, urge salientar que a cooperação e a confiança devem está ínsitos ao desenvolvimento de um programa de compliance em determinada empresa. A cooperação, tanto no âmbito interno quanto externo, é essencial para o desenvolvimento das empresas. Internamente, gera empregados mais satisfeitos, que tendem a aumentar a produtividade e lealdade; externamente, enseja o estabelecimento de relações mais estáveis, que, em razão da reputação da empresa, criam condições que facilitam as negociações, tornando-as mais seguras e produzindo o potencial aumento dos lucros.

Com o objetivo de obter a cooperação no âmbito interno, algumas medidas são necessárias: agir de forma a diminuir os conflitos e aumentar a importância do futuro, valorizando os empregados; ter um plano de cargos e salários objetivo e automático, que possibilite visualizar a carreira no futuro; tratar de forma uniforme todos os empregados; escolher lideranças já reconhecidas pelos demais; exigir que a alta administração dê o exemplo. No âmbito externo, pode-se obter a cooperação realizando-se contratos a longo prazo; facilitando-se a negociação, quando houver uma relação de confiança entre as partes; mantendo-se interação constante com os demais atores envolvidos; investindo-se na credibilidade da marca. (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 96-97)

Por outro lado, a implementação efetiva de um programa de compliance é determinante na consolidação da confiança em âmbito nacional e internacional, valor inestimável para uma empresa, uma vez que motiva a reciprocidade e suplanta métricas monetárias, deixando de ser apenas um ônus e revelando-se como a mais hábil tática competitiva de negócio.

Não obstante a necessidade de se valorizar os contornos internos e externos, é salutar que se entenda que para que haja cooperação e confiança externas é imprescindível que no âmbito interno seja operacionalizada uma efetiva mudança de pensamento, uma verdadeira alteração e aquisição de cultura por parte dos atores, o que somente ocorre no tempo próprio de cada empresa, não sendo eficiente a imposição, pois “o compliance é um estado de espírito” (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 36).

De mais a mais, é relevante considerar que a existência da política de compliance nas empresas possibilita que elas deixem a tradicional postura passiva diante do sistema normativo – de apenas obedecer a comandos jurídicos predeterminados e suportar as sanções em caso de descumprimento – para assumirem o papel de protagonistas, desenvolvendo programas internos destinados a promover o adequado cumprimento das normas por parte de seus órgãos e empregados, investigando irregularidades praticadas, adotando medidas corretivas, e, se for o caso, reportando os resultados às autoridades competentes.

Embora seja inquestionável que o Estado deve regular o âmbito empresarial, com a implantação e necessidade de desenvolvimento da política de compliance nas empresas surge uma nova estratégia de regular a atividade empresarial por meio da autorregulação, em que o poder público delega parte de sua função regulatória às próprias empresas e se utiliza delas para intervir de forma mais rigorosa e eficaz.

Através da delegação de parte de sua função regulatória para as próprias empresas, o poder público não cede à titularidade dessa função, pois o ente privado age de forma subordinada aos interesses predeterminados pelo Estado. Porém, o fato de que as empresas conhecem melhor as particularidades das técnicas e as especificidades da economia moderna, potencializa as devidas regulações jurídico-penais necessárias e torna esse sistema mais eficaz que a intervenção estatal. (FORIGO, 2017, p. 32)

A autorregulação é composta por quatro elementos. O primeiro elemento da autorregulação é a necessidade de que as empresas definam normas de comportamento, denominadas de códigos de conduta, boa governança, boas práticas etc. O segundo elemento diz respeito ao aperfeiçoamento dos sistemas de informação, documentação, evitando-se a compartimentalização da informação. A terceira característica consiste na designação de pessoas e órgãos pela pessoa jurídica que sejam responsáveis pelo cuidado na efetividade da organização empresarial, tais como os órgãos de criminal compliance e cumprimento dos comitês de auditoria. Por fim, o quarto elemento corresponde à exigência de um controle externo que certifique, avalie ou audite a idoneidade do sistema de autorregulação. (FORIGO, 2017, p. 34)

Nessa perspectiva, mais do que evitar a criminalidade empresarial, o compliance corresponde aos esforços adotados pela iniciativa privada para não só cumprir as exigências impostas por lei e os regulamentos relativos à atividade desenvolvida como também instituir a observância da ética e da integridade corporativa.

Depreende-se, portanto, que o objetivo fundamental do *compliance* é a mudança de cultura no ambiente corporativo, por meio de uma gestão empresarial baseada em

valores éticos e comportamentais, em um ciclo virtuoso em direção à não tolerância ao crime.

Nesse contexto, o *criminal compliance* revela-se um instituto de prevenção criminal, e de controle social que atua de forma *ex ante* ao delito, ou seja, antes da incidência da norma penal (e, na realidade, com o objetivo de evitar a incidência dessa norma), diferentemente do direito penal tradicional que atua *ex post*.

Por conseguinte, no campo do *criminal compliance*, o direito penal adquire uma nova perspectiva. Face à grande necessidade de prevenir e reprimir a criminalidade empresarial, o poder público atribui aos agentes privados a responsabilidade de evitar, investigar e informar eventuais ilícitos praticados, através da imposição de sanções penais ou de incentivos legais. E não obstante pareça ter sido “excluído” do âmbito empresarial, o Estado continua a atuar de forma ativa na consecução da política criminal, adaptando-se ao cenário econômico-financeiro globalizado.

### **3.1 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NORTEADORA DO CRIMINAL COMPLIANCE**

#### **3.1.1 LEI ANTICORRUPÇÃO Nº 12.846/2013**

Essa Lei representa um marco importante no combate à corrupção no país e visa cumprir com os compromissos pactuados internacionalmente – por meio da ratificação da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE; da Convenção Interamericana contra a Corrupção; e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – de responsabilizar as pessoas jurídicas por atos de corrupção pública inclusive de servidores públicos estrangeiros.

A Lei nº 12846, de 1º de agosto de 2013, foi regulamentada pelo Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, e alterada pela Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015.

O diploma legal tem como objetivo impor de forma rigorosa penalidades de natureza civil e administrativa a pessoas jurídicas que estejam relacionadas à corrupção de agentes públicos e de fraudes a licitações, além de buscar fortalecer os órgãos de fiscalização para engendrar a cultura anticorrupção no mundo empresarial.

A relevância desse instrumento legal, mais do que definir a responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos que atentem contra a administração pública, nacional ou estrangeira, descritos no artigo 5º da Lei, consiste no incentivo expresso e tratamento diferenciado para empresas que possuem programas de

compliance efetivos, também denominados de programas de integridade ou de conformidade.

Conforme preconiza o art. 7º, VIII, da referida Lei, serão levados em consideração na aplicação das sanções, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. Portanto, a existência do programa de compliance tem o condão de diminuir a pena imposta se estiverem dentro dos parâmetros estipulados pelo artigo 42 do Decreto nº 8.420/2015.

Ao estipular essa regra, o objetivo foi desenvolver efetivamente uma cultura empresarial no Brasil de autofiscalização e autocontrole para diminuir a praxe, muitas vezes institucionalizada, de que a corrupção é parte do negócio.

Esse programa de integridade previsto na Lei Anticorrupção, de acordo com Carvalhosa, segue os padrões do que foi estabelecido pela Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção que determina aos Estados membros o dever de implantar medidas de prevenção à corrupção por meio de transparência contábil e auditoria interna, transparência nas relações comerciais e através de códigos de governança corporativa para a prevenção de conflitos de interesses. Esse regime de conformidade deve estabelecer um regime de auditoria interna para verificar as contas e apurar a legitimidade dos negócios jurídicos que as originaram, além de manter um sistema de análise de risco relativamente às atividades e negócios próprios da pessoa jurídica nas relações firmadas. É essencial também que essa auditoria interna mantenha um serviço de recebimento de denúncias e consequente apuração. (FORIGO, 2017, 29)

É de se ressaltar, ademais, que o decreto estabelece um tratamento diferenciado para avaliação do efetivo programa de integridade às microempresas e de pequeno porte, conforme artigo 42, § 3º do Decreto.

Observe-se que, para o programa de compliance ser considerado efetivo, ele deve se adequar à ação institucional da empresa, no seu contexto negocial, ou seja, o programa deve ser elaborado de acordo com as suas peculiaridades, assim considerado na sua dimensão, riscos e desafios.

E, vale dizer que a Lei não impõe esses comportamentos, mas os estimula com vistas à prevenção e apuração de condutas irregulares.

### **3.1.2 LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS Nº 9.613/1998**

A Lei de lavagem de capitais ou a Lei de lavagem de dinheiro, Lei Federal nº 9.613/1998, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012, estabeleceu regras de cooperação privada, instituindo obrigações às pessoas e instituições que atuem em setores considerados sensíveis ao crime. Todas as pessoas físicas e jurídicas que exerçam, em caráter permanente ou eventual, uma das atividades elencadas no artigo 9º da Lei deverão cumprir com as obrigações relacionadas nos artigos 10 e 11.

As entidades referidas no art. 9º, nos termos do art. 10, devem armazenar informações e registros sobre seus clientes, bem como criar e manter cadastros e registros das transações que ultrapassem os limites fixados pela autoridade competente, impondo-se a elas o dever de comunicar as autoridades das atividades suspeitas de lavagem.

Assim sendo, o art. 10, ao disciplinar a adoção de políticas, procedimentos e controles internos compatíveis com seu tamanho e quantidade de operações, impõe o dever de compliance às entidades e pessoas obrigadas.

O art. 11, de seu turno, impõe a obrigação de comunicação ao COAF das movimentações que ultrapassem os limites fixados e as transações efetuadas ou propostas que constituam sérios indícios de lavagem de dinheiro.

Essas comunicações objetivam a sistematização de informações, a produção de análise de risco e a tomada de providências cabíveis por parte dos órgãos de controle e fiscalização.

O desrespeito a essas determinações legais pode implicar em responsabilização administrativa das pessoas elencadas no art. 9º e dos administradores das pessoas jurídicas, nos termos do que estabelece o art. 12 da mencionada Lei. As sanções consistem em advertência, multa pecuniária variável, inabilitação temporária para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas indicadas pela Lei cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou financiamento. Tais penalidades poderão ser aplicadas de forma cumulativa ou não, conforme o caso.

#### **4 RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER**

Inicialmente, cumpre definir a figura do *compliance officer*, bem como suas atribuições e responsabilidades. Assim, toda empresa que vislumbre dá efetividade à sistemática do compliance em seu âmbito interno, deve ter em seu quadro funcional um profissional habilitado para atuar na disseminação e na fiscalização da prática dos comandos regulatórios tanto internos quanto externos. Trata-se o compliance officer do profissional incumbido de operacionalizar o programa de compliance de determinada empresa, em outras palavras, fazer com que a atividade empresarial esteja em

conformidade com o ordenamento jurídico e com as normas que regulam os variados ramos microeconômicos.

Além da primordial atividade de garantir o cumprimento das leis, regulamentos e normas, o que evidentemente demanda uma rotina de acompanhamento periódico da legislação aplicável às instituições financeiras, deverá o compliance officer zelar pela existência de procedimentos de controles internos que compreendam programas de treinamento e autoinstrução de funcionários, assim como normas e procedimentos para as áreas operacionais e de sistemas informatizados. (CARDOSO, 2013, p. 57)

Nessa perspectiva, é imprescindível que o compliance officer detenha razoável independência e autonomia dentro da estrutura organizacional e hierárquica de uma empresa. O profissional deve possuir significativa margem de liberdade e determinadas prerrogativas para que possa exercer seu encargo com eficiência no sentido de acautelar ou resguardar a atividade empresarial da ocorrência de delitos e infrações de qualquer ordem.

É de se destacar que o compliance officer, no exercício de suas importantes funções, deve apenas se reportar ou responder apenas aos administradores, diretores, ou sócios-gerentes da empresa da qual faça parte, isto é, a esse profissional deve ser atribuída uma margem de isenção tão acentuada, que ele apenas deve se preocupar em atender às determinações e anseios da alta administração.

Geralmente, o setor de compliance, dirigido por um compliance officer, deve estar situado no mesmo nível hierárquico, ou atuando em conjunto com o departamento de controle interno, ou com o departamento jurídico e de auditoria.

Como decorrência disso, é de suma importância que o compliance officer tenha acesso irrestrito a dados, informações e documentos relevantes da empresa.

É de igual modo essencial que ele tenha acesso imediato aos membros da gestão responsáveis por todos os departamentos da empresa. Isso porque, se violações legais forem encontradas, deverão ser investigadas, os fatos a ela relacionados deverão ser documentados, e o erro deverá ser corrigido, como parte da estratégia para prevenção de fraudes e crimes. (CARDOSO, 2013, p. 63)

Vale ressaltar, ademais, que as incumbências do compliance officer vão muito além do que comunicar aos órgãos externos competentes os fatos que puderem constituir-se

em fundados indícios de crime. Para que a sua atuação se esgote com lisura é necessário que ele, nos termos do que determina o renovado art. 11 da Lei 9.613/98, por exemplo, dispense especial atenção às tais operações e as comunique imediatamente às autoridades competentes. “Imediatamente” implica prestar a informação ao órgão competente tão logo sejam reunidos os elementos indiciários da prática de crime, sendo prescindível aguardar a conclusão final das investigações internas.

No que tange à atuação do compliance officer na órbita das instituições financeiras, na prevenção à lavagem de dinheiro, o art. 10 da Lei de Lavagem de Dinheiro elencam algumas tarefas desse profissional, quais sejam, registrar informações relativas à identificação dos clientes, a criação e manutenção de cadastros e registros dos mesmos e das transações que ultrapassem os limites fixados, bem como, o repasse dos dados e documentos requeridos pelas autoridades. O art. 11 da aludida Lei preconiza que o dever de vigilância não é o único alvo, os bancos, especificamente, devem comunicar às autoridades competentes as movimentações financeiras que ultrapassem os limites previamente fixados, como também aquelas que indiquem sérios indícios de lavagem de dinheiro.

Nesse diapasão, vem se constatando que a presença de um compliance officer no direcionamento de um programa de compliance nas empresas da atualidade é uma imposição da economia globalizada. Sabendo-se que a criminalidade que tem o condão de influenciar na higidez das relações econômicas e na própria economia é a que se desenvolve no seio dos grandes grupos econômicos globalizados e nas grandes empresas multinacionais, objetivando desenfreadamente a detenção de poder, o sistema de criminal compliance, representado por um compliance officer, é crucial para que essa criminalidade de poder não possa encontrar terreno fértil e seja rechaçada das empresas que fazem parte da moderna conjuntura econômica globalizada.

Uma das causas para que o sistema de compliance se torne imprescindível atualmente é a valorização de uma boa reputação corporativa, que se configura como um dos principais ativos que uma empresa pode ter. “O caráter intangível de alguns fatores que compõe o valor de uma empresa, como a marca, o capital intelectual e a imagem são diretamente responsáveis por seus resultados financeiros” (CARDOSO, 2013, p. 63) e, por isso, quanto maior for a represália contra a criminalidade de poder, através do sistema de compliance, maior será a garantia de que os bens intangíveis das empresas, os quais envolvem sua reputação, serão bem tutelados.

Saliente-se, ainda, que a política de compliance tem o condão de possibilitar que os interesses da empresa cedam espaço aos interesses de terceiros, sejam essas pessoas de direito público ou privado, autoridades públicas, clientes ou acionistas. Dessa forma, tem-

se que o compliance officer ao proteger os interesses da empresa em que atua, evitando, por exemplo, a ocorrência de fraudes ou danos à sua reputação, possui como foco principal de seu trabalho a proteção de riscos que possam afetar a terceiros, vítimas direta ou indiretamente de crimes. Assim sendo, ao assumir essa posição, gera para si a obrigação legal de evitar riscos que possam afetar a terceiros, e se coloca na posição de garantidor nos termos da lei penal.

Portanto, é de grande relevância a análise da responsabilidade penal do compliance officer quando um contexto criminoso resta configurado no âmbito da empresa em que exerce suas funções. São inquietos os posicionamentos a respeito, principalmente no que concerne à delimitação de como pode figurar enquanto sujeito ativo de eventuais crimes, e do elemento subjetivo de sua conduta com seus conseqüentários.

Valendo alertar que aqui a análise não se limita apenas à sua posição como garantidor, merecendo aqui o delineamento de outras nuances teóricas que enriquecerão a abordagem e elucidarão, ao final, qual o embasamento teórico mais recomendável a adotar.

#### **4.1 (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA**

A teoria da cegueira deliberada teve seu nascedouro na Inglaterra, no julgamento do caso *Regina v. Sleep*, de 1861 (VALENTE, 2017), sendo acolhida e amadurecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, tendo recebido a designação de *Willful Blindness Doctrine*, sendo também conhecida por Teoria das Instruções do Avestruz, Evitação da Consciência ou Ato da Ignorância Consciente.

De acordo com essa teoria, o agente, de forma deliberada, se coloca em situação de ignorância de modo consciente e voluntário, criando obstáculos para alcançar um maior grau de certeza atinente à potencial ilicitude de sua conduta. Em outras palavras, o infrator provoca o seu desconhecimento acerca do ilícito, de modo que sua ignorância deliberada passa a equivaler-se ao dolo eventual ou, até mesmo, à culpa consciente.

Os primeiros casos de sua aplicação foram nos crimes de tráfico de drogas e de contrabando, comumente praticados em território norte-americano em épocas passadas. Por exemplo, seguia-se o entendimento de que se "A" paga a "B" para levar uma mala, e "B", intencionalmente, ignora o conteúdo desta, não importando se nela está guardado um bem ilícito, a exemplo de uma droga, deverá "B" responder criminalmente como se soubesse do conteúdo delituoso. (VALENTE, 2017)



Essa teoria encontrou forte guarida nos países do sistema *common law*, e pelo seu caráter flexível passou a atender satisfatoriamente às necessidades criminológicas do sistema consuetudinário.

Paulatinamente, ela foi sendo importada e aplicada pelos países do sistema romano-germânico, especialmente os latino-americanos e o espanhol. No Brasil, a jurisprudência passou a adotá-la, considerando a ignorância deliberada equivalente ao dolo eventual, de acordo com o que preconiza a teoria do assentimento (artigo 18, inc. I, parte final, do Código Penal).

Nessa perspectiva, essa teoria fundamenta a punição de quem atua de forma indiferente em relação à ilicitude do fato, assumindo o risco de produzir o resultado mediante “desconhecimento provocado”, pois chega a ignorar fatores e elementos determinantes do ilícito.

No Brasil, a primeira vez que um tribunal tratou da Teoria da Cegueira Deliberada de maneira explícita foi no julgamento da Apelação Criminal ACR nº 5520/CE pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Trata-se de acórdão que julgou recurso de gerentes de uma concessionária que teriam vendido onze automóveis aos agentes responsáveis pelo furto ao Banco Central na cidade de Fortaleza, sendo a transação feita em dinheiro em espécie.

Ao aceitar o pagamento, o juiz de primeira instância entendeu que os gerentes intencionalmente se colocaram em situação de “cegueira”, ou seja, deveriam presumir que aqueles valores poderiam ter origem ilícita e se esquivaram de levar a efeito a transação comercial e informaram as circunstâncias suspeitas às autoridades. No entanto, segundo o juiz, eles preferiram se beneficiar daquela situação mantendo-se ignorantes acerca das circunstâncias que eram penalmente relevantes. Com isso, os gerentes foram condenados pelo crime de lavagem de dinheiro.

Em recurso, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região reformou a decisão do magistrado, entendendo que:

“[...] a imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (*willful blindness*), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva”. (BRASIL, 2008)

Mais recentemente a teoria da cegueira deliberada vem sendo ventilada nos processos no âmbito da Operação Lava Jato, especialmente no Juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, outrora titularizada pelo juiz Sérgio Moro.

É válido trazer à baila um caso em específico de utilização da *Willful Blindness Doctrine* atinente ao crime de lavagem de capitais objeto de julgamento da Ação Penal nº 5023135-31.2015.4.04.7000. *In casu*, em breves palavras, Ivan Vernon (assessor de confiança de Pedro Correa – político) foi condenado por tal crime pelo recebimento, em conta de sua titularidade, dos repasses de propina feitos por Alberto Youssef em benefício de Pedro Correa, ou seja, este se utilizava da conta de um terceiro para se locupletar dos valores de origem ilícita depositados pelo doleiro Alberto Youssef.

Nos termos da sentença, Ivan Vernon

agiu dolosamente ao ceder sua conta para que Pedro Correa pudesse receber valores decorrentes do esquema criminoso da Petrobras. Era um assessor de confiança de Pedro Correa. É possível que não tivesse conhecimento de detalhes do esquema criminoso da Petrobras. Entretanto, o recebimento em sua conta de depósitos, em seu conjunto vultuoso, sem origem identificada e estruturados, era suficiente para alertá-lo da origem criminosa dos recursos recebidos. Isso especialmente quando tornado notório a partir de 2006 que Pedro Correa, com a cassação de seu mandato parlamentar, estava envolvido em atividades criminais. (BRASIL, 2015)

Nesse diapasão, sob os auspícios da teoria da cegueira deliberada tem-se que analisar a responsabilidade penal do compliance officer. Sabendo-se que este profissional atua no direcionamento do programa de compliance das empresas, fazendo com que elas estejam em conformidade com as leis e com as regras e regulamentos internos, é inerente às atribuições do compliance officer um caráter fiscalizador e de repressão à prática criminosa, limitando-se em determinados casos a informar às autoridades competentes a ocorrência da infração ou simplesmente os indícios da prática criminosa.

Deve-se levar em consideração também que muitas vezes os planos de conformidade elaborados pelo compliance officer vão de encontro com as estratégias e projetos dos diretores, administradores ou sócios-gerentes das empresas que envolvem riscos empresariais e econômicos, e muitos deles são colocados em prática ao arrepio da sistemática normativa, por vezes quase indetectáveis, mas que têm o condão de operar efeitos não abraçados pelo ordenamento jurídico e de influenciar negativamente na higidez da economia.

Dessa forma, por uma variedade de consideráveis motivos, ao se colocar deliberadamente numa situação de ignorância quanto à atividade empreendedora de uma empresa, por exemplo, que não esteja dentro dos padrões normativos internos e externos, relegando a segundo plano seus deveres fiscalizatórios e repressivos, poder-se-ia considerar que o compliance officer estaria agindo com dolo eventual, incidindo, assim, a teoria da cegueira deliberada.

Para a teoria do dolo, o dolo eventual é subespécie do dolo indireto. O dolo eventual é a modalidade em que o agente não quer o resultado por ele previsto, mas assume o risco de produzi-lo. A sua existência se deve à previsão do art. 18, I, parte final, do Código Penal, que consubstancia a teoria do assentimento, conforme dito alhures.

Segundo Cleber Masson (2019, p. 236),

Deve-se ao alemão Reinhart Frank a formulação de um princípio, rotulado de teoria positiva do conhecimento, que é útil como critério prático para identificar o dolo eventual. Para esse postulado, há dolo eventual quando o agente diz a si mesmo: “seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso agirei”, revelando a sua indiferença em relação ao resultado.

Por conseguinte, abstendo-se de adotar uma postura diligente e consentânea com a função com a qual se responsabilizou, colocando-se deliberadamente num estado de “cegueira” frente a uma conjuntura aparentemente ilícita, o compliance officer poderá, de acordo com a teoria em comento, ser responsabilizado a título de dolo eventual pelo mesmo crime praticado mediante dolo direto pelo empregado ou administrador, por exemplo, que deveria atuar em observância à lei e ao regramento da empresa.

Todavia, há algumas problemáticas em torno da viabilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada.

Cumprе esclarecer que no Direito Brasileiro, pela definição do Código Penal, o crime é considerado doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Essa previsão legal equipara o dolo direto ao dolo eventual.

Como já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

A doutrina penal brasileira instrui que o dolo, conquanto constitua elemento subjetivo do tipo, deve ser compreendido sob dois aspectos: o cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela vontade de realizar a

conduta típica. O elemento cognitivo consiste no efetivo conhecimento de que o resultado poderá ocorrer, isto é, o efetivo conhecimento dos elementos integrantes do tipo penal objetivo. A mera possibilidade de conhecimento, o chamado “conhecimento potencial”, não basta para caracterizar o elemento cognitivo do dolo. No elemento volitivo, por seu turno, o agente quer a produção do resultado de forma direta - dolo direto - ou admite a possibilidade de que o resultado sobrevenha - dolo eventual. (BRASIL, 2008)

Segundo Cleber Masson, tais elementos se relacionam em três momentos distintos e sucessivos.

Em primeiro lugar, opera-se a consciência da conduta e do resultado. Depois, o sujeito manifesta sua consciência sobre o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado que em decorrência dela será produzido. Por fim, o agente exterioriza a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado. Basta, para a verificação do dolo, que o resultado se produza em conformidade com a vontade esboçada pelo agente no momento da conduta. (MASSON, 2019, p. 234)

Admite-se, porém, que, ao se tratar de dolo eventual, há evidente arrefecimento da configuração dos elementos cognitivo e volitivo quando comparado com o dolo direto de primeiro grau. Assim, sabendo-se que o conhecimento das circunstâncias do fato típico é indispensável para a imputação a título de dolo — seja direto ou eventual —, questiona-se seu emprego na teoria da cegueira deliberada nos casos em que não se tem o conhecimento efetivo das circunstâncias do fato típico, ainda que esse desconhecimento seja provocado pelo agente.

Assim, esse entendimento faz configurar os contornos de uma responsabilidade penal objetiva, a qual é rechaçada pelo Direito Penal pátrio.

Demais disso, a teoria da cegueira deliberada esbarra nos consectários do princípio da legalidade, quais sejam, proibição de analogia e de interpretação extensiva *in malam partem*.

Isso porque a construção jurisprudencial da teoria da cegueira deliberada nada mais é que uma interpretação extensiva do conceito de dolo, pois, uma vez que o dolo é conceituado na parte geral do Código Penal como conhecer querer, não pode o intérprete da lei considerar um eventual não conhecimento de determinado pressuposto fático, por qualquer razão que seja, como conhecimento para fundamentar um decreto condenatório.

Sabe-se, portanto, que a proibição da interpretação extensiva, assim como ocorre na proibição analógica, é uma forma de evitar a criação de preceitos que ampliem de alguma maneira a punibilidade do agente, como os conceitos de tentativa (art. 14, II, CP), participação (art. 29 do CP) e dolo (art. 18, I, CP), por isso, a aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada restaria prejudicada.

Vale ressaltar, ainda, que a aludida teoria representa incompatibilidade com o erro de tipo previsto no art. 20 do Código Penal. O conceito de dolo, definido como conhecer e querer as circunstâncias de fato do tipo legal, está ligado à relação de exclusão lógica entre conhecimento e erro: se o dolo exige conhecimento das circunstâncias de fato do tipo legal, então o erro sobre tais circunstâncias exclui necessariamente o dolo. Em qualquer caso, erro de tipo significa defeito de conhecimento do tipo legal e, assim, exclui o dolo, porque uma representação ausente ou incompleta não pode informar o dolo de tipo.

A única diferenciação existente no artigo 20 do CP diz respeito à evitabilidade ou não do erro, uma vez que, quando evitável, ou seja, quando o erro ocorre por falta de prudência do autor que não tomou as cautelas necessárias para ter a plena representatividade de um fato juridicamente relevante, o agente deverá responder a título de culpa, caso haja previsão legal para tanto.

Acontece que, como já dito, o artigo não traz condicionantes para a aplicação do erro de tipo em determinadas causas de desconhecimento, mesmo quando este desconhecimento se deva única e exclusivamente ao próprio agente – situação de cegueira deliberada.

Sem embargo, é evidente que a relativização da norma, afastando-a com o intuito de fundamentar uma punição a título de dolo – ainda que eventual – ao agente que age dessa maneira, geraria uma nítida violação aos princípios basilares do Direito, como o da legalidade, consistente na realização de uma interpretação extensiva ou na analogia *in mallam partem*, conforme já explanado anteriormente.

Constata-se, por conseguinte, o cenário nebuloso no qual desponta a teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico pátrio, devendo-se ter muita cautela para que não se abra espaço para a responsabilidade objetiva, que é manifestamente combatida pelo Direito Penal no Brasil e em diversos outros países. Além disso, existe uma linha tênue entre o dolo eventual e a culpa consciente, o que faz com que a aplicação da teoria da cegueira deliberada se torne temerária, reclamando um discernimento mais aguçado do operador do Direito.

Todavia, destaca-se que não se sustenta a impossibilidade de aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico, apenas reforça-se a necessidade de uma legislação que autorize a sua aplicação, não podendo essa incumbência ficar a cargo do Judiciário.

#### **4.2 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA COMO LIMITADOR DO DEVER DE CUIDADO DO COMPLIANCE OFFICER**

Em que pese a teoria da cegueira deliberada atribuir a prática de um crime a título de dolo eventual mediante a autocolocação em uma situação de ignorância, o princípio da confiança impõe limite à reponsabilidade penal ao permitir a minoração do dever de cuidado.

Considera-se que, à luz do ordenamento jurídico, a confiança afigura-se como um norteador da ação humana, pois, com o caráter de um princípio geral de direito, ingressa pelas lacunas axiológicas do ordenamento e, com sustentáculo na obrigatoriedade das leis (art. 3.º da LINDB), passa a irradiar como um princípio (da *confiança*; da *não desconfiança*) – malgrado haja dissensão sobre sua força principiológica –, preponderantemente sobre dois ramos jurídicos: (i) no direito civil, como cláusula geral, consubstanciada no princípio da boa-fé, destinando-se à interpretação dos negócios jurídicos; e (ii) no direito penal, como princípio de imputação em delitos negligentes, incidindo, no caso concreto, com uma função interpretativa e delimitadora do dever de cuidado, em especial da *previsibilidade*.

De acordo com esse princípio, todo aquele que se comporta dentro dos limites do cuidado objetivamente exigido ou do risco permitido, pode confiar que os outros que se encontram nas mesmas circunstâncias ou no mesmo contexto também atuarão cuidadosamente, seguindo as regras de experiência, de sorte que sua aplicação exclui a responsabilidade dos agentes quanto aos fatos que se situam fora do dever concreto que lhes é exigido no momento da ação, à luz da doutrina finalista. (VALENTE, 2016)

No que tange à concepção funcionalista e à imputação objetiva na teoria do delito, o princípio da confiança incide como manifestação do risco permitido ou de exclusão do risco proibido. Nessa perspectiva, é válido colacionar as precisas palavras de Cleber Masson (2019, p. 215):

Dentro do conceito de risco permitido se insere o princípio da confiança. De acordo com esse princípio, não pratica conduta típica quem, agindo de acordo com as regras legais, envolve-se em situação em que terceiro, descumprindo com o seu dever de cuidado, permite a produção do resultado. [...] Destarte, há confiança de que a conduta de terceiros, realizada na sequência, bem como a conduta

anterior, será conforme ao Direito, de forma que, se essa expectativa não se realizar, será atípica a conduta daquele que age corretamente.

Salienta-se que, no cenário penal nacional, apresenta a confiança as mais variadas nuances: (i) como princípio geral de direito; (ii) como um dos fundamentos da intervenção penal, lastreada em valores éticos e na solidariedade, viabilizando contatos sociais de caráter anônimo e estimulando prestações de alto valor que seriam impossíveis de ser firmadas de outra maneira, sobretudo no direito penal de trânsito, no direito penal médico e direito penal econômico e empresarial – no qual é possível a imputação a partir de programas corporativos e do "*criminal compliance*"; e (iii) é imbricada aos princípios constitucionais da intranscendência penal e da individualização da pena. (VALENTE, 2016)

Por conseguinte, sabendo-se que o criminal compliance destina-se a estabelecer, desenvolver e manter um programa de integridade em uma empresa, e como consequência criar padrões éticos e estimular condutas condizentes com a sistemática legal e com os regramentos internos, devendo todos os profissionais ou terceiros envolvidos seguirem tais diretrizes, é de se presumir e de se confiar que, após o implemento dessa "política", todos os que são ligados direta ou indiretamente ao programa de compliance ajam em conformidade com o arquétipo normativo estabelecido.

Essa confiança, obviamente, deve advir de operadores de criminal compliance comprometidos, seguros e conscientes de que suas atribuições estão sendo exercidas adequadamente e de acordo com o que deles se espera.

Sendo assim, no que tange à órbita de atuação do compliance officer, o princípio da confiança pode ser aplicado à medida em que mesmo tendo colocado em prática toda a orientação, divulgação, capacitação e estímulo ao cumprimento de regras e padrões, o compliance officer é surpreendido por desvios de conduta, atos ilícitos, práticas corruptas etc. Assim, ele não pode ser responsabilizado por condutas desvirtuadas de suas orientações acreditando que não aconteceriam após a operacionalização de um trabalho sério.

Dessa forma, reclama o princípio da confiança que o compliance officer seja isento de responsabilização ao limitar o dever de cuidado que é exigido de toda conduta, não permitindo que a ele seja imputado sequer o crime na modalidade culposa. Tal princípio também se manifesta excluindo o risco proibido ou abonando o risco permitindo, de acordo com a teoria da imputação objetiva.

Nessa perspectiva, é muito pertinente colacionar um julgado do Supremo Tribunal Federal de um caso emblemático em que foi reconhecido e aplicado princípio da confiança:

Homicídio culposo. Acidente em parque de diversões. Imputação desse evento delituoso ao Presidente e Administrador do Complexo Hopi Hari. Inviabilidade de instaurar-se persecução penal contra alguém pelo fato de ostentar a condição formal de “Chief Executive Officer” (CEO). Precedentes. Doutrina. Necessidade de demonstração, na peça acusatória, de nexos causal que estabeleça relação de causa e efeito entre a conduta atribuída ao agente e o resultado dela decorrente (CP, art. 13, “caput”). Magistério doutrinário e jurisprudencial. **Inexistência, no sistema jurídico brasileiro, da responsabilidade penal objetiva.** Prevalência, em sede criminal, como princípio dominante do modelo normativo vigente em nosso País, do dogma da responsabilidade com culpa. “Nullum crimen sine culpa”. **Não se revela constitucionalmente possível impor condenação criminal por exclusão, mera suspeita ou simples presunção. O princípio da confiança, tratando-se de atividade em que haja divisão de encargos ou de atribuições, atua como fator de limitação do dever concreto de cuidado nos crimes culposos. Entendimento doutrinário. Inaplicabilidade da teoria do domínio do fato aos crimes culposos.** Doutrina. “Habeas corpus” deferido. (BRASIL, 2017) (grifo nosso)

#### 4.3 COMPLIANCE OFFICER COMO GARANTIDOR FACE AOS CRIMES OMISSIVOS

Inicialmente, é importante que se exponha o que é omissão penalmente relevante, que está estampada no art. 13, §2º, do Código Penal, nos seguintes termos: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

Conforme elucida Cleber Masson (2019, p. 208),

o dispositivo é aplicável somente aos **crimes omissivos impróprios, espúrios ou comissivos por omissão**, isto é, aqueles em que o tipo penal descreve uma ação, mas a inércia do agente, que podia e devia agir para impedir o resultado naturalístico, conduz à sua produção. [...] Esse é o significado da expressão **“penalmente relevante”**: a omissão que não é típica, por não estar descrita pelo tipo penal, somente se torna penalmente relevante quando presente o dever de agir.

O art. 13, §2º, do Código Penal elenca em suas alíneas hipóteses de dever de agir, quais sejam, aquele que tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância; de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.



Para este trabalho só interessam as primeiras duas hipóteses. A primeira delas trata-se do dever legal, relativo às pessoas que, por lei (em sentido amplo), têm a obrigação de impedir o resultado. Por outro lado, no que tange à segunda hipótese, a expressão “de outra forma” significa qualquer obrigação de impedir o resultado que não seja decorrente da lei. É o que se convencionou chamar de **“garante”**, ou **“dever de garantidor da não produção do resultado naturalístico”**.

De acordo com Francisco Assis Toledo (2007, p. 118),

A posição de garante surge para todo aquele que, por ato voluntário, promessas, veiculação publicitária contratualmente, capta a confiança dos possíveis afetados por resultados perigosos, assumindo, com estes a título oneroso ou não, a responsabilidade de intervir, quando necessário, para impedir o resultado lesivo.

Com base nessas premissas, o compliance officer pode ser responsabilizado por um crime omissivo quando tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância, a exemplo da lei anticorrupção e da lei de lavagem de dinheiro – que estipulam como necessário programa de compliance nas empresas, bem como a obrigação de comunicar ao COAF movimentações e transações bancárias que ultrapassem os limites fixados, ou quando de outra forma assume a responsabilidade de impedir o resultado, na hipótese, por exemplo, de contratos baseados em regulamentos internos.

Por outro lado, afóra a previsão legal, valendo-se de outras formas de vinculação, pode-se considerar o compliance officer como garante ou profissional que tem o dever de garantidor da não produção do resultado naturalístico.

Por questões óbvias a omissão penalmente relevante somente poderá ser punida a título de dolo ou culpa, não sendo exigível do omitente-garantidor que efetivamente evite o resultado, mas que aja visando evita-lo. Isto é, qualquer outro processo de imputação que não siga esse modelo representará uma indesejável e excessiva punição. (CARDOSO, 2013, 160)

Vale ressaltar que essa posição de garantidor decorre da estreita ligação preexistente entre o omitente e o bem jurídico tutelado. Dessa forma, é preciso que o autor não apenas possua a posição de garante, mas que também tenha capacidade de ação, isto é, é necessário que detenha condições materiais de evitar o resultado.

Além disso, é de se destacar que a existência de uma relação contratual não tem o condão de sustentar unicamente o dever de garante. Aliado a isso deve existir uma peculiar circunstância de confiança de que a intervenção do garante será tempestiva e pertinente.

O compliance officer enquanto garantidor faz configurar a convicção nos demais profissionais a ele vinculados de que crimes ou outros atos ilícitos não serão cometidos na órbita da empresa. Em outras palavras, teria ele uma relação tão próxima com a fonte de perigos, que essa função de confiança é enxergada inevitavelmente, ínsita ao conteúdo material que fundamente o dever jurídico de garantidor.

No que diz respeito à teoria material-formal, que explica o dever jurídico das posições de garante, os deveres de guarda ou assistência em face de uma fonte de perigos desdobram-se em: I) “ingerência” – que consiste no dever de impedir a ocorrência do resultado em decorrência de uma ação anterior perigosa; II) o dever de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio; III) o dever de garante frente à atuação de terceiros. (CARDOSO, 2013, p. 166).

De mais a mais, é inerente ao compliance officer o perfil decisório, pois é deste profissional a incumbência em avaliar a natureza do risco na omissão dos deveres de compliance, assim como a decisão sobre o que levar ao conhecimento da alta direção da empresa. Além disso, o compliance officer deve contar com experiência em procedimentos de investigação. Esses atributos devem está presentes nestes profissionais e têm como escopo possibilitá-los ampla possibilidade de ação diante das situações de suspeita de crimes ou outros atos ilícitos.

Nesse diapasão, para que se tenha a responsabilização do compliance officer por crime omissivo, há que se levar em consideração as nuances da imputação objetiva, mais especificamente, qual o nível de contribuição do compliance officer na criação do risco proibido ao não atuar conforme o esperado.

Deve-se ter um grau de certeza significativo quanto à comprovação de que, se a conduta esperada por parte do compliance officer tivesse sido praticada, o resultado não teria sido produzido. Se tal comprovação não obtiver êxito e a dúvida persistir, ela deverá ser interpretada a favor do compliance officer, a quem não será possível atribuir a responsabilidade por meio da imputação objetiva.

Nessa esteira, se o compliance officer, em razão do papel de garantidor, não age com liame subjetivo com o agente criminoso, mas ainda assim contribui para a prática criminosa no âmbito da empresa – por meio de sua conduta omissiva – não minorando o risco de verificação do resultado típico, será responsabilizado como autor do crime.

No que tange às condutas punidas pela Lei nº 9.613/98, haverá a possibilidade de imputação pela conduta omissiva dolosa, mas quanto à omissão culposa, o compliance officer será isento de responsabilização penal face à atipicidade da conduta culposa relativa à lavagem de dinheiro.

## 5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, depreende-se que a política de compliance é de extrema importância para a nova conjuntura empresarial, econômica, e financeira da atualidade. A sistemática do compliance preserva a higidez da economia e tenta resgatar ou inaugurar um novo cenário em que a ética, a transparência, a cooperação e a confiança sejam a tônica nesse emaranhado de relações intercontinentais marcadas pelos mais diversos interesses e pelos surpreendentes avanços tecnológicos.

O compliance, que surgiu e se desenvolveu como represália à prática de lavagem de dinheiro – que fortalecia o tráfico de drogas e o terrorismo, passa a ser hoje de crucial importância para que se previna quaisquer tipos de atos ilícitos no âmbito da maioria das empresas, que praticados em cadeia podem colapsar todo um sistema comercial, econômico e político, como se observa no Brasil com o desenrolar da Operação Lava Jato.

Como paradigmas de imposição e de estímulo à prática do criminal compliance pelas empresas, estão a Lei de lavagem de dinheiro e a Lei anticorrupção, que em poucos dispositivos dispõe de obrigações para aqueles que exercem as funções do compliance officer e estabelecem normas de estímulo para a adoção comprometida da política de compliance.

Nessa perspectiva, como fora abordado, desponta como de muita relevância a existência do compliance officer, o qual deve está incumbido de operacionalizar o programa ou a política de compliance, exercendo atribuições de significativa envergadura, mormente no que diz respeito à prevenção contra a prática de crimes que envolvam direta ou indiretamente a empresa.

Assim sendo, no que tange à sua responsabilização penal face a desvios de sua própria conduta, levando-se em consideração o que já fora abordado, é salutar a aplicação do coerente e instigante princípio da confiança, o qual limita o dever de cuidado do compliance officer, quando este eventualmente venha a cometer uma conduta culposa relativa a seus deveres e obrigações concernentes a um programa de integridade.

Devendo ser aplicadas também, por outro lado, para fins de responsabilização penal do compliance officer, as consequências da prática omissiva de crimes face ao dever de garantidor deste profissional.

E em razão das várias problemáticas que se alojam em torno da teoria da cegueira deliberada, não é prudente sua aplicação em todo e qualquer caso, necessitando, ainda, de seu amadurecimento pela dogmática penal pátria.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. 13ª Vara Federal da Comarca de Curitiba. AP n. 5023135-31.2015.4.04.7000. 2015. Disponível em:

<[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50231353120154047000&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfasas=&selForma=NU&todaspartes=S&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=&numPagina=1](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50231353120154047000&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfasas=&selForma=NU&todaspartes=S&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=&numPagina=1)>. Acesso em: 08 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 08 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.613/1998, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 mar. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)>. Acesso em 08 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)>. Acesso em: 08 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1043279/PR, Rel. Ministra JANE SILVA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG, SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 138637, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 18/05/2017, publicado em 22/05/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Processo nº 200581000145860, ACR 5520/CE – 2ª Turma. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Julgado em: 09 de setembro de 2008. **Diário da Justiça**, 22 out. 2008, p. 207.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CARDOSO, Débora Motta. **A Extensão do compliance no Direito Penal: análise crítica na perspectiva da Lei de Lavagem de Dinheiro**. Faculdade de Direito da USP. 2013. Disponível em: <[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01092016-150723/publico/Debora\\_Motta\\_Cardoso\\_Extensao\\_do\\_Compliance.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01092016-150723/publico/Debora_Motta_Cardoso_Extensao_do_Compliance.pdf)> Acesso em: 06 out. 2019.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

FORIGO, Camila Rodrigues. **O criminal compliance e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica**. In: Direito penal econômico [versão eletrônica pdf]: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos / coordenação Fábio André Guaragni, Marion Bach ; organização Fernando Martins Maria Sobrinho. – Londrina, PR: Thoth, 2017. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/326960815\\_O\\_Criminal\\_Compliance\\_e\\_a\\_autorregulacao\\_regulada\\_privatizacao\\_no\\_controle\\_a\\_criminalidade\\_economica](https://www.researchgate.net/publication/326960815_O_Criminal_Compliance_e_a_autorregulacao_regulada_privatizacao_no_controle_a_criminalidade_economica)> Acesso em: 06 out. 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)** – vol. 1. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. 2015. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril\\_v52\\_n205\\_p87.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf)> Acesso em: 19 out. 2019.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. **Aplicação da cegueira deliberada requer cuidados na prática forense**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-09/victor-valente-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-cuidados>> Acesso em: 23 nov. 2019.

VALENTE, Victor Augusto Estevam.. Princípio da confiança na dogmática penal moderna: novas tendências de imputação à luz da teoria do delito. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53742/principio-da-confianca-na-dogmatica-penal-moderna-novas-tendencias-de-imputacao-a-luz-da-teoria-do-delito>> Acesso em: 08 dez. 2019.

TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. 13. tir. São Paulo: Saraiva, 2007.

## REVISÃO DA VIDA TODA: JUSTIÇAS E INJUSTIÇAS EM VIA DE MÃO DUPLA DOS TRÊS PODERES E A ABSURDA MANOBRA PROCESSUAL DO INSS COM PEDIDO DE SUSPENSÃO AO STF DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE PAGAR

**EDSON SEBASTIÃO DE ALMEIDA:**

Bacharel em Direito, Especialista em Direito Tributário; Consultor Tributário; contabilista, inclusive com expertise em contabilidade tributária<sup>30</sup>.

**RESUMO:** O objetivo deste artigo sobre a “revisão da vida toda” é no sentido de mostrar aos leitores sobre os julgamentos, inclusive o realizado em 1/12/2022, com placar de 6x5, favorável aos aposentados. O INSS efetuou um pedido junto ao STF sobre a suspensão nacional de processos, questionando sobre a necessidade da lavratura de Acórdão o que denota procrastinação. O STF entende que não existe a necessidade de publicação do acórdão das suas decisões para que esta seja cumprida. Há uma questão gravíssima de justiça e injustiças pactuadas por intermédio dos três poderes em via de mão dupla dos recebimentos dos precatórios daqueles que litigaram durante décadas diante da EC nº 113, de 08/12/2021 e da EC nº 114, de 16/12/2021 e Resolução nº 482, de 19/12/2022, do CNJ, a fim de acobertar ingerência do Poder Público na administração dos gastos públicos. Assim, mostramos as novas regras para recebimento dos precatórios. Ainda, há um negacionismo, desobediência judicial e *interna corporis* dos órgãos da Administração Pública não apenas do INSS como amplamente discutiremos mas podemos mencionar a SRFB. Por outro lado, aqueles que possuem precatórios com riscos de recebê-los até 2026, vem vendendo o precatório para instituições financeiras por meio de cessão de crédito, previsto no art. 100, §§13 e 14, da CF/1988. Por isso, efetuamos exemplos com deságio de 40% no recebimento do precatório atualizado. Assim, com as novas regras previstas nas mudanças constitucionais, no que diz respeito ao recebimento de precatórios em razão do teto de gastos mencionamos que requer daqueles que possuem precatórios uma análise das vantagens de esperar ou não pela fila do recebimento do precatório previsto para recebimento até 2026.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Revisão da vida toda: justiça e injustiça em via de mão dupla dos Três Poderes e a absurda manobra processual do INSS com pedido de suspensão ao STF das obrigações de fazer e pagar. 3. Considerações finais. 4. Referências Bibliográficas.

---

<sup>30</sup>Autor de artigos publicados em revistas especializadas, bem como autor do livro: Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas; experiência de 42 anos, tendo exercido funções de Gestão Tributária, bem como de Assessor da Diretoria Financeira em empresas privadas.

**Palavras-chaves:** Aposentados, revisão da vida toda, INSS, STF, CNJ, julgamento, Tema 1102, RE nº 1.276.977, Três Poderes, interna corporis, manobra processual, acórdão, procrastinação, negacionismo, justiças, injustiças, via de mão dupla, EC nº 113/2021, EC nº 114/2021, Resolução CNJ nº 482/2022, teto de gastos, precatórios até 2026, superpreferencial, instituições financeiras, cessão de créditos.

## 1 – INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é mostrar aos leitores, de maneira geral, a busca do aposentado junto ao judiciário sobre a “revisão da vida toda”.

Desse modo, mostramos que no Plenário Físico do STF, foi realizado o julgamento do Tema 1102, no dia 1º de dezembro de 2022, ocasião em que o placar de 6x5 foi favorável aos aposentados, prevalecendo o entendimento de que quando houver prejuízo para o segurado é possível afastar a regra de transição introduzida pela lei, que exclui as contribuições anteriores a julho de 1994

Também, mostramos que há uma discussão desnecessária nas plataformas da internet sobre a necessidade da lavratura de Acórdão sobre a decisão favorável do julgamento da revisão da vida toda.

Diante disso, para nossa surpresa o INSS efetuou um pedido junto ao STF com fundamento para a suspensão nacional de processos, o que denota procrastinação com argumento sobre a necessidade da lavratura de Acórdão com trânsito em julgado, notadamente é mais uma manobra processual a fim de postergar o direito conquistado, porém, o STF entende que não existe a necessidade de publicação do acórdão das suas decisões para que sejam cumpridas.

Também, mostramos aos leitores que não será tão somente com a obrigação de pagar que o judiciário manterá a justiça conquistada nos tribunais em relação à revisão da vida toda.

Com isso, enfatizamos que em relação às conquistas de direitos, estamos diante de uma questão gravíssima de justiças e injustiças pactuadas por intermédio dos três poderes em via de mão dupla, referente ao recebimento dos precatórios.

Pois os aposentados, portadores de doenças graves, idosos, entre outros que litigaram durante décadas estão tendo que aumentar ainda mais o tempo do tão esperado precatório com riscos de recebê-lo até 2026.

Nesse sentido, mostramos aos leitores que o tempo de espera sobre o recebimento do precatório decorre sobre as normas da Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/2021 e

da Emenda Constitucional nº 114, de 16/12/2021, regulamentadas pela Resolução nº 482, de 19/12/2022, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, medidas eivadas de injustiças, a fim de acobertar ingerência do Poder Público na administração dos gastos públicos.

Por sua vez, mostramos aos leitores no contexto do nosso texto argumentativo o negacionismo, desobediência judicial e *interna corporis* dos órgãos da Administração Pública não apenas do INSS como amplamente discurremos mas podemos mencionar a SRFB, ocasionadas por manobras processuais resultando procrastinações.

Ainda, mostramos que no contexto atual em que vivemos da economia do País, que financeiramente os aposentados, idosos, portadores de doenças graves, desempregados necessitam quitar débitos de empréstimos consignados, entre outras despesas às quais foram mencionadas em nosso texto argumentativo.

Além disso, não há perspectivas concretas das mudanças constitucionais institucionalizadas pelos três poderes por meio da EC nº 113/2021, EC nº 114/2021 e Resolução do CNJ nº 482/2022, com isso, os aposentados e idosos detentores de precatórios possuem riscos de recebê-los até 2026.

Diante disso, atualmente há uma busca em grande proporção daqueles que possuem precatórios para vender a instituições financeiras, cuja atividade principal é relacionada à cessão de crédito, previsto no art. 100, §§13 e 14, da CF/1988, por isso, mostramos um exemplo hipotético de uma cessão de crédito com deságio de 40% (quarenta por cento), calculado sobre o recebimento do precatório atualizado.

Finalmente, mostramos aos leitores que no contexto econômico, político e das regras previstas nas mudanças constitucionais realizadas em 2021, no que diz respeito ao recebimento de precatórios em razão do teto de gastos os quais mencionamos em nosso texto argumentativo, requer daqueles que possuem precatórios uma análise das vantagens de esperar ou não pela fila do recebimento do precatório previsto para recebimento até 2026.

## **2 – REVISÃO DA VIDA TODA: JUSTIÇAS E INJUSTIÇAS EM VIA DE MÃO DUPLA DOS TRÊS PODERES E A ABSURDA MANOBRA PROCESSUAL DO INSS COM PEDIDO DE SUSPENSÃO AO STF DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE PAGAR**

A fim de que os leitores possam entender melhor o contexto atual o julgamento realizado no Plenário do STF, em 1º de dezembro de 2022, foi favorável aos aposentados pelo placar 6x5.



Diante disso, foi derrubado o pedido de destaque do Ministro Nunes Marques, ocasião em que prevaleceu a força de Têmis: verdade, equidade e humanidade<sup>31</sup>.

Vale esclarecer que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autor do Recurso Extraordinário (RE) nº 1.276.97732, de 5/8/2020, no julgamento de 27/8/2020, o referido órgão, inconformado, interpôs o RE contrário ao direito dos aposentados da “revisão do benefício mais favorável”, sob alegação da repercussão econômica resultando um impacto financeiro decorrente da imediata aplicação da tese, oriundo das aposentadorias por tempo de contribuições, por exemplo, 16,4 bilhões para os últimos dez anos.

O Ministro Marco Aurélio, atualmente aposentado, no julgamento virtual do Tema 110233, da Repercussão Geral, realizado em 11/6/2021, da “revisão da vida toda”, do Recurso Extraordinário - RE nº 1.276.977/RG-DF, foi o Relator, que propôs a seguinte tese vencedora:

Na apuração do salário de benefício dos segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei nº 9.876/1999 e implementaram os requisitos para aposentadoria na vigência do diploma, aplica-se a regra definitiva prevista no artigo 29, incisos I e II, da Lei nº 8.213/1991, quando mais favorável que a norma de transição.

Assim, no julgamento de 21/6/2021, do Tema 110234 da Repercussão Geral, de “revisão da vida toda”, acompanharam o Relator Ministro Marco Aurélio, os ministros

---

31 ALMEIDA, Edson. **Julgamento sobre revisão da vida toda foi favorável aos aposentados, placar 6x5, derrubado o pedido de destaque do Ministro Nunes Marques, prevaleceu a força de Têmis: verdade, equidade e humanidade.** Postado em 19/7/2022. Disponível em: <https://www.gentedeopniao.com.br>. Acesso em: 19/7/2022.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.276.977-DF, de 5/8/2020, julgamento de 27/8/2020.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102 da Repercussão Geral, julgamento no Plenário Virtual em 21/6/2021, referente ao RE nº 1.276.977, de 25/8/2020, interposto pelo INSS.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102, de 11/6/2021, da Repercussão Geral.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

O Tema refere-se a Repercussão Geral do RE nº 1.276.977-DF, o qual tratou no julgamento do plenário o seguinte:

Possibilidade de revisão de benefício previdenciário mediante a aplicação da regra definitiva do art. 29, dos incisos I e II, da Lei nº 8.213/1991, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei nº 9.876/1999, aos segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social antes da publicação

Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, bem como as ministras Carmem Lúcia e Rosa Weber. Entretanto, teve o voto divergente do Ministro Nunes Marques, com isso, acompanharam a divergência os seguintes ministros: Dias Toffoli, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Luiz Fux.

Por essa razão a votação ficou empatada em cinco votos a favor e cinco votos contra, ocasião em que ficou para o Ministro Alexandre de Moraes o “voto minerva”, mas o mesmo pediu “vista do voto” para adiar a decisão para o Plenário Virtual em 25/2/2022, o placar foi 6x5, favorável aos aposentados, porém houve o pedido de destaque do ministro Nunes Marques.

No pedido de destaque do ministro Nunes Marques, inclusive com base no posicionamento da melhor doutrina foi no sentido de ter sido uma “manobra jurídica”, porém, após análises pormenorizadas, data vênia, nos parece, ter sido uma “manobra política”, a fim de beneficiar o governo do ex-Presidente Jair Bolsonaro.

Ainda, em 27/5/2022, ocorreu a substituição do relator do processo em decorrência da aposentadoria do ex-ministro Marco Aurélio, assumindo em seu lugar o ministro André Mendonça, indicado pelo ex-Presidente da República Jair Bolsonaro (PL).

Porém, na tramitação processual do Tema 1102, referente ao Recurso Extraordinário (RE) nº 1.276.977, em 9/6/2022, por meio da questão de ordem central da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.399, trazida pelo ministro Alexandre de Moraes, acatada por maioria da Corte Maior, prevaleceu a manutenção do voto do ex-ministro Marco Aurélio, com placar de 6x5, no julgamento virtual de 25/2/2022, constando o pedido de destaque do ministro Nunes Marques.

Assim, contextualizando os pontos a serem considerados no que diz respeito ao destaque do ministro Nunes Marques ante a ADI nº 5399, um dos pontos foi o fato que o julgamento se encerra não havendo possibilidade de reabrir.

Já o outro ponto seria a possibilidade de desistência do pedido<sup>35</sup> de destaque que, exaurindo com o tempo não teria sentido, resultando a perda do objeto do referido pedido de destaque.

Na referida sessão, os dois pontos obtiveram concordância dos ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes e André Mendonça; diante de aspectos de ordem

---

da referida Lei nº 9.876/1999, ocorrida em 26/11/1999. Relator: Ministro Marco Aurélio. Ata de Julgamento nº 19, de 14/6/2021, DJE nº 119, divulgado em 21/6/2021, com vistas ao Ministro Alexandre de Moraes.

<sup>35</sup> AITH, Murilo. **O “dever” de diplomacia do ministro André Mendonça e o respeito com o aposentado.** Postado em 19/10/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 27/10/2022.

regimental, ficou combinado que seria efetuada uma sessão administrativa em caráter de urgência a fim de modificações da Resolução nº 642/2019.

Em resumo, sabe-se que, existindo a manutenção do voto do relator, o ex-ministro Marco Aurélio, bem como da desistência do pedido de destaque por intermédio do ministro Nunes Marques houve o respeito *interna corporis* das decisões do colegiado e do fortalecimento da segurança jurídica.

Entretanto, diante da impossibilidade de votar do ministro André Mendonça, existiu a possibilidade de encaminhar de ofício o processo à Presidência do STF, a ministra Rosa Weber, a fim de dar continuidade na tramitação processual que ficou estagnada por vários meses desde a decisão no julgamento de 25/2/2022.

De fato, o autor Murilo Aith, que em seu artigo “O “dever” de diplomacia do ministro André Mendonça e o respeito com o aposentado<sup>36</sup>”, esclarece com propriedade os fatos novos de fundamental importância, inclusive na sua *Live*, no canal do Youtube, informa sobre sua reunião com a ministra Rosa Weber da presidência do STF, no que diz respeito aos desdobramentos do processo do Tema 1102, os quais discorreremos anteriormente.

Enfim, após as tratativas *interna corporis*, o julgamento da revisão da vida toda foi realizado no Plenário Físico do STF, nos dias 30/11/2022 e 1/12/2022, o qual acompanhamos pelo Canal do Youtube de Luiz Portilho.

Assim, no julgamento do RE nº 1.276.977, Tema 1102, realizado nos dias 30/11/2022 e 1/12/2022, teve o placar de 6x5, favorável aos aposentados. Nesse sentido, votaram a favor o ex-ministro Marco Aurélio (voto mantido), Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Carmem Lúcia, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, entretanto, votaram contra os ministros Nunes Marques, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

No julgamento prevaleceu o entendimento de que quando houver prejuízo para o segurado é possível afastar a regra de transição introduzida pela lei, que exclui as contribuições anteriores a julho de 1994.

No que diz respeito a regra de transição, o RE nº 1.276.977, interposto pelo INSS contra decisão do STJ, que havia garantido a um beneficiário, filiado ao RGPS antes da Lei nº 9.876/1999, a revisão da sua aposentadoria com aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, da Lei nº 8.213/1991, por ser mais favorável ao cálculo do benefício que a regra de transição.

---

36 AITH, Murilo. **O “dever” de diplomacia do ministro André Mendonça e o respeito com o aposentado**. Postado em 19/10/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 27/10/2022.

No julgamento em que ocorreu a vitória dos aposentados, pelo placar de 6 (seis) votos a favor e 5 (cinco) votos contra, no dia 1º de dezembro de 2022, a tese<sup>37</sup> de repercussão geral fixada foi a seguinte:

O segurado que implementou as condições para o benefício previdenciário após a vigência da Lei nº 9.876, de 26/11/1999, e antes da vigência das novas regras constitucionais, introduzidas pela EC nº 103/2019, que tornou a regra transitória definitiva, tem o direito de optar pela regra definitiva, acaso esta lhe seja mais favorável.

Não obstante, há uma discussão desnecessária nas plataformas da internet sobre a necessidade da lavratura de Acórdão sobre a decisão favorável do julgamento da revisão da vida toda, realizado em 1º de dezembro de 2022.

Assim, para nossa surpresa o INSS efetuou um pedido junto ao STF com fundamento para a suspensão nacional de processos, previsto no item II, o que denota procrastinação, data vênua, de cunho oportunista ao discorrer equivocadamente sobre a necessidade da lavratura de Acórdão com trânsito em julgado, a fim de possibilitar ao referido órgão interpor os “Embargos de Declaração”.

Nesse sentido, o Advogado João Badari, especialista em Direito Previdenciário, em seu artigo<sup>38</sup> é categórico:

Os tribunais superiores entendem que não se exige a publicação do acórdão para que suas decisões em plenário sejam cumpridas, e muito menos a exigência do trânsito em julgado das suas decisões. Portanto, clamamos para que a decisão sobre a Revisão da Vida Toda seja imediatamente aplicada nos processos, com a retirada dos sobrestamentos e as concessões da tutela de evidência, estabelecida pelo artigo 311 do Código de Processo Civil, pois os aposentados aguardaram por longas décadas a justiça consolidada pelo STF no último dia 1 de dezembro, um marco previdenciário e social garantido pela mais alta corte do país.

O marketing institucional é responsável pelos baixos proventos dos aposentados no Brasil após sujeitarem-se a uma escravidão moderna das sociedades empresariais privadas durante décadas consolidada pelo INSS quando da aposentadoria.

---

37 BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). “**Revisão da vida toda**” é constitucional, diz o STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 1/12/2022.

38 BADARI, João. “**Revisão da vida toda**”, a espera dos aposentados e a publicação do acórdão. Publicado em 27/01/2023. Disponível em: <https://conjur.com.br>. Acesso em: 27/01/2023.

Diante disso, prejudicando os trabalhadores aposentados idosos que buscam “melhor qualidade de vida”, inclusive muito deles portadores de doenças graves, no pouco tempo que lhes restam para sua sobrevivência, bem como livrar-se das amarras das instituições financeiras na condição de devedor dos empréstimos consignados<sup>39</sup>.

Assim, o aposentado fica refém do algoritmo<sup>40</sup> da tecnologia, massificando e oprimindo valores, o pior, sendo utilizado por criminosos para tirar o pouco que o aposentado possui, diante disso, entendemos que necessariamente requer das autoridades um amplo olhar em respeito à dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar que o suposto discurso do INSS de rombo de que se fala ocasionado pelos beneficiários do INSS, oriundos das sociedades empresárias privadas, talvez das governanças corporativas públicas, bem como o impacto financeiro que expõe o INSS no RE nº 1.276.977/RG-DF, data vênua, não tenha sido maior do que o custo do judiciário pela judicialização, bem como do aumento da carga tributária em decorrência da falta de controle dos gastos públicos.

Enfim, não há sentido lógico-jurídico e nem ético em não conceder “melhor qualidade de vida” ao aposentado efetuando reajustes em seus proventos, por essa razão, o julgamento do Tema 1102, da Repercussão Geral do RE nº 1.276.977/RG-DF, referente às demandas denominadas “revisão da vida toda”, foi favorável ao aposentado e não à União (INSS) que tem de cumprir o que determina o Código de Processo Civil, a exemplo do que ocorre com a parte perdedora do processo responsável pela indenização à parte vencedora.

Por esse motivo, o julgamento vitorioso de 1º de dezembro de 2022, no Plenário do STF, deve ser respeitado e não suspenso, conforme o pedido efetuado ao STF pelo INSS<sup>41</sup>, notadamente é mais uma manobra processual a fim de postergar o direito conquistado.

---

39 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Reapostentação: o julgamento pelo STF em 06.02.2020 Retrata um Ativismo judicial?** São Paulo: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário - Ano 19, nº 96 (maio/jun. 2020), 2020, p. 211.

40 GARRET, Filipe. **O que é algoritmo? Entenda como funciona em apps e sites da internet.** Publicado em 14/5/2020. Disponível em: <https://techtudo.com.br>. Acesso em. 17/2/2023.

41 BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO.PROCURADORIA-GERAL FEDERAL. **Pedido de suspensão nacional de processos. RE nº 1.276.977/DF-Tema 1102/STF.** Recorrente: Instituto Nacional de Seguros Social – INSS, Recorrido: Vanderlei Martins de Medeiros, Procuradora-Geral Federal: Adriana Maia Venturini, 7/2/2023, protocolado em 13/2/2023.

Pois é simplesmente vergonhoso o fundamento para a suspensão nacional de processos, previsto no item II, do pedido que denota procrastinação sob a alegação de impossibilidade estrutural no sentido de cumprir a sua “obrigação processual de fazer e de pagar”.

Com isso, é de se questionar: será que para arrecadar falta-lhes estrutura organizacional *interna corporis*? Acreditamos que não, pois na verdade retratam via de mão dupla.

Além disso, o argumento do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, representado pela Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia-Geral da União, a fim de obter a suspensão da obrigação de fazer e de pagar argumenta sobre a necessidade da lavratura de acórdão com trânsito em julgado.

Porém, o STF entende que não existe a necessidade de publicação do acórdão das suas decisões para que esta seja cumprida, seguindo o princípio da eficiência, em que a prestação jurisdicional prontamente deverá ser seguida.

Por essa razão, é importante mencionar que o entendimento consolidado é de que os juízes de primeira instância e desembargadores dos Tribunais Regionais Federais devem necessariamente retirar o sobrestamento dos processos e concederem a tutela de evidência aos aposentados que foram lesados em seus cálculos por décadas.

Assim, o leitor poderá observar que sobre a revisão da vida toda há justças e injustças em via de mão dupla dos três poderes, o pior, não é especificamente na busca do referido direito pelos aposentados e sim pela busca dos cidadãos de maneira geral na prestação jurisdicional que consiste na satisfação do direito à composição do litígio, isto é, definição ou atuação da vontade concreta da lei diante do conflito instalado entre as partes.

De fato, não será com a obrigação de pagar que o judiciário manterá a justiça conquistada nos tribunais em relação à revisão da vida toda, bem como das outras conquistas de direitos, ou seja, trata-se de uma questão gravíssima de justças e injustças pactuadas por intermédio dos três poderes em via de mão dupla, referente ao recebimento do precatório.

Nesse sentido, estamos nos referindo sobre a PEC nº 23/2021, que naquela época da aprovação, alguns parlamentares manifestaram os seus entendimentos sobre a proposta em questão, argumentando: algumas contas não batem; o texto é inexecuível; como ficam os credores que litigaram mais de 15 anos para receber e ter que esperar mais tempo?

Enfim, todos devem ser ouvidos não de forma atropelada; devemos pensar melhor; a proposta é uma afronta à coisa julgada; por sua vez, o presidente do colegiado manifestou que o objetivo é estender a mão do governo a quem precisa, que são as pessoas que estão em situação de vulnerabilidade social.

Aliás, ele se refere àqueles inscritos no Bolsa Família, enfim, percebe-se que é cobrir um santo e descobrir outro. De maneira que, para que possamos entender o que estava ocorrendo com o orçamento da União, é necessário um estudo mais detalhado sobre finanças públicas.

No Brasil, em termos comparativos, somos sabedores de que a gestão das empresas privadas é mais profissional do que a gestão da administração pública.

Enfim, é notório que no orçamento público as despesas são orçadas por meio de receitas que poderão cobrir os gastos, havendo um equilíbrio ou não; com isso, quando mal administrado, gera um déficit, o que não ocorre com a gestão das empresas privadas, pois as receitas condicionam os desembolsos para pagamento de despesas, enquanto na gestão pública são as despesas, isto é, os gastos que determinarão o valor da receita.

Diante disso, prevalecer de um mecanismo constitucional para cobrir uma ingerência das finanças públicas sob alegação que estaria ajudando a camada mais necessitada da população, mas prejudicando outra parte da população também necessitada é na verdade é uma postergação processual da obrigação de pagar, a exemplo do que ocorre com as procrastinações processuais de maneira geral, cujo recebimento do precatório dependerá do teto de gastos até 2026.

De fato, vários brasileiros estão em situações lastimáveis esperando o recebimento dos precatórios, a exemplo dos aposentados, portadores de doenças, idosos, entre outros que litigaram durante décadas e tendo que aumentar ainda mais o tempo do tão esperado precatório diante da Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/2021<sup>42</sup> e da Emenda Constitucional nº 114, de 16/12/2021<sup>43</sup>, regulamentadas

---

42 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/2021**. Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/12/2021.

43 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Emenda Constitucional nº 114, de 16/12/2021**. Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/12/2021.

pela Resolução nº 482, de 19/12/202244, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, medidas eivadas de injustiças, a fim de acobertar ingerência do Poder Público na administração dos gastos públicos.

Aliás, conforme já mencionamos pactuadas por intermédio dos três poderes em via de mão dupla, de um lado com justiças e de outro com injustiças, conforme podemos observar referente ao recebimento dos precatórios no atual contexto em que vivemos.

Nesse sentido, o pedido de suspensão da obrigação de fazer e de pagar, proposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, representado pela Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia-Geral da União, convenhamos, é um desrespeito à dignidade da pessoa humana, considerando que aquelas Autoridades do País com poder de decisão deveriam ter um olhar humano e justo aos aposentados, aos portadores de doenças graves, bem como o bem-estar social aos aposentados e idosos.

Além do mais, a Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/202145 e a Emenda Constitucional nº 114, de 16/12/202146, regulamentadas pela Resolução nº 482, de 19/12/202247, do Conselho Nacional de Justiça, a fim de que o leitor possa ter uma ideia, houve alteração da data de apresentação da requisição do precatório de 1º de julho para 2 de abril de cada ano.

Assim, houve uma regra de transição entre 2 de julho de 2021 e 2 de abril de 2022, para cálculo do limite de pagamento, com isso, um precatório cadastrado após a data mencionada, o pagamento do precatório deverá ocorrer somente no exercício de 2024.

---

44 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Resolução nº 482, de 19/12/2022**. Atualiza a Resolução CNJ nº 303/2019, que dispõe sobre a gestão de precatórios e respectivos procedimentos operacionais no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20/12/2022.

45 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/2021**. Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/12/2021.

46 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Emenda Constitucional nº 114, de 16/12/2021**. Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/12/2021.

47 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Resolução nº 482, de 19/12/2022**. Atualiza a Resolução CNJ nº 303/2019, que dispõe sobre a gestão de precatórios e respectivos procedimentos operacionais no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20/12/2022.



As Emendas estabelecem que caso o resultado financeiro seja negativo, isto é, o déficit primário e não tendo aprovação do teto de gastos, cujo limite está previsto para até 2026, data vênua, com isso, possibilitará que o precatório seja postergado para o próximo exercício, no exemplo, será o exercício de 2025 e assim sucessivamente até 2026.

O art. 100, §2º da CF/1988 e o art. 102, §2º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias e no art. 1.048, da Lei nº 13.105, de 16/03/2015, que aprovou o CPC/2015, consta prioridade na tramitação processual pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, compreendida no art. 6º, inciso XIV da Lei nº 7.713, de 22/12/1988, não obstante, na ordem superpreferencial de natureza alimentar a 1ª são os portadores de doenças graves, a 2ª os idosos e a 3ª as pessoas com deficiências.

Nesse sentido, as normas sobre precatórios estão previstas no art. 100, §§2º e 3º, da CF/1988, no §2º, art. 100, da CF/1988, referentes aos débitos de natureza alimentícia do idoso com 60 (sessenta) anos ou mais e portador de doença grave caso seja um credor litigante do processo da revisão da vida com precatório.

Assim, por exemplo, um precatório atualizado de R\$300.000,00 (trezentos mil reais), necessariamente deveria ser pago de forma imediata com preferência dos demais débitos admitindo o fracionamento até o valor equivalente ao triplo de 60 (sessenta) salários mínimos, totalizando em 2023 o valor de R\$78.120,00 (setenta e oito mil e cento e vinte reais), multiplicado por 3, resultando um valor a receber de R\$234.360,00 (duzentos e trinta e quatro mil e trezentos e sessenta reais), conseqüentemente, o valor restante deveria ser pago na ordem cronológica de apresentação do precatório, no exemplo, previsto para o exercício de 2024.

Todavia, com a Emenda Constitucional nº 114, de 16/12/2021, os tribunais não estão concedendo o fracionamento, entendemos que o legislador ao editar a referida EC 114/2021 não o fez de forma eficaz deixando margem às interpretações, principalmente por parte dos Magistérios os quais utilizam o argumento para indeferir que a parcela superpreferencial, prevista na Resolução CNJ nº 303/2019 e regulamentada pela Resolução CJF 670/2020, foi suspensa, conforme Resolução CJF 691-2021, em face da decisão liminar proferida na ADI 6556 - DF.

Nesse sentido, o Autor Ravi Peixoto<sup>48</sup>, com propriedade em seu artigo publicado na Associação Nacional dos Procuradores Municipais, esclarece:

---

48 PEIXOTO, Ravi. **A nova ordem de preferência no pagamento de precatório com a EC 114/21**. Disponível em: <https://www.anpm.com.br>. Acesso em: 13/4/2022.

Em outros termos, para que o credor possa ser beneficiado por essa fila preferencial, ou o seu crédito está limitado ao triplo do valor da RPV, ou terá de renunciar ao valor excedente, não podendo fracionar o seu crédito, tal qual pode fazê-lo o detentor do precatório superpreferencial. A situação é equiparável ao credor do RPV, que não pode optar por receber parte em RPV e parte em precatório, devendo, caso o valor a ser recebido ultrapassar o limite da RVP, renunciar ao crédito exequente caso objective dispensa a espera para recebimento do precatório.

Há um outro possível problema interpretativo, partindo-se do pressuposto de que: i) permanece possível o fracionamento do crédito superpreferencial e ii) não é possível o fracionamento do crédito alimentar que ultrapasse o triplo do valor da RPV. O que fazer com o crédito superpreferencial que ultrapasse o triplo do valor do RPV? Ele deve, no valor excedente, ingressar como simples precatório alimentar ou pode ser beneficiado pela nova preferência?

Entendo que o valor excedente deve ingressar como precatório de natureza alimentar, independentemente do valor. Não parece possível que o crédito seja beneficiado pela superpreferência e, no que exceder, ingresse como preferência limitada a três vezes o valor do RPV e, no eventual excedente, como alimentar simples. A redação do texto normativo faz referência a “precatórios de natureza alimentícia até o valor equivalente ao triplo do montante fixado em lei como obrigação de pequeno valor” (art. 107-A, §8º, II, do ADCT), o que indica um precatório visto em sua totalidade e não em eventual parcela excedente. Para além disso, essa nova espécie de precatório não pode ser fracionada.

É perceptível que a alteração realizada no regime de pagamento de precatórios não foi cuidadosamente redigida e que possíveis problemas interpretativos surgirão. Ao menos a partir de uma análise inicial, é possível afirmar que permanece possível o fracionamento do crédito superpreferencial, o que não foi autorizado para o novo membro da fila dos precatórios, que não tem autorização constitucional para o seu fracionamento.

Permita-nos mostrar aos leitores no contexto do nosso texto argumentativo o negativismo, desobediência judicial e *interna corporis* dos órgãos da Administração Pública não apenas do INSS como amplamente discorreremos mas podemos mencionar a SRFB.

De fato, lamentavelmente existiu procrastinação processual nas ações relacionadas aos aposentados, idosos e portadores de doenças graves, isentos do imposto de renda nos resgates junto às instituições financeiras da previdência complementar, plano PGBL, cuja isenção foi reconhecida desde 2018, pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN, que manifestou por meio de normas em não apresentar contestação, não mais interpor recursos, bem como da desistência dos já interpostos.

Além do mais, vinculou a Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), obrigando-a inclusive rever de ofício os lançamentos já efetuados explicando que as medidas a serem tomadas decorrem das reiteradas decisões pacificadas no STJ, no sentido contrário ao entendimento da PGFN, cujas interposições de recursos serão inúteis e sobrecarregarão o Poder Judiciário.

Por outro lado, data vênia, observamos que as instituições financeiras da previdência complementar acompanharam o negacionismo instaurado pela SRFB em relação à isenção do imposto de renda aos portadores de doenças graves, nos resgates no Plano PGBL.

Pois não obedeceram ao Despacho nº 348-PGFN-ME49, de 5/11/2020 da PGFN, bem como das decisões do 1º e 2º grau do judiciário que concedem o direito da isenção do imposto de renda aos aposentados portadores de doenças graves.

Por essa razão, as instituições financeiras se justificam que nos resgates deverá haver incidência do imposto de renda com retenção na fonte, conforme orientação da SRFB, mesmo sendo o resgate efetuado por intermédio dos portadores de doenças graves; diante disso, as instituições financeiras sustentam que não são considerados irregularidades, pelo fato de tributarem o imposto de renda nos resgates dos portadores de doenças graves.

Por esse motivo, não vislumbram irregularidades (infrações), transferindo para SRFB o reconhecimento da isenção por meio da Declaração de Ajuste Anual, com pedido de restituição do imposto de renda, que na verdade tal argumento não se sustenta, pois o órgão fazendário, ao não se vincular às normas da PGFN, indefere a pretensão sobre a isenção.

Por isso, cabe aos portadores de doenças graves interpor ação na justiça na busca do seu direito, ocorrendo judicialização a qual somos sabedores que a PGFN, por meio de suas normas de reconhecimento da isenção, buscou evitar as ações junto ao judiciário.

---

49 BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **DESPACHO Nº 348-PGFN-ME, DE 5/11/2020, DOU DE 10/11/2020, SEÇÃO 1, PÁGINA 14.** Disponível em: <https://www.pgfn.gov.br>. Acesso em: 17/3/2021.

Vale mencionar que a SRFB passou estender a isenção aos pagamentos de resgates, a partir de 2021, ao constar do Perguntas e Respostas, item 269, a isenção do imposto de renda.

Tal orientação aos contribuintes somos sabedores que essa demora foi em decorrência da não vinculação da SRFB às normas da PGFN, ocasionando insegurança jurídica, entretanto, é importante mencionar que as instituições financeiras mantêm o entendimento que deve ser efetuado nos resgates a retenção na fonte do imposto de renda.

Reportando-nos sobre às novas regras da Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/2021, publicada no DOU, em 09/12/2021<sup>50</sup>, que alterou o pagamento do precatório, podendo ser pago até o exercício de 2026, que certamente ocorrerá mais um aumento do lapso temporal do *quantum debeatur*.

Vale esclarecer que as instituições financeiras em relação a previdência complementar, que deixou de reconhecer o direito à isenção do imposto de renda, não efetuaram os Informes de Rendimentos Financeiros, do plano PGBL, constando os valores dos resgates e o IRF, na rubrica "Isentos e não tributáveis" e sim na rubrica "Rendimentos tributáveis".

Pois entendemos que foi caracterizado uma conduta de natureza omissiva que se assemelha à apropriação indébita, o pior, num longo lapso temporal, na busca de um direito líquido e certo, pasmem, reconhecido pela própria PGFN, entendemos que o substituto tributário incorreu em crime contra a ordem tributária, previsto no inciso II, art. 2º, da Lei nº 8.137/1990.

Além do mais, como houve participação de funcionários públicos, impedindo a referida restituição ao portador de doença grave aposentado, apenas disponibilizando-a por meios de precatórios, a União figura nesse crime como partícipe da condenação criminal, nos termos do art. 91, I, do Código Penal.

Por essas razões, ressalta-se que o bem tutelado deixa de ser o patrimônio público e sim o patrimônio<sup>51</sup> do portador de doença grave, ocasião em que o substituto tributário

---

50 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/2021**. Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/12/2021.

51 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 256.

a instituição financeira da previdência complementar e a União (Fazenda Nacional) figuram como depositário infiel.

Também, ocorrerá de um lado o enriquecimento sem causa do substituto tributário e do outro a omissão do Poder Público da obrigação de indenizar o dano causado.

Nesse caso, a incriminação se verifica pelo fato da instituição financeira ter efetuado a retenção indevida e descontado do resgate efetuado pelo portador de doença grave, no Plano PGBL em não sendo reembolsado caracteriza-se uma conduta de natureza omissiva que se assemelha à apropriação indébita.

Nesse sentido, somos sabedores que o crime organizado utiliza armas, munições e pólvora, enquanto, o crime de colarinho branco, utiliza a caneta, informática e o mercado econômico, mas ambos cometem crimes.

Reportando-nos sobre o pedido do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, representado pela Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia-Geral da União, a fim de obter a suspensão da obrigação de fazer e de pagar, convenhamos ato praticado de tentar procrastinar a sua obrigação é de injustiça, conforme, buscamos mostrar aos leitores as justiças e injustiças praticadas pelos três poderes em via de mão dupla, ocasionando prejuízos aos aposentados, idosos, portadores de doenças graves, entre outros.

Pois em sendo admitido o referido pedido do INSS pelo STF, seria uma afronta ao Estado Democrático de Direito, por um sistema de garantia dos direitos humanos, afrontando aos princípios da dignidade da pessoa humana<sup>52</sup> (art. 1º, III, da CF/1988), dos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, da CF/1988) e da igualdade (art. 5º, caput, da CF/1988).

Vale mencionar que as requisições de pagamentos de precatórios protocolados nos tribunais entre 3 de abril de 2022 a 2 de abril de 2023 deverão ser incluídas na proposta orçamentária do devedor, no caso a União, ou seja, no exercício seguinte em 2024, que será o vencimento do precatório, entretanto, ante as questões de teto de gastos os quais mencionamos o precatório poderá ser pago até 2026.

Mas, caso não haja a retirada do sobrestamento dos processos da revisão da vida toda, por intermédio dos tribunais em razão da conquista dos aposentados no julgamento no Plenário do STF, realizado no dia 1º de dezembro de 2022, pelo placar de 6 (seis) votos a favor e 5 (cinco) contras, o aposentado que esperou por décadas deverá esperar por mais tempo, até mesmo ante a oportunista e vergonhosa pretensão do Governo Federal, por

---

<sup>52</sup> SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215.

intermédio do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, representado pela Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia-Geral da União.

Finalmente, considerando as postergações e decisões que ocasionaram justiça e injustiças em via de mão dupla junto aos três poderes, aposentados, idosos, portadores de doenças graves estão em situações lastimáveis esperando pelo recebimento dos precatórios, a exemplo dos aposentados que litigaram durante décadas e com risco de aumentar ainda mais o tempo do tão esperado precatório.

Vale mencionar que os aposentados ficaram numa situação de miserabilidade diante de um péssimo cenário da economia do País resultando para os mesmos enormes gastos, oriundos do avanço da idade, doenças, arrimo de família ante os desempregos de filhos e netos, devido à Pandemia do Coronavírus – COVID-19.

Também, com os aumentos de preços dos alimentos, remédios, entre outras mercadorias, em razão da guerra Rússia contra Ucrânia e das catástrofes climáticas, a exemplo do que ocorreu recentemente no litoral norte de São Paulo nas cidades de Ubatuba, São Sebastião, Ilhabela, Caraguatatuba e Bertioga.

Por essas razões, os aposentados foram obrigados junto às instituições financeiras buscarem empréstimos consignados, os quais são descontados de seus proventos da aposentadoria.

Além do mais, muitos aposentados estão com estado de saúde debilitado, quer seja em razão de ser portador de doença grave, invalidez, entre outras patologias e pela própria idade, acaba tendo um elevado custo com plano de saúde e medicamentos de uso contínuo, comprometendo a baixa renda dos proventos da aposentadoria, inclusive necessitando efetuar empréstimos consignados a fim de cobrir despesas; aliás, as estatísticas comprovam a grande procura dos aposentados a fim de obterem os referidos empréstimos.

Por sua vez, em decorrência das procrastinações e dos atos de justiça e injustiças em via de mão dupla dos três poderes, os trabalhadores, aposentados, idosos, portadores de doenças graves que buscam “melhor qualidade de vida”, são prejudicados no pouco tempo que lhes restam para sua sobrevivência.

Além disso, a fim de livrar-se das amarras públicas e dos empréstimos consignados<sup>53</sup> e das plataformas que divulgam notícias a fim de criar aos aposentados expectativas que nem sempre são reais ou são mal elaboradas e a falta de perspectivas

---

53 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Reaposentação: o julgamento pelo STF em 06.02.2020 Retrata um Ativismo judicial?** São Paulo: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário - Ano 19, nº 96 (maio/jun. 2020), 2020, p. 211.

concretas e das mudanças constitucionais institucionalizadas pelos três poderes, observamos que os aposentados e idosos que possuem precatórios com riscos de recebê-los até 2026, vem vendendo o precatório para instituições financeiras, cuja atividade principal que são relacionadas à cessão de crédito, previsto no art. 100, §§13 e 14, da CF/1988.

Nesse sentido, existem formalidades jurídicas a serem observadas, a exemplo do termo de cessão, instrumento particular de cessão de crédito e procuração pública, emitida em cartório, a fim de obter fé pública, caberá ao cessionário comunicar ao juízo da Vara que aprovou o precatório ao cedente.

Vale esclarecer que em tais operações haverá uma perda com deságio, geralmente em média é de 40% (quarenta por cento), cuja vantagem é receber de imediato o valor a ser pago pela proposta tão logo sejam cumpridas as formalidades junto ao cartório entre as partes e poderá resolver vários problemas de ordem financeira, não havendo necessidade de esperar pelas amarras do Poder Público.

Também, a Resolução nº 482, de 19/12/202254, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que regulamentou a EC nº 113/2021 e EC nº 114/2021, no Art. 79-D, faculta ao credor de precatório que não tenha sido pago em razão da limitação de gastos a que alude o art. 79-A, optar em não receber o precatório de forma integral.

De fato, a referida Resolução, que trata sobre limitações de gastos previstas na EC nº 114/2021, disciplina que o credor poderá optar pelo recebimento, mediante acordo direto, em parcela única, até o final do exercício seguinte; com renúncia de 40% (quarenta por cento) do valor de seu crédito, é oportuno mencionar que o recebimento não é imediato, a exemplo do que ocorre com as instituições financeiras com atividade específica de cessão de crédito.

De maneira que vamos mostrar aos leitores um exemplo hipotético de uma cessão de crédito com uma instituição financeira, constando um deságio de 40% (quarenta por cento), calculado sobre o recebimento do precatório atualizado no valor de R\$300.000,00 (trezentos mil reais), a saber:

- a) Precatório corrigido: R\$300.000,00
- b) IRF CEDENTE (3%): R\$9.000,00

---

54 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Resolução nº 482, de 19/12/2022**. Atualiza a Resolução CNJ nº 303/2019, que dispõe sobre a gestão de precatórios e respectivos procedimentos operacionais no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20/12/2022.

c) Valor líquido: R\$291.000,00

d) Proposta da Cessionária: R\$174.600,00

- Cálculo do valor líquido com deságio de 40%

$$R\$291.000,00 \times 40\% = R\$174.600,00$$

- Cálculo do deságio com base na proposta

$$R\$291.000,00 - R\$174.600,00 = R\$116.400,00 \times 100 / 291.000,00 = 40\%$$

- Honorários Advocatícios (20%)

$$R\$174.600,00 \times 20\% = R\$34.920,00$$

- Valor a receber pelo cedente do precatório

$$R\$174.600,00 - R\$34.920,00 = R\$139.680,00$$

Ante o exposto, no contexto econômico, político e das regras previstas nas mudanças constitucionais realizadas em 2021, por intermédio do Congresso Nacional, no que diz respeito ao recebimento de precatórios em razão do teto de gastos os quais mencionamos em nosso texto argumentativo, requer daqueles que possuem precatórios uma análise das vantagens de esperar ou não pela fila do recebimento do precatório previsto para recebimento até 2026.

Além do mais, conforme mencionamos em nosso texto argumentativo o pedido de suspensão da obrigação de fazer e de pagar, proposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, representado pela Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia-Geral da União, repito, é um desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Por essa razão, aquelas Autoridades do País com poder de decisão deveriam ter um olhar holístico da justiça aos aposentados, ao portador de doenças graves, entre outros, bem como o bem-estar social aos aposentados e idosos, principalmente em respeito ao Estado Democrático de Direito, assegurando o direito aos aposentados da revisão da vida toda, conquistado no Plenário do STF, no dia 1º de dezembro de 2022.

### **3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objetivo deste artigo foi no sentido de mostrar aos leitores, de maneira geral, a busca dos aposentados junto ao judiciário sobre a “revisão da vida toda”, por isso, mostramos os desdobramentos dos julgamentos realizados no STF do Tema 1102, de



Repercussão Geral, referente ao Recurso Extraordinário (RE) nº 1.276.977, interposto pelo INSS.

Ainda, mostramos que no Plenário Físico do STF, foi realizado o julgamento do Tema 1102, no dia 1º de dezembro de 2022, ocasião em que o placar de 6x5, foi favorável aos aposentados, prevalecendo o entendimento de que quando houver prejuízo para o segurado é possível afastar a regra de transição introduzida pela lei, que exclui as contribuições anteriores a julho de 1994.

Também, mostramos que há uma discussão desnecessária nas plataformas da internet sobre a necessidade da lavratura de Acórdão sobre a decisão favorável do julgamento da revisão da vida toda, em que, para nossa surpresa, o INSS efetuou um pedido junto ao STF com fundamento para a suspensão nacional de processos, previsto no item II, relacionada sobre a obrigação de fazer e de pagar, o que denota mais uma manobra processual a fim de postergar o direito conquistado.

Todavia, os aposentados, além de aguardarem a retirada do sobrestamento dos processos junto aos tribunais, assim, caso eles recebam seus precatórios, ficarão sujeitos às postergações do recebimento até 2026 previstas nas Emendas Constitucionais de 2021, com isso, poderão, caso julguem oportuno, efetuarem cessão de crédito junto às instituições financeiras com deságio estimado em 40%, conforme exemplo hipotético que demonstramos aos leitores.

Enfim, os leitores poderão observar no texto argumentativo da revisão da vida toda que não deixa dúvidas sobre as justiças e injustiças em via de mão dupla dos Três Poderes e a absurda manobra processual do INSS com pedido de suspensão ao STF das obrigações de fazer e de pagar. Assim, concluímos que não há que se falar em Estado Democrático de Direito efetivo, caso as injustiças venham sobrepor às justiças.

#### **4 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AITH, Murilo. **O “dever” de diplomacia do ministro André Mendonça e o respeito com o aposentado.** Postado em 19/10/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 27/10/2022.

ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 256.

\_\_\_\_\_. **Reapresentação: o julgamento pelo STF em 06.02.2020 Retrata um Ativismo judicial?** São Paulo: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário - Ano 19, nº 96 (maio/jun. 2020), 2020, p. 211.

\_\_\_\_\_. Aposentados: **Escravidão Moderna Imposta pelo INSS x Aposentadoria Revisão da Vida Toda, Julgamento do Tema 1102 no STF, Quem Vencerá?** São Paulo: Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, nº 389, novembro/2021, p. 89-103.

\_\_\_\_\_. **Julgamento sobre revisão da vida toda foi favorável aos aposentados, placar 6x5, derrubado o pedido de destaque do Ministro Nunes Marques, prevaleceu a força de Têmis: verdade, equidade e humanidade.** Postado em 19/7/2022. Disponível em: <https://www.gentedeopniao.com.br>. Acesso em: 19/7/2022.

BADARI, João. **“Revisão da vida toda”, a espera dos aposentados e a publicação do acórdão.** Publicado em 27/01/2023. Disponível em: <https://conjur.com.br>. Acesso em: 27/01/2023.

BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO.PROCURADORIA-GERAL FEDERAL. **Pedido de suspensão nacional de processos. RE nº 1.276.977/DF-Tema 1102/STF.** Recorrente: Instituto Nacional de Seguros Social – INSS, Recorrido: Vanderlei Martins de Medeiros, Procuradora-Geral Federal: Adriana Maia Venturini, 7/2/2023, protocolado em 13/2/2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Resolução nº 482, de 19/12/2022.** Atualiza a Resolução CNJ nº 303/2019, que dispõe sobre a gestão de precatórios e respectivos procedimentos operacionais no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20/12/2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/2021.** Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/12/2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Emenda Constitucional nº 114, de 16/12/2021.** Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/12/2021.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **DESPACHO Nº 348-PGFN-ME, DE 5/11/2020, DOU DE 10/11/2020, SEÇÃO 1, PÁGINA 14.** Disponível em: <https://www.pgfn.gov.br>. Acesso em: 17/3/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.276.977-DF, de 5/8/2020, julgamento de 27/8/2020.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102 da Repercussão Geral julgamento no Plenário Virtual em 21/6/2021, referente ao RE nº 1.276.977, de 25/8/2020, interposto pelo INSS.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102 da Repercussão Geral, julgamento no Plenário Virtual em 21/6/2021, referente ao RE nº 1.276.977, de 25/8/2020, interposto pelo INSS.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

GARRET, Filipe. **O que é algoritmo? Entenda como funciona em apps e sites da internet.** Publicado em 14/5/2020. Disponível em: <https://techtudo.com.br>. Acesso em: 17/2/2023.

PEIXOTO, Ravi. **A nova ordem de preferência no pagamento de precatório com a EC 114/21.** Disponível em: <https://www.anpm.com.br>. Acesso em: 13/4/2022.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos Direitos Sociais.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215

## AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E A PROTEÇÃO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

**KAIQUE TORRES DE SOUZA:**  
Graduando em Direito, Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul – SP,  
UNIFUNEC<sup>55</sup>

RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA<sup>56</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente estudo objetivou discutir a legalidade dos contratos de adesão e a proteção ao consumidor frente às cláusulas abusivas. Para tanto, analisa a proteção dada pelo Código de Defesa do Consumidor aos contratos; expõe a proteção do CDC ao consumidor no que concerne às cláusulas abusivas contidas nos contratos de adesão; e esclarece sobre as circunstâncias em que poderá haver a nulidade contratual. Para a realização desta pesquisa, como metodologia, foi empregada a pesquisa bibliográfica feita a partir de materiais já publicados, a exemplo de doutrinas, legislações e artigos científicos que estudam o tema em análise, permitindo concluir que o contrato de adesão é uma modalidade de contrato legal e de suma importância para os contratos de consumo, especialmente em tempos em que as negociações pela internet se intensificaram e que em diversas circunstâncias não é possível o contato presencial entre consumidor e fornecedor para discutir as cláusulas contratuais. No entanto, se neste estiverem presentes cláusulas abusivas, ou seja, cláusulas que violem o dever de transparência nas informações veiculadas, ou outras cláusulas que violem boa-fé ou que eivem de vício o produto com os qualificativos da abusividade, estas estarão fadadas à nulidade.

Palavras-chave: Contratos de adesão. Cláusulas abusiva. CDC. Direito à Informação.

### ABUSIVE CLAUSES AND PROTECTION BY CONSUMER DEFENSE CODE\*

**ABSTRACT:** The present study aimed to discuss the legality of adhesion contracts and consumer protection against abusive clauses. To this end, it analyzes the protection given by the Consumer Defense Code to contracts; exposes the consumer protection of the CDC with regard to abusive clauses contained in adhesion contracts; and clarifies the circumstances in which there may be contractual nullity. To carry out this research, as a methodology, bibliographic research was used, based on materials already published, such

---

<sup>55</sup> [kai.quetorres@hotmail.com](mailto:kai.quetorres@hotmail.com).

<sup>56</sup> Mestre em Direito e Docente, Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC, [ricardogarciaadv@hotmail.com](mailto:ricardogarciaadv@hotmail.com).

as doctrines, legislation and scientific articles that study the subject under analysis, allowing to conclude that the adhesion contract is a type of contract legal and of paramount importance for consumer contracts, especially in times when negotiations over the internet have intensified and in various circumstances it is not possible to have face-to-face contact between consumer and supplier to discuss contractual clauses. However, if abusive clauses are present in it, that is, clauses that violate the duty of transparency in the information provided, or other clauses that violate good faith or that make the product with the abusive qualifications defective, these will be doomed to nullity.

Keywords: Adhesion contracts. Abusive clauses. CDC. Right to Information.

## **1 INTRODUÇÃO**

O Direito do Consumidor surge da necessidade de se proteger os partícipes mais fracos das relações de consumo, principalmente no que concerne ao poderio econômico das empresas que, na ânsia do lucro, ultrapassam os limites da razoabilidade, ferindo muitas vezes a própria dignidade da pessoa humana.

Tem-se que o direito na pós-modernidade é marcado pela mudança de postura dos sistemas legais vigentes ao passo que a normativa constitucional representa a nova visão voltada à solidariedade social e a efetiva realização das necessidades humanas. Diante desta perspectiva e da nova realidade social tendo como plano de fundo o fenômeno da globalização, mudam-se também os valores.

No campo contratual, passa-se a tutelar a equivalência material nas relações em benefício do contratante mais fraco e os novos valores agregados à sociedade foram convertidos em princípios e regras constitucionais destinadas à realização do homem dentro do contexto social.

Os contratos por adesão são oferecidos ao público em um modelo normalmente uniforme, impresso, faltando somente que sejam inseridos os dados que se referem à identificação do contratante, do objeto contratado e do preço. Desta forma, aqueles que desejarem firmar contrato com a empresa que faz uso desta modalidade de contrato para adquirirem algum produto ou serviço já irão receber relação contratual pronta e não poderão discutir e nem negociar as cláusulas contratuais.

Portanto, a ausência de um debate antecipado das cláusulas contratuais é o elemento essencial do contrato por adesão, isto é, a sua predisposição unilateral, restando à parte contratante a escolha de consentir ou não o contrato, não podendo ser alterado de maneira relevante. No que se trata de espécie contratual usada especialmente em

relações de consumo, destaca-se que a concessão do consumidor-contratante se expressa somente adotando ao conteúdo prévio estabelecido pelo fornecedor de bens ou serviços.

Trata-se de técnica contratual comum na esfera dos seguros, dos planos de saúde, nos procedimentos bancárias, da venda e aluguel de bens e dos serviços prestados por empresas públicas e concessionárias de serviços públicos.

Outro componente distinto do contrato por adesão se trata da maneira de consentimento da parte contratante, que concorda ou adota em conjunto às cláusulas predeterminadas, prevalecendo a vontade do predisponente, que determina a sua lei, não mais apenas a um sujeito, mas a um grupo indeterminado. Assim, nesses contratos, as cláusulas abusivas são recorrentes.

O presente estudo objetiva discutir a legalidade dos contratos de adesão e a proteção ao consumidor frente às cláusulas abusivas.

Partindo-se do reconhecimento de que, nos dias atuais, a vida em sociedade se desenvolve em outra formatação, em outra velocidade e a partir de valores que, se não são absolutamente novos, por certo foram reformulados para se compatibilizarem com novos anseios sociais, o discurso em torno de uma nova concepção de contrato se mostra não só coerente, mas necessário.

Trata-se de estudo relevante por ter o condão de esclarecer sobre o direito do consumidor ao aderir a contratos de adesão que possuem cláusulas abusivas com base no princípio da boa-fé, que aborda o dever de transparência nas relações de consumo, principalmente em razão dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que impõem a necessidade de respeito a vários deveres anexos de conduta decorrentes do referido princípio, a exemplo do que se observa no art. 4<sup>a</sup>, inciso III. Em suma, o consumidor deve ter pelo menos a oportunidade de conhecer os termos contratuais.

Para a realização desta pesquisa, como metodologia, foi empregada a pesquisa bibliográfica feita a partir de materiais já publicados, a exemplo de doutrinas, legislações e artigos científicos que se debruçam sobre o tema em análise.

## **2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PROTEÇÃO AOS CONTRATOS**

As normas protecionistas previstas neste código exigem que a prestação de serviços deve estar adequada à boa-fé e a probidade contratual, de tal forma a conservar os objetivos e expectativas razoavelmente vinculados à celebração do contrato, tutelando o polo hipossuficiente da relação jurídica contra as práticas empresariais abusivas.

O princípio da boa-fé tem aplicabilidade em variados momentos das relações contratuais. É então um super princípio realmente regente das relações jurídicas como um

todo e que, certamente, após vários anos de boas decisões judiciais, poderá realmente transformar para o bem da sociedade.

Para Reale (2009) “quando se aborda a boa-fé, se analisa uma condição fundamental da atividade ético-jurídica, que possui como característica a atividade proba das partes. Por esta razão, a boa-fé é, além de norma que pauta a conduta, também forma das partes se conduzirem.” Com isso, integram o contrato, criando deveres que são juridicizações como forma de limitação dos direitos subjetivos.

Daí ser certo dizer que, respeitando a boa-fé, estar-se-á evitando cláusulas abusivas e desleais. Porém, quando presentes, o juiz, com seu poder de cautela, o poder hermenêutico e integrativo para a realização da justiça, se valerá da cláusula geral para adequar as cláusulas contratuais à realidade social, pautado na atividade proba e de boa-fé, além de observar a função social do contrato e a sua manutenção.

Em relação à obrigatoriedade da convenção, reconhecível pelo brocardo *pacta sunt servanda*, observe-se a influência do direito canônico. Os canonistas, segundo Rizzardo (2021), imbuídos do espiritualismo cristão, realizavam a interpretação das normas do Direito Romano com uma inspiração mais elevada. No que tange ao contrato, acreditavam que o seu descumprimento implicava em quebra de compromisso, o que equivaleria à mentira; e como esta constituía pecado, descumprir ao que fora obrigado atraía as penas eternas.

Do exposto percebe-se que no entendimento dos juriconsultos canonistas, não podia predominar a sacramentalidade clássica, porém, o valor da palavra e o próprio consentimento, prevaleciam.

Pelo princípio da autonomia de vontade, nenhuma das partes é obrigada a contratar sem que estejam acordadas. Portanto, caso venham a firmar o contrato, o mesmo será válido e deverá ser cumprido, levando-se em consideração que a vontade dos pactuantes fará lei entre as partes e para que haja modificações ou revogação do contrato, será necessário o consentimento de ambas, dando assim força para que em caso de descumprimento, a parte lesada possa recorrer ao judiciário para pleitear a reparação do dano causado, desde que excetuadas as hipóteses de caso fortuito e de força maior.

Theodoro Jr. (2014) acrescenta que, no comércio realizado entre os homens, a declaração de vontade é instrumento natural não podendo ser declinado. A fim de que seja eficaz, no entanto, é preciso que seja obrigatória sempre que possa ferir interesses alheios. O contrato sempre os afeta, mas a declaração unilateral nem sempre. Porém, se os atingir, será necessário que o seu cumprimento seja compelido *manu militari*.

No entanto, importa destacar que a sanção é fundamental para segurança das declarações jurídicas, pois aquele que é beneficiário de uma promessa precisa poder contar com a sua execução.

É necessário, no entanto, que as partes observem a função social do contrato para que a liberdade de contratar não venha afetar o equilíbrio e harmonia entre os contratantes, tendo em vista que os defeitos advindos dos contratos serão sanados pelo judiciário, levando em consideração a forma que foi acordada, objetivando a visualização da boa-fé, os costumes e também a função social, uma vez que a lei estabelece a liberdade para se contratar dando um limite, que é a escolha do tipo jurídico de contrato.

A escusa da obrigatoriedade estaria, no entender de Haddad (2013), na cláusula *rebus sic stantibus*, que a seu turno, se fundamentava na desigualdade superveniente das obrigações pactuadas e no enriquecimento ilícito de uma das partes. No entanto, referida ideia deveria, ainda segundo o jurista, e de acordo com os paradigmas daquela época, se contrapor à ideia da necessidade de estabilidade dos negócios, condição para a paz e segurança social.

Percebe-se que a força obrigatória visa tornar claro que as tratativas entre as partes formalizadas no contrato sejam consideradas leis, as quais devem ser rigorosamente cumpridas, sob pena de sanções jurídicas no caso de descumprimento, só podendo ser alterada com o acordo mútuo entre as partes. Considerando a obrigatoriedade, sendo o que dá sentido ao contrato, não é aceitável arrependimento se não por cláusula específica, uma vez que foi concedida a liberdade de aceitar ou não as cláusulas respeitando os princípios da autonomia e do consensualismo.

Ressalte-se que o Código Civil mitigou a força obrigatória dos contratos, favorecendo, em determinados pontos, a parte economicamente mais vulnerável, subordinando o cumprimento do contrato à sua função social.

Feitas todas estas considerações, cabe apontar que a função social do contrato é que gera a humanização contratual ao repelir as cláusulas leoninas expressão está até já decaída em face da ideia de cláusulas abusivas e o diálogo das fontes com o CDC.

Há de se proceder, no entanto que a relação contratual se destina, inicialmente, a satisfazer interesses patrimoniais privados daqueles indivíduos que, com fundamento na autonomia de suas vontades, optaram por vincular-se em termos obrigacionais, de tal forma que não aparenta ser razoável a premissa de que o Princípio da Função Social dos contratos impõe, prioritariamente, a persecução de interesses sociais ou coletivos, mesmo que qualificados como relevantes.



Não se questiona que qualquer relação contratual deve, obrigatoriamente, desenvolver-se sem impactar de forma negativa a sociedade. Não parece lógico, porém, inverter a ordem das coisas e imaginar que aquele que, por exemplo, procede à compra e venda de um celular, o faz em benefício dos interesses sociais antes referenciados.

Importa destacar, que a função social dos contratos não influencia somente na vedação aos contratantes de não alcançarem negativamente pessoas que não integram a relação contratual. O contrário também é possível. Informam Benjamin e Marques (2021) que, por ser uma norma, o contrato também repercute genericamente, transmitindo a terceiros, desobrigados da relação contratual, o dever de não macular os legítimos interesses contidos em determinado contrato. Assim, a função social do contrato mostra-se uma “via de mão dupla”.

Ademais, é de conhecimento que o princípio da função social tem o condão de mitigar outros princípios contratuais clássicos, especialmente o da relatividade contratual, sabendo-se que, além de superar a visão individualista e limitada aos interesses dos contratantes – consoante a concepção liberal – faz surgir um novo olhar sobre os efeitos advindos do contrato, que respingam também em terceiros, carreando, portanto, a todos o dever de respeitar os legítimos interesses dos envolvidos em determinada relação contratual.

Complementarmente, o CDC, conforme a determinação do art. 6º, inc. III elenca enquanto direito básico do consumidor o acesso às informações adequadas sobre aos serviços contratados, tornando que o consumidor, antes do momento da assinatura do contrato, tenha plena ciência das obrigações assumidas por ambas as partes.

Marques (2016) explica que as obrigações jurídicas tuteladas pelos mandamentos do CDC devem estar pautadas em cláusulas contratuais que exponham de forma clara as características do produto ou serviço comercializado, em especial o preço a ser satisfeito pelo consumidor (e suas variações com o decurso do tempo).

A título de exemplificação, os contratos de plano de saúde que preveem cláusulas de reajustes obscuras, que permitem que a operadora aplique índices aleatório e abusivos, afrontam o direito básico à informação. Para combater as cláusulas obscuras o CDC também estabeleceu como direito básico do consumidor o direito a modificar as cláusulas contratuais que imponham prestações desproporcionais, permitindo o consumidor requeira modificação do contrato sempre que verificar cláusulas que preveem prestações desproporcionais e excessivamente onerosas.

E ainda, o CDC expõe um rol exemplificativo de prescrições contratuais que podem colocar o consumidor em posição de desvantagem contratual. Essas prescrições são

denominadas de cláusulas abusivas, e estão enumeradas nos incisos do art. 51 que se destaca:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...] X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; [...] XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

Os prestadores de serviços podem exigir vantagens manifestamente excessivas, dentre as condutas elencadas, está a possibilidade da elevação do preço do serviço contratado sem que exista permissão legal e contratual, para tanto, da mesma forma que as determinações contratuais que prejudicam os consumidor não alcançam validade legal, em especial quando o consumidor é inserido em circunstâncias de desvantagem exagerada, submetido às variações de preço unilateralmente dispostas pelo fornecedor, alterando-se subitamente o equilíbrio econômico-financeiro estabelecido inicialmente no contrato.

### **3 AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E CONTRATO DE ADESÃO**

Explicada a proteção dada pelo CDC aos contratos, nessa seção serão analisadas as cláusulas abusivas e como estas se aplicam aos contratos de adesão.

Em definição fornecida por Medina e Araújo (2020), "o contrato de adesão é forma contratual estandardizada, fruto da teoria contratual neoclássica, desenvolvida para atender adequadamente às transações de larga escala comuns no sistema de produção de massa."

Portanto, observa-se que os contratos por adesão oferecem, em função da agilidade com que podem ser celebrados, a vantagem de uma forte economia de meios, posto que dispensa a preparação, a discussão e a redação de cláusulas contratuais.

Fradera informa que os primeiros segmentos a utilizarem-se das condições gerais de negócio para elaborarem contratos foram as companhias de seguros, seguindo-se as empresas de transportes e os estabelecimentos de crédito, que, desde a primeira metade do século XIX delas se utilizaram.

Em pouco tempo, as empresas produtoras de mercadorias e as prestadoras de serviços passaram a adotar, em seus relacionamentos com clientes, a fórmula contratual

preestabelecida, como o próprio nome o diz contrato de adesão, segundo Orlando Gomes (2011, p. 128): “Caracteriza-se por permitir que seu conteúdo seja pré construído por uma das partes, eliminada a livre discussão que precede normalmente a formação dos contratos, mas até este seu traço distintivo continua controverso.”

É aquele em que uma das partes simplesmente adere a seus termos pré-estabelecidos pela outra parte, não sendo possível a prévia discussão de suas cláusulas e demais condições.

Assim, precedido de formulário contendo cláusulas contratuais gerais, estabelecidas de forma unilateral pelo fornecedor ou aprovadas pela autoridade competente, o contrato de adesão é celebrado entre fornecedor e consumidor, sem que o aderente, portanto, tenha tido oportunidade de discutir o seu conteúdo.

O CDC conceitua contrato de adesão em seu art. 54. O fato de ser celebrado um contrato de adesão é suficiente para caracterizar a situação de vulnerabilidade fática do consumidor diante da ausência de liberdade contratual efetiva.

A celebração de contratos de adesão não exige que se trate de contratos típicos. São classificações que não se confundem. Ao contrário. Em relação aos contratos atípicos, ou seja, que não sejam regulamentados em lei, nota-se que a forma de contratação por adesão tem a função, igualmente, de promover a uniformidade de suas disposições, não raro dando causa, quando em fórmulas adotadas por diversos contratantes, a um tipo social de contratação.

Uma distinção eventualmente aventada pela doutrina, diz respeito à diferenciação entre contratos de adesão e por adesão. Explica Miragem (2014), que:

Embora não subsista no direito brasileiro, na perspectiva do direito comparado, explica-se sob o argumento de não confundir-se o contrato de adesão – expressão consagrada – com categoria jurídica capaz de produzir efeitos próprios. Neste sentido, o contrato de adesão não é considerado uma forma de contratar, mas como espécie contratual per se.

No direito brasileiro, contudo, a partir da regulação legal do art. 54 do CDC e dos arts. 423 e 424 do CC/2002, sob a expressão contrato de adesão estão abrangidos tanto os contratos formados por adesão (de vontades dos declarantes), quanto ao modo, levando-se em conta a superioridade de poder do contratante que impõe o contrato, em relação ao outro que apenas adere.

Não há restrição, no conceito legal de contrato de adesão, às fórmulas escritas ou verbais, de modo que Nery e Nery Jr. consideram de adesão o contrato celebrado mediante estipulação unilateral e preestabelecida pelo fornecedor, tanto nos contratos concluídos por escrito como também nos celebrados verbalmente.

Também, os comportamentos socialmente típicos – impropriamente denominadas relações contratuais de fato – possuem efeitos que podem ser equiparados aos derivados do contrato de adesão, o que explica a razão de toda a sistemática do CDC referente a estes últimos (artigos 46 a 54) ser aplicada a esses comportamentos.

No Brasil, como elucida Gaburri (2018, p. 119), “o termo contrato de adesão foi introduzido ao ordenamento jurídico pelo CDC e, posteriormente, também reafirmado pelo CC/2002.”

O CDC, no Capítulo VI, cuida da proteção contratual, concedendo prioridade à proteção do consumidor contratante. Esse capítulo divide-se em três partes: a primeira apresenta uma visão geral dos contratos de consumo, a segunda trata das cláusulas abusivas e a última aborda os contratos de adesão e as condições gerais.

Visível se tornou o reflexo do CDC no atual CC, no qual se realça a indispensabilidade de observância ao princípio da boa-fé, bem como que os contratos devem atender à função social, além, de repelir o abuso, a excessiva onerosidade que resulte em manifesto desequilíbrio contratual.

A precisão da natureza jurídica desse tipo de contrato é feita pela forma de contratação, mas não pelo conteúdo e nem pelo objeto do contrato. O CDC é o primeiro diploma legal brasileiro a regular o contrato de adesão, definindo-o, fornecendo seu regime jurídico e o método para sua interpretação.

Nery Jr. e Nery (2019) informam que o contrato de adesão não pode ser considerada uma categoria contratual autônoma. Também não pode ser considerada um tipo contratual, mas somente uma técnica de formação do contrato, passível de ser aplicada em qualquer categoria de contrato, sempre que buscar-se por celeridade na conclusão do contrato, uma exigência recorrente das economias de escala.

Sua formalização é precedida de preenchimento de formulário do qual constem cláusulas contratuais gerais, estipuladas unilateralmente pelo fornecedor, ou aprovadas pela autoridade competente, às quais adere o consumidor dos produtos ou dos serviços que, por meio dessa operação jurídico-econômica, são postos à disposição do interessado. Essa forma de contratar é comum em relações entre fornecedor e consumidor, sem que este aderente tenha tido a oportunidade de discutir sobre o seu conteúdo. Esta é a dicção do art. 54 do CDC 54, que introduziu no direito brasileiro a definição e a regulação dessa

espécie de contrato, cuja interpretação, em todo o caso, deve merecer, também, os cuidados do art. 423 do CC.

Como características do contrato de adesão Abud (2021) destaca as seguintes: seu conteúdo é pré-constituído por uma das partes e não autoriza discussão, significando que a vontade de uma das partes é imposta sobre a outra, que não poderá se opor a seus termos, já que para formalizar o negócio deverá aceitar e aderir às condições pré-estabelecidas.

Por sua vez, segundo a doutrina de Orlando Gomes (2011, p. 127), para melhor distinção entre as modalidades de contrato, se de adesão ou não, há de se considerar que:

“[...] a imposição da vontade de um dos contratantes à do outro seria o traço distintivo do contrato de adesão, mas essa caracterização importa reconhecer, na figura do contrato de adesão, uma deformação da estrutura do contrato”.

Importa, ainda, citar o entendimento de Azevedo (2004) no sentido de que existe, de certa forma, uma manifestação de vontade por ambas as partes, sendo pela parte fornecedora espelhada pelos termos expressos no contrato e, de outra parte a manifestação tácita de concordância ao constante do contrato.

Parte-se, pois, do pressuposto de que as cláusulas são impositivas de vontade de uma das partes, certamente, sob o argumento, de uma visão isolada do fornecedor, de tratar-se de regras mínimas de segurança do negócio jurídico a concretizar-se.

Sobre o contrato de adesão, que conforme já afirmado, faz uso de cláusulas padronizadas, Azevedo (2004, p. 205) entende que:

[...] esse contrato padronizado deve ter seu conteúdo gravado em texto de lei ou, pelo menos, refletir o entendimento coletivo, e racional, do lugar em que sugerir, apresentando prudente dose de comutatividade, para que se evite a superioridade escravizante de um contratante sobre o outro.

Cabe ao consumidor, em tal situação, se, mesmo assim se interessar pelo produto, aderir às disposições constantes do instrumento contratual, cujas cláusulas foram antecipadamente fixadas pelo fornecedor. Mas, por certo, e assim pensou o legislador, como visto anteriormente, deve ser imposto limites às cláusulas contratuais de modo a não deixar sua utilização e implantação ao livre arbítrio do fornecedor.

Sob esse ângulo, e na visão do interesse das relações de consumo, caberá ao consumidor que pretende adquirir um produto ou serviço proceder apenas a escolha do objeto de contratação com as condições que se enquadram em sua capacidade de pagamento, mas, não lhe sendo permitido discussão sobre o conteúdo do contrato, especialmente, quanto às cláusulas pré-definidas, unilateralmente, pelo fornecedor, cabendo-lhe, apenas, expressa ou tacitamente a elas aderir.

Do exposto constata-se que a principal característica do contrato de adesão é a falta de liberdade que recai sobre um dos contratantes no que se refere à oportunidade de discutir as condições do negócio.

### **3.1 A proteção do CDC ao consumidor no que concerne às cláusulas abusivas contidas nos contratos de adesão**

O diploma consumerista é notoriamente fruto do reconhecimento institucional da vulnerabilidade do consumidor e da necessária harmonização dos interesses nas relações de consumo. Surge para a proteção dos mais frágeis no mercado. É especialmente aplicado para combater a força do poder econômico que, muitas vezes, pelo lucro desmedido, avança contra a própria dignidade da pessoa humana.

Segundo Giovanella, Ribeiro e Costa (2002, p. 156), após o advento do CDC, foram criados: "Mecanismos alternativos de regulação de iniciativa de órgãos de defesa dos consumidores, combinados com normas pró-consumidores observados no processo de implantação do Código Nacional de Defesa dos Consumidores".

Com os avanços das normas do CDC na interpretação dos direitos do consumidor, a aplicação das normas de proteção dos consumidores foi se consolidando nas esferas administrativas e judiciais. A partir desse norte, as decisões administrativas dos PROCONs, dos Ministérios Públicos, bem como as decisões judiciais, foram descortinando e pacificando entendimentos favoráveis aos consumidores, em contraponto às cláusulas contratuais impostas nos contratos.

Sabe-se que em direito do consumidor, a abusividade está relacionada à desconformidade com os padrões do mercado e com a boa conduta exigida do fornecedor.

Segundo Afonso (2017), "a abusividade consiste em irregularidades evidenciadas na negociação nas relações consumeristas, que maculam os alicerces da ordem jurídica, seja por violação ao dever de boa-fé, seja por ir contra ao que é aceito pela ordem pública e bons costumes."

O próprio CDC prevê uma diversidade de comportamentos contratuais que denotam abuso da boa-fé do consumidor, valendo-se de sua condição de inferioridade econômica ou técnica.

As práticas são consideradas abusivas per se, pois independem da ocorrência de dano ao consumidor. Portanto, o abuso de direito encontra-se em agir contrariando a boa-fé, tirando proveito da vulnerabilidade do consumidor.

A proibição da abusividade é a consagração da ética nas relações consumeristas, especialmente em sede contratual. O mesmo raciocínio se estende às cláusulas abusivas, vedadas pelo ordenamento jurídico consumerista por violarem a ética e a boa-fé (AFONSO, 2017).

Para Benjamin, Marques e Bessa (2021):

dois são os caminhos empregados para definir a abusividade nos contratos: o primeiro deles é subjetivo e leva em consideração a abusividade diretamente com a figura do abuso de direito; o segundo é um caminho objetivo e conecta a abusividade com o instituto da boa-fé.

E também segundo Marques (2016), a tendência, hoje, do direito comparado e da exegese do CDC brasileiro é conectar a abusividade com parâmetros objetivos, relacionados ao princípio da boa-fé.

Já Afonso (2017) acrescenta que há, na previsão de cláusula abusivas pelo CDC, um afastamento explícito da norma do *pacta sunt servanda* e da prevalência da autonomia da vontade das partes, pois evidencia-se explícita proibição de previsão contratual de determinadas cláusulas, implicando em evidente controle pelo Estado do conteúdo dos contratos.

O legislador, na redação dos arts. 51 e 53 do CDC procurou criar uma lista exemplificativa de cláusulas consideradas abusivas, assim como fez com as práticas comerciais abusivas. Como norma geral, no entanto, cita-se o inc. IV do art. 51, que classifica como cláusula abusiva aquela que venha a estabelecer obrigações percebidas como injustas, abusivas ou que coloquem o consumidor em condição de exacerbada desvantagem, ou que não guardem compatibilidade com a boa-fé ou com a equidade.

As cláusulas abusivas têm lugar, em geral, como parte de contratos de adesão, ou das condições gerais dos contratos, formulados pelos fornecedores e aos quais os consumidores deverão somente consentir com os termos contratuais pré-elaborados.

Neste sentido, a forma pela qual se estabelece o contrato de consumo pode determinar o caráter abusivo de uma determinada estipulação contratual.

Naturalmente, segundo Miragem (2014), isto não significa, naturalmente, que a mera circunstância de integrar um contrato de adesão, pré-elaborado, por si determine uma cláusula contratual como abusiva. O que parece existir nesta situação é a incidência de norma protetiva da qualidade do consentimento do consumidor.

Isto porque, ainda que seja, na maioria das vezes, impossível que o consumidor altere as cláusulas contratuais que lhe sejam desfavoráveis, um dos deveres mais importantes do fornecedor a quem o contrato favoreça é o de oferecer a mais ampla e completa informação ao consumidor sobre o conteúdo do ajuste.

Neste sentido, aliás, o art. 54, § 4.º, do CDC, ao regular o contrato de adesão, impõe ao fornecedor dever específico de informação e esclarecimento ao referir que a redação daquelas cláusulas que trazam limitações ao direito do consumidor deverá ser feita em destaque, tornando possível sua imediata compreensão. O art. 46 do CDC também traz disposições neste mesmo sentido.

Estabelece, desta feita, verdadeira sanção à violação do dever de informar do fornecedor em matéria de contratos, que é a invalidade da cláusula restritiva de direitos não informada previamente ao consumidor.

É importante também abordar as cláusulas abusivas em contratos de consumo eletrônicos posto que na era das relações jurídicas digitais e, outras que certamente virão, percebe-se que os riscos para os consumidores se avolumaram, especialmente, pelo fato da presença de grande dificuldade que se tem de identificação real de seu fornecedor, e, ainda, dos aspectos técnicos que envolvem a nova realidade contratual, já que tudo se concretiza por meio dos elementos da alta tecnologia, ou seja, por computadores, programas e sistemas respectivos, sendo assim formalizada a contratação de forma virtual, que pode-se dizê-la não pessoal, tornando um campo fértil para a inclusão de cláusulas abusivas nos dizeres, assim Lorenzetti (2004, p. 409) comprova:

A prática negocial na Internet apresenta um amplo campo para o desenvolvimento de cláusulas abusivas de toda espécie, a maioria não muito diferentes das que existem no restante dos contratos de consumo e, algumas caracterizadas pela tecnologia aplicável.

Não pode omitir que a confiança sempre foi a alma do negócio, sua força matriz, razão pela qual grandes esforços são destinados para se evitar a inviabilidade das relações jurídicas eletrônicas, informáticas, ou digitais, especialmente, com o objetivo primordial de conferir maior segurança ao consumidor e, com isso não se expor aos possíveis domínios



do descrédito que possam contaminar essa nova era de interrelações negociais e, de contratações.

Para a conquista dessa confiança do consumidor, segundo Marques (2016) é indispensável que, no mínimo, sejam adotadas e, tornadas como rotina, a observância dos princípios dita dos para as relações de consumo, especialmente, o da transparência e o da boa-fé. Ademais, a confiança do consumidor deverá refletir a segurança que ele sente ao estabelecer relações jurídicas no mundo digital, pois não havendo segurança, não haverá, por reflexo, confiança.

Daí decorre a indispensabilidade de se combater e, até mesmo ceifar, a abusividade que se instala no comércio eletrônico, tanto na fase preliminar, como na contratual e pós-contratual.

A conscientização para a necessidade de combate dessa prática nociva, ou seja, de se extirpar a abusividade desse meio é a essência para perpetuação e evolução do comércio digital, lembrando, pelas expressões de Ricardo Luis Lorenzetti, (2004, p. 359) que:

[...] a Internet aumenta as possibilidades de interagir com outros sujeitos (ampliação subjetiva), de escolher produtos e serviços em categorias cada vez mais amplas (ampliação objetiva), de obter tipos de bens personalizados (desmassificação segmentada) e de diminuir o tempo de escolha (tempo real); tudo isso com drástica redução dos custos de transação em benefício do consumidor.

No entanto, sabe-se que não obstante não se possa desconsiderar que o consumidor usufrui de diversas vantagens, ao poder realizar suas compras e contratações pela internet, não se nega também que a abusividade é mais recorrente em contratos firmados em meio eletrônico. Posto isto, cabe trazer o conceito de abusividade. Esclarece Cláudia Marques (2016, p. 161) que a abusividade da cláusula contratual é,

[...] o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionaria aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante (*Machtposition*).

A nova sistemática de contratação, irreversível se diga, exige que as normas jurídicas, tornem mais intensas e, constantes, o estabelecimento de medidas que visem coibir condutas abusivas de fornecedores, ou de terceiros, que façam uso dos novos instrumentos de relações negociais, com fins espúrios, que possam provocar ou expor a risco o consumidor, por meios que atentem contra o sistema normativo vigente, bem como aos valores morais da pessoa humana.

Todas as disposições citadas visam, pois, resguardar e proteger um padrão mínimo referente à qualidade do consentimento manifestado pelo consumidor quando da celebração do contrato. Quando o consentimento do consumidor é desrespeitado pelo fornecedor, este restará comprometido e implicará em abusividade formal, que, a seu turno, levará à nulidade contratual, tal como estabelece o caput do art. 51 do diploma consumerista, conforme se verá a seguir.

#### **4 NULIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Apesar de serem as vantagens e facilidades trazidas pelos contratos de adesão, a falta de negociação e de discussão, prévias à conclusão do contrato, pode implicar, segundo Fradera (2018) no perigo de a parte redatora das condições gerais de negócios vir a portar-se abusivamente, desencadeando esse comportamento a necessidade de um controle legislativo da emissão dessas cláusulas, cominando, no caso do Brasil, a sanção de sua nulidade, como previsto no CDC, em seu art. 51, em que o seu legislador previu várias hipóteses de sua incidência.

O Código Civil de 2002, ao regular as relações entre iguais, também contempla a matéria relativa aos contratos por adesão e a respectiva sanção para eventuais cláusulas abusivas neles contidas, nos seus arts. 423 e 424.

O código de defesa do consumidor tem o seu próprio sistema de nulidades, de maneira que aos contratos de consumo não se aplicam, em sua inteireza, as disposições que fazem alusão às nulidades do CC, CPC e de outras leis extravagantes. No entanto sabe-se que no microsistema do CDC as cláusulas abusivas são nulas porque ofendem a ordem pública que prevê a proteção do consumidor.

Nesse sentido, no entendimento de (NERY JR.; NERY, 2019, s.p.) alegam:

A nulidade da cláusula abusiva deve ser reconhecida judicialmente, por meio de ação direta (ou reconvenção), de exceção substancial alegada em defesa (contestação), ou, ainda, por ato *ex officio* do juiz. A sentença que reconhece a nulidade não é declaratória, mas constitutiva negativa. O efeito da sentença que decreta a nulidade da cláusula abusiva é *ex tunc*, pois desde a conclusão do negócio

jurídico de consumo já preexistia essa situação de invalidade. Sendo matéria de ordem pública (CDC 1.º), a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas no contrato de consumo não é atingida pela preclusão, podendo ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição. Aplicam-se, por extensão, o CPC 485 § 3.º, 337 § 5.º e 342 (exame *ex officio* das questões de ordem pública).

Ressalte-se por derradeiro que a existência de cláusula abusiva não torna nulo todo o contrato, podendo estas cláusulas estar presentes não apenas nos contratos de adesão, mas, em qualquer contrato que envolva relação de consumo, verbal ou escrito.

## 5 CONCLUSÃO

Desse modo, chegando ao fim desta breve discussão que pretendeu abordar a legalidade dos contratos de adesão e a proteção ao consumidor frente às cláusulas abusivas, é notório perceber que a questão da perspectiva dos contratos por adesão faz jus a especial atenção do Código Civil vigente, ao estabelecer no art. 423, acaso existam na avença cláusulas dúbias, tais cláusulas precisam ser expostas contra aquele que redigiu o instrumento e em favor de quem as adquiriu.

É possível perceber que a racionalização da transmissão de bens de consumo na sociedade, sem que haja diferença entre os consumidores, admite que os empresários desenvolvam estratégias na condução de seus negócios, em função da precisão de adaptação à nova realidade da sociedade de massa.

Assim, para a fase de conclusão do contrato, os benefícios trazidos à empresa e, conseqüentemente, aos consumidores, manifestam-se, também, na fase de sua execução. Para fins de adequada gestão das relações obrigacionais, em especial as de longa duração, é necessário, ao mesmo tempo em que elas se desenvolvem por um lado as obrigações assumidas pela empresa sejam cumpridas de modo ordenado e tempestivo, e, por outro, que a mesma pontualidade e correção sejam observadas no cumprimento daquelas obrigações assumidas por uma massa de adquirentes e usuários que firmaram contratos com determinada empresa.

No entanto, não obstante as vantagens citadas, não raro, os contratos de adesão trazem em seu teor cláusulas abusivas, que lesam o consumidor, parte mais vulnerável do contrato. Evidencia-se que trata-se de uma modalidade de contrato que impõe privações a uma das partes no que concerne à real possibilidade de decidir e influenciar na determinação do conteúdo do contrato, já que em contratos de adesão identifica-se a restrição à livre autodeterminação contratual, já que não é permitido ao aderente que exerça efetivamente sua autodeterminação, no que concerne a importantes aspectos em

que deveria haver a manifestação da autonomia privada. Com efeito, observa-se notório desequilíbrio de poder de influência entre as partes sobre o conteúdo do contrato por adesão, o que faz com que os tribunais pátrios tenham por prática revisar as cláusulas abusivas com vistas a assegurar a proteção do lado mais frágil da relação consumerista.

Conclui-se, portanto, que o contrato de adesão é uma modalidade de contrato legal e de suma importância para os contratos de consumo, especialmente em tempos em que as negociações pela internet se intensificaram e que em diversas circunstâncias não é possível o contato presencial entre consumidor e fornecedor para discutir as cláusulas contratuais. No entanto, se neste contrato conter cláusulas abusivas, estas estarão fadadas à nulidade.

Logo, se determinada prática viola o dever de transparência nas informações, especialmente, por omitir dados essenciais para que o consumidor possa exercer sua opção de aderir ao produto ou de rejeitá-lo, tem-se aí como ponto crítico a ausência de verdade e de clareza da informação veiculada a eivar de vício o produto com os qualificativos da abusividade. Ademais, ofende-se o princípio da boa-fé, pois a omissão, se proposital, pode advir do fato de que se dita ou exposta de forma clara, provavelmente, o consumidor não aderiria à proposta.

## REFERÊNCIAS

ABUD, Carol de Oliveira. **Manual da boa-fé objetiva nos planos de saúde**: análise dos deveres de conduta, conceitos parcelares e direito fundamental à saúde na formação dos contratos de plano de saúde. São Paulo: Dialética, 2021.

AFONSO, Luiz. **Prática e Estratégia - Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

AZEVEDO, Álvaro V. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2004.

BENJAMIN, Antonio; MARQUES, Claudia; BESSA, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASIL. **Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 20 mai. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v.3.

FRADERA, Véra. Contrato de Distribuição. In: CARVALHOSA, Modesto. **Tratado de Direito Empresarial** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. v. 4.

GABURRI, Fernando. **Contratos**. 7. ed. Juruá Editora, 2018. p.73

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HADDAD, Luís Gustavo. Função Social do Contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos. São Paulo: Saraiva. 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José; ARAÚJO, Fabio. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

MIRAGEM, Bruno. Análise doutrinária - Capítulo 5 - Contrato de adesão. In: MARINONI, Luiz. **Precedentes jurisprudenciais**: direito contratual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. **Leis Processuais Civis Comentadas e Anotadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

## **A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA BUSCA PELO PLENO EMPREGO NA VIDA DAS MULHERES NEGRAS**

**SARA ALVES BRANCO:** Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo <sup>57</sup>

**RESUMO:** Historicamente, as mulheres negras se encontram na base da pirâmide social, sobrando para elas as piores remunerações e condições de trabalho. Esse artigo tem como objetivo analisar a vida profissional dessas mulheres à luz do princípio constitucional da busca pelo pleno emprego previsto no artigo 170, inciso VIII da Constituição Federal, que introduz o capítulo sobre a Ordem Econômica do Brasil. Nos últimos anos, dados estatísticos constataram que existe uma disparidade alarmante das condições salariais entre homens brancos e mulheres negras, mesmo que trabalhando nas mesmas condições. Entender o porquê desta discrepância é o nosso desafio. A hipótese para os dados apresentados é que a interseccionalidade de gênero e raça impacta na efetividade do princípio da busca pelo pleno emprego na vida das mulheres negras. Os conceitos norteadores deste artigo são o princípio da busca pelo pleno emprego, os instrumentos jurídicos que proíbem a discriminação no mundo do trabalho e a interseccionalidade. Para atingir o objetivo pretendido, a metodologia utilizada será pesquisa bibliográfica e documental por meio da análise do princípio da busca pelo pleno emprego e de instrumentos jurídicos nacionais e internacionais que proíbem a discriminação no âmbito do trabalho e análise quantitativa com base em dados agregados.

**PALAVRAS-CHAVE:** pleno emprego; efetividade; mulheres negras; interseccionalidade de gênero e raça; discriminação

**ABSTRACT:** Historically, black women are at the base of the social pyramid, with the worst wages and working conditions left for them. This article aims to analyze the professional life of these women in the light of the constitutional principle of the search for full employment provided for in article 170, item VIII of the Federal Constitution, which introduces the chapter on the Economic Order of Brazil. In recent years, statistical data have shown that there is an alarming disparity in salary conditions between white men and black women, even working under the same conditions. Understanding the reason for this discrepancy is our challenge. The hypothesis for the data presented is that the intersectionality of gender and race impacts on the effectiveness of the principle of seeking full employment in the lives of black women. The guiding concepts of this article are the principle of seeking full employment, the legal instruments that prohibit discrimination in the world of work and intersectionality. To achieve the intended objective, the

---

<sup>57</sup> E-mail: saraalves390@hotmail.com

methodology used will be bibliographical and documental research through the analysis of the principle of the search for full employment and of national and international legal instruments that prohibit discrimination in the scope of work and quantitative analysis based on aggregated data.

**KEYWORDS:** full employment; effectiveness; black women; intersectionality; discrimination.

## INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo analisar a vida profissional das mulheres negras à luz do princípio constitucional da busca pelo pleno emprego previsto no artigo 170, inciso VIII da Constituição Federal, um dos princípios gerais que orientam a atividade econômica do Estado Brasileiro. A análise da efetividade do princípio em voga será feita a partir da experiência das mulheres negras no mercado de trabalho do Brasil. Isso porque, apesar de elas estarem politicamente organizadas desde o início da década de 1950, com a criação do Conselho Nacional de Mulheres Negras no Rio de Janeiro e, dentro do auge das lutas feminista e antirracista do final dos anos 1970, suas reivindicações terem se expandido, culminando, em dezembro de 1988, no I Encontro Nacional de Mulheres Negras na cidade de Valença-RJ<sup>58</sup>, somente nesses últimos oito anos, as denúncias de violações de direitos humanos sofridas por elas atingiram uma visibilidade nacional. Outro marco histórico do fortalecimento político do movimento de mulheres negras foi a organização, em 2015, da "Marcha Mulheres Negras: contra o racismo, a violência e pelo bem viver", que reuniu cerca de cinquenta mil mulheres negras em Brasília. Essas mulheres também receberam o apoio de importantes ativistas internacionais, como a ex-pantera negra, intelectual e professora emérita do departamento de estudos feministas da Universidade da Califórnia, Angela Davis que, em uma de suas visitas ao Brasil, ressaltou o feminismo negro brasileiro e sua importância para as Américas.

No entanto, apesar da imensa visibilidade trazida para esta pauta, as mulheres negras seguem protagonizando os piores indicadores sociais do Brasil e convivem com graves e históricas violações de direitos humanos. Por exemplo, os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública divulgados em 2022 demonstram que 62% das vítimas de feminicídio no Brasil são negras e que, quando se analisa as vítimas de outros tipos de assassinatos violentos, esse índice passa dos 70%. Ainda, uma pesquisa realizada pela Rede de Pesquisa Solidária que tinha como objetivo examinar as mortes por COVID-19 para

---

<sup>58</sup> GONÇALVES, Renata. Trinta anos no I Encontro Nacional de Mulheres Negras: uma articulação de gênero, raça e classe, *Lutas Sociais*, São Paulo, vol.22 n.40, p.9-22, jan./jun. 2018 Disponível em: <Vista do Trinta anos do I Encontro Nacional de Mulheres Negras: uma articulação de gênero, raça e classe (pucsp.br)>. Acesso em 18.06.2022

diferentes categorias de trabalhadores, constatou que as mulheres negras foram as que mais morreram de COVID-19 do que todos os outros grupos étnicos (mulheres brancas, homens brancos e negros) na base do mercado de trabalho, independentemente da ocupação (Rede Pesquisa Solidária, 2021). Por último, elas também são as mais pobres. De acordo com a "Síntese de Indicadores Sociais: Uma análise das Condições de Vida da População Brasileira 2019", 63% das casas comandadas por mulheres negras com filhos de até 14 anos, estão abaixo da linha da pobreza, com US\$ 5,5 per capita ao dia, cerca de R\$ 420 mensais<sup>59</sup>.

Os dados acima demonstram que as mulheres negras no Brasil não possuem uma condição digna de vida, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Considerando este cenário e compreendendo que o trabalho justo e remunerado é um direito humano de extrema relevância estando previsto no artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o presente trabalho é uma tentativa de refletir sobre a efetividade do princípio da busca pelo pleno emprego como instrumento de inclusão socioeconômica e resgate da dignidade das mulheres negras.

Assim, pretende-se estudar o princípio da busca pelo pleno emprego na Ordem Econômica Brasileira e os instrumentos jurídicos que combatem a discriminação no mercado de trabalho.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica e documental<sup>60</sup> por meio da análise do princípio da busca pelo pleno emprego e sua efetividade, considerando o capitalismo como o sistema econômico escolhido pelo constituinte originário. Posteriormente, serão analisados instrumentos jurídicos nacionais e internacionais que proíbem a discriminação no âmbito do trabalho. Por último, com base em dados quantitativos agregados, será feita uma análise da situação socioeconômica das mulheres negras em relação a outros grupos étnicos.

## **1.0 PRINCÍPIO DO PLENO EMPREGO NA ORDEM ECONÔMICA E A DISCRIMINAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO FORMAL**

Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, emprego é definido como "uma maneira de prover a subsistência mediante ordenado, salário ou outra remuneração a que

---

<sup>59</sup>FERREIRA, BRUNO e MARTINS. Lola, Maria e Flávia. Artigo "Gênero e Número | No Brasil, 63% das casas chefiadas por mulheres negras estão abaixo da linha da pobreza". Disponível em [Gênero e Número | No Brasil, 63% das casas chefiadas por mulheres negras estão abaixo da linha da pobreza \(generonumero.media\)](#) <acesso em 09.10.2022>

<sup>60</sup> SEVERINO, Antônio Joaquim. METODOLOGIA DO TRABALHO CIENTÍFICO, 23 ed. rev. e atual, São Paulo, Cortez, 2007



se faz jus pelo trabalho regular em determinado serviço, ofício, função ou cargo”<sup>61</sup>. Isso significa dizer que a definição de emprego está necessariamente conectada à uma formalidade na relação com um agente econômico específico<sup>62</sup>.

### 1.1 Breve histórico do pleno emprego na perspectiva econômica

Até a crise de 1929, os economistas da época trabalhavam com teorias que supunham o pleno emprego, ou seja, a inexistência do desemprego. Esse pressuposto, porém, se descolava cada vez mais da realidade, tornando necessária a busca por novas bases teóricas que dessem conta do cenário que estava posto<sup>63</sup>.

Eric Hobsbawm traz estatísticas que permitem compreender a tônica do debate econômico do período. O desemprego em massa passou a ser visto não só como risco econômico, mas também político, por vibrar seu golpe nas bases do capitalismo. Entre os anos de 1932 e 1933, 22% da força de trabalho na Inglaterra, 27% nos Estados Unidos da América, 29% na Áustria e 44% na Alemanha, não tinham emprego.

A partir de então, a questão da busca do pleno emprego passa a ser constante nas constituições, nos programas de governo e nas promessas políticas (LIMA, 2022, p. 229)

Diante desse cenário, novos intelectuais surgiram e houve uma ressignificação do pleno emprego. Esse novo significado deve ser atribuído sobretudo a John Maynard Keynes (1883 - 1946) e sua obra *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*<sup>64</sup>. De acordo com (LIMA, 2022), a busca pelo pleno emprego ganhou uma ampliação em seu significado, englobando o pleno aproveitamento de todos os recursos produtivos. Ficando claro que esse conceito passa a ultrapassar o simples sentido de emprego como trabalho.

### 1.2 Pleno emprego e seu aspecto humano

Segundo o artigo 170 da Carta Magna, a atividade econômica exercida pelo agente econômico está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por

---

<sup>61</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, editora Nova Fronteira, 1988

<sup>62</sup> MOREIRA, Leonardo Rezek. *A Busca do Pleno Emprego*. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <[A busca do pleno emprego \(jusbrasil.com.br\)](http://A.busca.do.pleno.emprego(jusbrasil.com.br))> Acesso em: 10.05.2022.

<sup>63</sup> idem 6

<sup>64</sup> KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996

finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, isto é, as práticas econômicas devem ocorrer de tal modo que respeitem os direitos humanos de todas as pessoas dentro do território brasileiro. É seguro afirmar, portanto, que o capitalismo humanista é o modelo econômico adotado pela Carta Magna de 1988. Nesta esteira:

(...) o capitalismo constitucionalmente recepcionado na Constituição Federal deve ser interpretado não só como um sistema econômico baseado na propriedade privada dos meios de produção, na iniciativa privada e na livre concorrência, pois, para atingir os fins da ordem econômica - existência digna e justiça social - gravita nesse sistema a incidência dos direitos humanos em todas as suas dimensões. (ARRUDA JUNIOR, 2014. p. 25).

Nesse sentido, o princípio da busca pelo pleno emprego está expresso no art. 170, inciso VIII como norteador da Ordem Econômica do Brasil.

O Pleno Emprego, entendido como a condição do mercado de trabalho na qual **todo** cidadão disposto a trabalhar encontra ocupação remunerada segundo suas aspirações, qualificações e habilidades, é condição indispensável para construir uma sociedade efetivamente democrática, garantir o desenvolvimento nacional, **erradicar a pobreza e a marginalização**, e possibilitar aos que não dispõem de renda da propriedade a realização individual segundo suas potencialidades. Nesse sentido, é a contrapartida social do direito individual de propriedade, e a **proteção constitucional daqueles que nascem sem direito à herança, mas com direitos de cidadania.**" (ASSIS, 2000, p. 17) (grifos nossos)

No entanto, fatores estruturais podem ser barreiras impeditivas para que todas as pessoas realmente tenham acesso a um trabalho digno e justo, o que é o caso das mulheres negras. Elas pertencem ao maior grupo populacional do país, 28% de acordo com os dados do Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatística (IBGE, 2010) e protagonizam indicadores negativos de disparidade salarial e desemprego.

Alguns vão afirmar que essas persistentes desigualdades são somente consequências do capitalismo, que promove acúmulo de capital de alguns privilegiados em detrimento de profundas desigualdades sociais. Celso Furtado, em sua obra "O Capitalismo Global", ao relatar o processo histórico para desenvolvimento do Brasil afirma que

Naquela época, dávamos por certo que o desenvolvimento econômico e sua mola principal, a industrialização, eram condição **necessária para resolver os grandes problemas** da sociedade brasileira: **a pobreza, a concentração da renda, as desigualdades regionais**. Mas demoramos a perceber que estavam longe de ser condição suficiente. Daí que a consciência de êxito que tive na fase inicial de avanço da industrialização haja sido substituída por sentimento de frustração. Seria simplificar o problema atribuir ao golpe militar de 1964 a causa principal da mudança de sentido em nossa história, que levaria a substituir a meta do desenvolvimento (prioritariamente social) pela do **crescimento econômico, que é inerentemente criador de desigualdades e privilégios** (grifo nosso). (...) Daí que o duplo processo de **desemprego e exclusão social**, por um lado, e, por outro, de **concentração de renda** haja intensificado por todas as partes (grifos nossos) (FURTADO, 2007, p. 20)

Nesse contexto, é importante considerar o racismo<sup>65</sup> e o sexismo<sup>66</sup> como fundamentais para a manutenção do modelo econômico supra mencionado e seus impactos na experiência socioeconômica das mulheres negras.

---

<sup>65</sup> Racismo é a crença ou convicção sobre a superioridade de uma raça ou determinadas raças, sobre as demais, com base em diferentes motivações, em especial, as características físicas e outros traços do comportamento humano. Dentro do sistema racista o valor do ser humano é determinado pela sua pertinência a uma nação racial coletiva. Artigo "Mas afinal o que é o racismo?". RABELLO, Tatiana. Mas afinal, o que é o racismo?. Portal Geledés, 2014. Disponível em: < [Mas afinal o que é o racismo? – Por: Tatiana Cendron Fortes Rabello \(geledes.org.br\)](#) > Acesso em: 19.03.2023

<sup>66</sup> O sexismo, em princípio, trata-se de uma atitude discriminatória que define quais usos e costumes devem ser respeitados por cada sexo, desde o modo de vestir até o comportamento social adequado. Também contempla a ideia de que o homem é melhor e mais competente do que a mulher, uma concepção que se assemelha ao machismo, mas vai além. Ser sexista não é privilégio de homens heterossexuais, pois mulheres ou gays também podem adotar seu discurso. A sociedade, de maneira geral, é sexista e educa as crianças de forma a reproduzir modelos binários em que a tendência é de que um sexo deva ser complementar ao outro. Ter medo de que um menino "vire gay" por brincar com boneca é um pensamento sexista. Já a expressão "homens são de Marte mulheres são de Vênus" é sexista por constranger os sexos a serem de uma determinada forma tanto em relação ao seu comportamento quanto em relação ao seu caráter. Outro exemplo é colocar as mulheres sempre na condição de vítima, ideia que sinaliza uma condição eterna de submissão. Uma das consequências da cultura sexista é a homofobia e a desigualdade de poder, oportunidades e salários que homens e mulheres vivem no mundo profissional. NORONHA, Heloisa. Machismo, sexismo e misoginia: quais são as diferenças?. Universa UOL, 2021. Disponível em: < <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2018/12/03/machismo-sexismo-e-misoginia-quais-sao-as-diferencas.htm> > Acesso em: 19.03.2023

Por que, mesmo qualificadas, a maioria delas não é absorvida de forma digna pelo mercado de trabalho formal? O jurista e intelectual Silvio Almeida, em sua obra “O racismo estrutural”, ao discorrer sobre a desigualdade salarial entre pessoas negras e pessoas brancas, argumenta que a explicação mais vulgar é a de atribuir referida desigualdade ao mérito, isto é, a competência de cada trabalhador ou trabalhadora

Pode ser que exercendo a mesma função, nas mesmas condições contratuais e ainda que com jornada inferior, um trabalhador ou trabalhadora seja mais eficiente, o que justificaria um salário maior, condizente com a sua produtividade. Por este prisma, a desigualdade vista nos números tem fundamento moral e jurídico, já que o mérito, expresso na eficiência e na produtividade dos indivíduos, a naturaliza (ALMEIDA, 2019. p. 155)

O argumento fundado somente no modelo econômico e na meritocracia sem uma análise social e histórica crítica deixa lacunas e pode não ser suficiente para refletir sobre a efetividade do princípio da busca pelo pleno emprego na vida das mulheres negras. Ainda, o argumento que ressalta a diferença nos níveis de escolaridade, estando as mulheres negras aquém do exigido pelo mercado, também não merece prosperar, tendo em vista que, segundo um levantamento feito pelo Insper, com base nos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios -Pnad do IBGE - 2016 e 2018, entre os formados em universidade pública, as mulheres negras têm um salário médio de R\$ 6.370,30, enquanto os homens brancos ganham R\$ 15.055,84. No grupo de médicos que cursou medicina em instituições privadas, a remuneração é de R\$ 3.723,49 e R\$ 8.638,68, respectivamente.

Passemos, a seguir, a tratar da discriminação experienciada pelas mulheres negras.

## **2.A DISCRIMINAÇÃO DAS MULHERES NEGRAS NO MERCADO DE TRABALHO FORMAL**

A exclusão das mulheres negras no mercado de trabalho formal é histórica tendo seu início no processo de substituição do modelo econômico escravagista para o capitalista, ao mesmo tempo que ideias de cunho eugenistas pulverizavam na sociedade brasileira. De acordo com RAMATIS (2008), durante o século XIX, em particular na sua segunda metade, o Império brasileiro instituiu leis que tiveram como consequência a marginalização do negro no mercado de trabalho.

O impedimento da inserção do negro liberto na nova estrutura social pós-escravista ocorreu em variados setores, fez-se notar de maneira mais intensa no mercado de trabalho assalariado. (...) Esse pensamento, a partir do final da década de 1860, teve o darwinismo social como pano de fundo na busca de respostas a dilemas

colocados para aquela sociedade em transformação. (...) O grande problema, da época, era o que fazer com os negros que vinham sendo libertados, onde alocá-los e como substituí-los na produção (RAMATS, 2008, p 39 - 40)

Tentando “modernizar” o País decidiu-se importar europeus para substituir o ex-escravo, inadaptado ao trabalho livre, segundo as concepções vigentes. A legislação que paulatinamente desconstruiu a instituição escravista, em associação ao êxodo de imigrantes europeus, promovido e organizado pelas elites, tinha por base o ideal de construção de uma nação “moderna”, compreendida como mais próxima das características de um país europeu e distante de tudo que para as elites significava a América e a África. (RAMATIS, 2008. p. 42)

Desde então, sobrou para a população negra recorrer aos trabalhos informais para prover o próprio sustento e ainda, quase um século e meio depois, o racismo estrutural mantém a população negra majoritariamente excluída do mercado de trabalho formal.

No plano econômico, a discriminação atua diferenciando, entre os grupos étnico-raciais, as probabilidades de acesso aos ativos econômicos e mecanismos favorecedores à mobilidade social ascendente: empregos, crédito, propriedades, terra, educação formal, acesso às universidades, qualificação profissional, treinamentos no emprego (job-training). (PAIXÃO, 2011. p. 21)

Segundo ALMEIDA (2019), Pedro Chadarevian, ao tratar do processo de acumulação de capitais, faz uma síntese de que os diversos autores da teoria econômica do racismo entendem como mecanismo de discriminação racial. São eles: a divisão racial do trabalho; o desemprego desigual entre os grupos raciais; o diferencial de salários entre trabalhadores negros e brancos; e a reprodução - física e intelectual - precária da força de trabalho negra.

As mulheres negras sofrem com a discriminação múltipla motivada pelo gênero e pela raça, essa interseccionalidade é fundamental para se compreender os desafios impostos às mulheres negras em sua luta por reconhecimento e, ao mesmo tempo, por um tratamento igualitário no mercado de trabalho.

Intersectionality is a way of understanding and analyzing the complexity in the world, in people, and human experiences. The events and conditions of social and political life and the self can

seldom be understood as shaped by one factor. They are generally shaped by many factors in diverse and mutually influencing ways. When it comes to social inequality, people's lives and the organization of power in a given society are better understood as being shaped **not** by a **single** axis of social division, be it race or gender or class, but by many axes that work together and influence each other. Intersectionality as an analytic tool gives people better access to the complexity of the world and of themselves (COLLINS e BILGE, 2018, p.24)

Conforme já mencionamos anteriormente, apesar de o movimento de mulheres negras ser politicamente organizado há décadas, demorou muito tempo para que fossem produzidos estudos oficiais que dessem conta de analisar especificamente as condições das trabalhadoras negras. De acordo com BENTO (2011), um dos primeiros estudos feitos nesse sentido foi a publicação o Lugar do Negro na Força de Trabalho em que os autores apontam como principais características da situação da trabalhadora negra: a remuneração extremamente baixa quando comparada a outros grupos e a concentração em determinados setores do mercado e em certas atividades cujos salários e condições de trabalho são inferiores. Ainda de acordo com BENTO (2011), posteriormente, estudos sobre a realidade das mulheres negras no mundo do trabalho foram produzidos na década de 90 e atestaram que este é o segmento que ingressa no mercado de trabalho mais precocemente e o que permanece nele por mais tempo e, também, o segmento que mais investe na escolarização e o que menos retorno tem do aumento de sua qualificação e o que sofre as mais altas taxas de desemprego.

Desde 2015, a quantidade de dados produzidos que dão conta de considerar a interseccionalidade de gênero e raça teve uma aumento considerável, em decorrência da forte mobilização do movimento de mulheres negras. Uma das principais pautas é, sem dúvidas, o acesso digno a oportunidades decentes de emprego. Isso porque, de um modo geral, as mulheres ganham menos do que os homens, devido aos fatores históricos de discriminação de gênero. Um estudo da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre a importância da legislação de transparência salarial apontou que, mundialmente, as mulheres ganham salários 20% menores em média do que os homens<sup>67</sup>.

Ao olharmos especificamente para as mulheres negras no Brasil, um dos países mais desiguais do mundo, os dados são alarmantes. Por exemplo, no contexto pós pandemia, uma pesquisa feita pela Fundação Getúlio Vargas, em 2022, utilizando como base dados do IBGE, constatou que quando se trata de vagas com carteira assinada, geralmente as

---

<sup>67</sup> Relatório da OIT aponta que mulheres recebem 20% menos do que homens. Nações Unidas Brasil, 2021. Disponível em: <[Relatório da OIT aponta que mulheres recebem 20% menos do que homens | As Nações Unidas no Brasil](#)>. Acesso em 19.03.2023

mulheres negras não são as contratadas, sobrando para elas a informalidade. Segundo o levantamento realizado, 43% das mulheres pretas e pardas ocupam postos de trabalho informais, uma taxa superior à média nacional. Esse tipo de relação de trabalho faz com que elas acabem ganhando menos<sup>68</sup>.

Outro pesquisa realizada pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico, Inovação e Simplificação do Rio de Janeiro, em 2021, mostrou que a pandemia do COVID-19 reduziu ainda mais a força de trabalho feminina e negra no município. O estudo aponta que a taxa de negras no mercado de trabalho caiu nove pontos percentuais no primeiro trimestre do ano em comparação ao mesmo período do ano passado, de 56% para 47%<sup>69</sup>.

Um estudo apresentado pelo Dieese - Departamento Intersindical Estatística Estudos com base em dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PnadC), do IBGE, revelou que as mulheres trabalhadoras negras foram as mais prejudicadas pela pandemia no mercado de trabalho brasileiro<sup>70</sup>. Segundo os dados, o número de desempregadas negras deu um salto: passou de 4,4 milhões em 2019 para 7,3 milhões em 2021<sup>71</sup>.

Quanto às disparidades salariais, independentemente do nível de escolaridade:

(...) pretos e pardos continuam recebendo bem menos que os brancos no Brasil. Em 2018, o rendimento médio mensal das pessoas ocupadas brancas (2.796 reais) foi 73,9% superior ao das pretas ou pardas (1.608 reais). Os brancos com nível superior completo ganhavam por hora 45% a mais do que os pretos ou pardos com o mesmo nível de instrução. (MENDONÇA, 2019)

---

<sup>68</sup>Cai participação de mulheres negras no mercado de trabalho em relação ao período pré-pandemia. Portal G1, 2022. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2022/07/25/cai-participacao-de-mulheres-negras-no-mercado-de-trabalho-em-relacao-ao-periodo-pre-pandemia.ghtml>> Acesso em: 05.10.2022

<sup>69</sup> JANONE, Lucas. Mulheres negras perdem vagas de trabalho durante pandemia, aponta estudo. CNN Brasil, 2021. Disponível em: <[Mulheres negras perdem vagas de trabalho durante pandemia, aponta estudo | CNN Brasil](#)>. Acesso em: 19.03.2023

<sup>70</sup> ILHA, Flávia. Mais de 1,2 milhão de mulheres negras perderam o emprego na pandemia. Portal Extra Classe, 2022. Disponível em: <[Mais de 1,2 milhão de mulheres negras perderam o emprego na pandemia - Extra Classe](#)>. Acesso em 19.03.2023

<sup>71</sup> idem 15

E ainda, quando trazemos o recorte de gênero e raça, o mesmo estudo apontou que as mulheres negras recebem, em média, menos da metade dos salários dos homens brancos (44,4%).

### **3.LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E NACIONAL SOBRE DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO**

O Direito Internacional e o Direito Brasileiro possuem instrumentos jurídicos que visam erradicar a discriminação no acesso ao trabalho digno.

#### **3.1 Âmbito Internacional**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, acolhida pelo Brasil, determinou que:

Artigo 23° 1.Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à protecção contra o desemprego. 2.Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3.Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social.

Note que, segundo a Declaração, não basta o Estado e a iniciativa privada possibilitarem oportunidade de emprego para todas as pessoas, é necessário que sejam em condições decentes com uma remuneração justa coerente com a atividade laboral exercida e livre de qualquer discriminação que possa resultar em desigualdade salarial.

A Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho trata da Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, ratificada pelo Brasil, em seu artigo 2° prevê que:

Qualquer membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Convenção 111: Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. Organização Internacional do Trabalho (OIT). Disponível em: <[C111 - Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação \(ilo.org\)](http://C111 - Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ilo.org))> Acesso em 19.03.2023



O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) promove a igualdade em seu art. 2º, em tudo semelhante ao art. 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, consagrando que os Estados têm a obrigação de assegurar os direitos previstos neste pacto, sem qualquer distinção que derive, nomeadamente, da raça (MACHADO, 2022).

A Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, conceitua a discriminação racial como:

Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objetivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

A Declaração e Programa de Ação de Durban incentiva a Organização Internacional do Trabalho a desenvolver e organizar atividades e programas de combate ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata no mundo do trabalho e a apoiar as ações dos Estados, organizações patronais e sindicais neste campo (DURBAN, 2001)

A Declaração de Pequim e Plataforma de Ação de 1995, o documento mais importante no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos das mulheres, em seu preâmbulo assegura a necessidade de:

Intensificar os esforços para garantir o exercício, em igualdade de condições, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as mulheres e meninas que enfrentam **múltiplas** barreiras para seu fortalecimento e avanços, em virtude de fatores como raça, idade, língua, origem étnica, cultura, religião, incapacidade/deficiência, ou por integrar comunidades indígenas<sup>73</sup> (grifo nosso)

### 3.2 Âmbito Nacional

---

<sup>73</sup>Tratado Internacional - Declaração de Pequim: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz. Biblioteca Virtual da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Disponível em: < [Tratado Internacional - Declaração de Pequim: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz \(pge.sp.gov.br\)](http://www.pge.sp.gov.br)>. Acesso em: 30. 06. 2022

No âmbito do direito interno, cabe destacar algumas leis que vedam e criminalizam a discriminação racial. A Lei 7.716/ 89, popularmente conhecida como Lei Caó<sup>74</sup>, define como crime o ato de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Ela também regulamentou o trecho da Constituição Federal que torna inafiançável e imprescritível o crime de racismo, após dizer que todos são iguais sem discriminação de qualquer natureza.<sup>75</sup>

A Lei 12. 288 de 2010 que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, em seu artigo 1º afirma que o Estatuto tem o objetivo de garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Ainda inciso III do mesmo artigo, inova ao definir a discriminação de gênero e raça como sendo assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais.<sup>76</sup>

A mesma legislação, determina em seu artigo 39º que o poder público deverá promover ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por todo exposto, consideramos que a efetividade do princípio da busca do pleno emprego para as mulheres negras passa necessariamente por medidas de promoção dos direitos humanos dessas mulheres, especificamente. Os dados analisados trouxeram a importante reflexão de que as décadas de luta por reconhecimento finalmente trouxeram visibilidade do recorte de raça e gênero para debate público, e a constatação de que as trabalhadoras negras são a maioria nos piores indicadores sociais no que diz respeito ao acesso ao pleno emprego.

Ao contrário do que o pensamento tradicional apresenta, o capitalismo por si só não é o causador da precariedade em que essas mulheres vivem, fatores estruturais como é o caso da discriminação racial e de gênero, ou, conforme nossa hipótese, a

<sup>74</sup> Homenagem ao autor da lei o então Deputado Federal Carlos Alberto de Oliveira

<sup>75</sup> COSTA, Flávia. Lei nº 7.716/89 - Lei CAÓ, 25 anos no Combate ao Racismo. Publicado em 12.01.2014. Disponível em: [https://www.geledes.org.br/lei-7-71689-lei-cao-25-anos-combate-ao-racismo/?gclid=Cj0KCQjw1vSZBhDuARIsAKZlijTdRygarsqTVp8USmp7dSOhBTINsjoGJP3VSwjPa-VCqI86eR1bf9gaApknEALw\\_wcB](https://www.geledes.org.br/lei-7-71689-lei-cao-25-anos-combate-ao-racismo/?gclid=Cj0KCQjw1vSZBhDuARIsAKZlijTdRygarsqTVp8USmp7dSOhBTINsjoGJP3VSwjPa-VCqI86eR1bf9gaApknEALw_wcB) <Acesso em 06.10.2022>

<sup>76</sup> Lei nº 12.288, de 20 de Julho de 2010. Disponível em: <[L12288 \(planalto.gov.br\)](http://L12288.planalto.gov.br)> Acesso em: 19.03.2023

interseccionalidade de gênero e raça são determinantes para a configuração desta realidade.

Para que o emprego seja pleno e assegure os direitos individuais das trabalhadoras negras, além de uma remuneração justa, é preciso que as altas taxas de desemprego e a hiper representação delas na informalidade sejam revertidas através da implementação de políticas públicas e iniciativas do setor privado com o incentivo do Estado. Enfrentar esses dois vetores sociais é fundamental para romper com o ciclo de pobreza que assola os lares das milhares de famílias negras no Brasil.

A inclusão digna das trabalhadoras negras no mercado de trabalho formal é fundamental para a construção de uma sociedade justa e igualitária para todos os cidadãos. Só aí poderemos afirmar que, no Brasil, há efetividade do princípio da busca do pleno emprego.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. Racismo Estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro: Pólen, p. 155, 2019.

ARRUDA JUNIOR, Antonio Carlos Matteis De. Capitalismo Humanista & Socialismo. O Direito Econômico e o Respeito aos Direitos Humanos. Curitiba: Jurua, p. 06, 2014

ASSIS, J. Carlos De. A Quarta Via. A promoção do Pleno Emprego como Imperativo da Cidadania Ampliada, Editora Texto Novo, p. 17, 2000.

BENTO, Cida. A mulher negra no mercado de trabalho. Portal Geledés, 2011. Disponível em: <[Cida Bento – A mulher negra no mercado de trabalho \(geledés.org.br\)](http://CidaBento-Amulhernegraonomeercadode-trabalho(geledés.org.br))>. Acesso em 05.10.2022

Cai participação de mulheres negras no mercado de trabalho em relação ao período pré-pandemia. Portal G1, 2022. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2022/07/25/cai-participacao-de-mulheres-negras-no-mercado-de-trabalho-em-relacao-ao-periodo-pre-pandemia.ghtml>> Acesso em: 05.10.2022

CHAGAS, Rodrigo. Em São Paulo, Angela Davis pede valorização de feministas. Brasil de Fato, 2019. Disponível em <[Em São Paulo, Angela Davis pede valorização de feministas | Política \(brasildefato.com.br\)](http://EmSaoPaulo,AngelaDavispedevalorizacaodefeministas|Politica(brasildefato.com.br))> Acesso em 10.05.2022

COLLINS e BILGE, Patricia Hills e Sirma. Intersectionality. Polity Press; p. 25. 2nd ed. 2016

Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Organização dos Estados Americanos, 2001. Disponível em: <[Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas d \(oas.org\)](#)>. Acesso em 05.10.2022.

Convenção 111: Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. Organização Internacional do Trabalho (OIT). Disponível em: <[C111 - Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação \(ilo.org\)](#)> Acesso em 19.03.2023

COSTA, Flávia. Lei nº 7.716/89 – Lei CAÓ, 25 anos no Combate ao Racismo. Portal Geledés, 2014. Disponível em: <[https://www.geledes.org.br/lei-7-71689-lei-cao-25-anos-combate-ao-racismo/?gclid=Cj0KCQjw1vSZBhDuARIsAKZlijTdRygarsqTVp8USmp7dSOhBTINsjoGJP3VSwjPa-VCqI86eR1bf9gaApknEALw\\_wcB](https://www.geledes.org.br/lei-7-71689-lei-cao-25-anos-combate-ao-racismo/?gclid=Cj0KCQjw1vSZBhDuARIsAKZlijTdRygarsqTVp8USmp7dSOhBTINsjoGJP3VSwjPa-VCqI86eR1bf9gaApknEALw_wcB)> Acesso em: 06.10.2022

Declaração Universal de Direitos Humanos. Portal Geledés, 2008. Disponível em: <[Declaração dos Direitos Humanos – 60 anos \(geledes.org.br\)](#)>. Acesso em: 05.10.2022

Declaração e Plano de Ação de Durban. UNFPA, 2001. Disponível em: <[declaração e plano de ação Completo \(unfpa.org.br\)](#)> Acesso em: 19/03/2023

FERREIRA, BRUNO e MARTINS. Lola, Maria e Flávia. Gênero e Número | No Brasil, 63% das casas chefiadas por mulheres negras estão abaixo da linha da pobreza. Disponível em: <[Gênero e Número | No Brasil, 63% das casas chefiadas por mulheres negras estão abaixo da linha da pobreza \(generonumero.media\)](#)>. Acesso em 06.10.2022

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa, Rio de Janeiro, editora Nova Fronteira, 1988

FURTADO, Celso. O Capitalismo Global. São Paulo. Paz e Terra, p. 20. 2007

GONÇALVES, Renata. Trinta anos no I Encontro Nacional de Mulheres Negras: uma articulação de gênero, raça e classe, Lutas Sociais, São Paulo, vol.22 n.40, p.9-22, jan./jun. 2018 Disponível em: <[Vista do Trinta anos do I Encontro Nacional de Mulheres Negras: uma articulação de gênero, raça e classe \(pucsp.br\)](#)>. Acesso em 18.06.2022

ILHA, Flávia. Mais de 1,2 milhão de mulheres negras perderam o emprego na pandemia. Portal Extra Classe, 2022. Disponível em: <[Mais de 1,2 milhão de mulheres negras perderam o emprego na pandemia - Extra Classe](#)>. Acesso em 19.03.2023

JANONE, Lucas. Mulheres negras perdem vagas de trabalho durante pandemia, aponta estudo. CNN Brasil, 2021. Disponível em: <[Mulheres negras perdem vagas de trabalho durante pandemia, aponta estudo | CNN Brasil](#)>. Acesso em: 19.03.2023

KEYNES, John Maynard. A teoria geral do emprego, do juro e da moeda. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996

Lei nº 12.288, de 20 de Julho de 2010. Disponível em: <L12288 (planalto.gov.br)> Acesso em: 19.03.2023

LIMA, Ricardo Alves de. Artigo: A Busca do Pleno Emprego como um princípio da Ordem Econômica: Entre o Ser e o Dever Ser. Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito. Edição Digital. Porto Alegre. v 17. n 1 p 225 - 238. jan. ago 2022. Disponível em: <[A Busca do Pleno Emprego como Princípio da Ordem Econômica | Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS](#)> Acesso em: 06. 10. 2022.

MACHADO, Susana Souza. Proibição de discriminação em razão da raça e da origem étnica no contexto europeu, em especial na relação laboral. Revista Direito GV, v.18, n 2. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/86131/81145>> Acesso em: 05.10.2022

MENDONÇA, HELOISA. Mulheres negras recebem menos da metade do salário dos homens brancos no Brasil. El País, 2019. Disponível em < [Dia da Consciência Negra: Mulheres negras recebem menos da metade do salário dos homens brancos no Brasil | EL PAÍS Brasil \(elpais.com\)](#)> Acesso em: 19/03/2023

MOREIRA, Leonardo Rezeck. A Busca do Pleno Emprego. Jusbrasil, 2014. Disponível em <[A busca do pleno emprego \(jusbrasil.com.br\)](#)>. Acesso em 06.10.2022

NORONHA, Heloisa. Machismo, sexismo e misoginia: quais são as diferenças?. Universa UOL, 2021. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2018/12/03/machismo-sexismo-e-misoginia-quais-sao-as-diferencas.htm>> Acesso em: 19.03.2023

RABELLO, Tatiana. Mas afinal, o que é o racismo?. Portal Geledés, 2014. Disponível em: <[Mas afinal o que é o racismo? – Por: Tatiana Cendron Fortes Rabello \(geledes.org.br\)](#)> Acesso em: 19.03.2023

Relatório da OIT aponta que mulheres recebem 20% menos do que homens. Nações Unidas Brasil, 2022. Disponível em <[Relatório da OIT aponta que mulheres recebem 20% menos do que homens | As Nações Unidas no Brasil](#)>. Acesso em: 06.10.2022

PAIXÃO, Marcelo. Relatório anual das desigualdades raciais no Brasil: 2009 - 2010. Rio de Janeiro: Garamond, p. 21, Laeser, IUPERJ

RAMATIS, Jacino. O Branqueamento do Trabalho. São Paulo: Nefertili Editora Ltda, p. 40 – 42. 2008.

Na mesma profissão, homem branco chega a ganhar mais que o dobro que a mulher negra. Portal G1, 2020. Disponível em: <[Na mesma profissão, homem branco chega a ganhar mais que o dobro que mulher negra, diz estudo | Concursos e Emprego | G1 \(globo.com\)](#)>. Acesso em: 06.10.2022.

DINO. Mulheres negras são as principais vítimas de feminicídio no país. Valor Econômico, 2022. Disponível em: <<https://valor.globo.com/patrocinado/dino/noticia/2022/07/20/mulheres-negras-sao-as-principais-vitimas-de-femicidio-no-pais.ghtml>> Acesso em: 10.05.2022

No Brasil, mulheres negras morrem mais de covid que qualquer outro grupo na base do mercado de trabalho. Jornal da USP, 2021. Disponível em: < [No Brasil, mulheres negras morrem mais de covid que qualquer grupo na base do mercado de trabalho – Jornal da USP](#)>. Acesso em: 09.05.2022.

Tratado Internacional - Declaração de Pequim: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz. Biblioteca Virtual da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Disponível em: < [Tratado Internacional - Declaração de Pequim: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz \(pge.sp.gov.br\)](#)>. Acesso em: 30. 06. 2022

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do Trabalho Científico. São Paulo, 23 ed. rev. e atual, p. 122, Cortez, 2007

## NEGATÓRIA DE PATERNIDADE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PAI REGISTRAL

**KETHLEY RODRIGUES DE MORAES,**  
Instituto Goiano de Direito (IGD) – Curso  
de Pós-Graduação em Direito Civil e  
Processo Civil – Goiânia/GO.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo principal o estudo da família e seus efeitos, com o foco na paternidade e sua responsabilização jurídica; investigando através de uma abordagem qualitativa e metodologia explicativa, como a legislação pátria respalda ou não a responsabilidade afetiva, social e alimentar do pai, mesmo diante do laudo de DNA negativo. Analisar a possibilidade de retificação/anulação do registro da criança para retirada do nome do pai registral e avós paternos, mediante a ação de negatória de paternidade, resguardando o direito da criança em casos de laços afetivos já constituídos. Tem também como objetivo estudar a possibilidade de reparação civil nos casos de falsa imputação de paternidade por parte da genitora. O presente artigo foi elaborado por meio de pesquisas doutrinárias, bibliográficas, documentais e jurisprudenciais.

**Palavras-chave:** Paternidade; Negatória de paternidade; Família; Imputação de paternidade.

### 1. INTRODUÇÃO

A manutenção de vínculos afetivos sempre existiu. Nas palavras de Maria Berenice a manutenção de vínculos afetivos não é prerrogativa exclusiva dos seres humanos, mas, entre os seres vivos de algum modo, expressando o receio de solidão.

A definição família sofreu diversas alterações em decorrência dos anos, o que também é objeto de estudo no presente artigo, podendo se dizer, então que família é um agrupamento não formal, espontânea na sociedade, sendo onde o indivíduo se mantém de forma espontânea, podendo demonstrar e integrar sentimentos, valores, direitos, obrigações, projetando assim seu projeto individual de "felicidade".

A legislação brasileira presta uma proteção ampla à família, resguardando direito e obrigações entre os seus membros, para que a garantia dos direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal não venham ser feridos.

Acontece que com a evolução do conceito família para famílias, passou-se a haver divergência de pensamentos, surgindo assim conflitos, um deles, o qual será objeto do presente estudo é a relação de parentesco biológico ou socioafetivo entre filhos e pais, mais precisamente o pai.

O tema em estudo se objetiva a análise da paternidade, sua classificação, definição e até onde o ordenamento jurídico preserva o fator genético/biológico em razão da paternidade constituída por vínculos afetivos.

Levando em consideração a importância do tema em comento, buscarei mostrar quais são as responsabilidades inerentes à paternidade mesmo em decorrência da ausência de paternidade biológica comprovada através de perícias laboratoriais, bem como demonstrar a possibilidade do pai registral do infante negar/contestar a paternidade a ele imputada ou por ele reconhecida de forma espontânea, por último demonstrar a responsabilidade da genitora em face da falsa imputação de paternidade ou do induzimento ao erro e coação para realização do registro.

Por fim, a análise do tema possui um aspecto social muito importante, deve-se, portanto, realizar a análise sob a ótica moral, mesmo o Estado tutelando tal assunto.

## **2. FAMÍLIA E SUA DEFINIÇÃO LEGAL CONTEMPORÂNEA**

A antiga e superada definição de família advinda do século passado, regulamentava que família era constituída unicamente pelo matrimônio entre homem e mulher, pregava uma visão discriminatória e limitada, onde havia uma hierarquia entre os membros da família em relação aos direitos e obrigações, seguindo um modelo patriarcal, onde o pai tinha o papel central, tendo ao lado uma esposa a qual era cercada de filhos, inclusive os filhos havidos fora da união matrimonial eram tratados como ilegítimos e tinham seus direitos reduzidos a fim de preservar a relação matrimonial e os interesses dos filhos advindos de tal relação, a visão de família seguia uma forma hierárquica, no entanto, passou por diversas modificações com o avanço do tempo.

Com as mudanças sociais e surgimentos de novos vínculos, o direito de família passou por diversas alterações legislativas, devolvendo a capacidade plena às mulheres casadas; instituindo o divórcio, acabando com a ideia de perpetuidade da relação matrimonial; instaurando a igualdade entre homem e mulher em suas relações, passando a igualar os deveres e direitos dos membros da entidade familiar; consagrando a igualdade dos filhos havidos ou não da relação matrimonial ou pelo instituto da adoção; garantindo a possibilidade do instituto da união estável e o comparando com o casamento.

A Constituição de 1988 em seu Capítulo VII trata da família e traz em seu artigo 226 os institutos que originam a família, são eles: O casamento civil, a união estável e a família monoparental, entendendo esta última à entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes. A constituição estabelece que o casamento e a união estável devam ser constituídos entre homens e mulheres, imposição já superada pelos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais dos tribunais superiores.



O entendimento doutrinário e jurisprudencial é de que o rol de família elencado da Constituição é meramente exemplificativo, admitindo-se assim, outras manifestações de família.

Flávio Tartuce, em sua doutrina traz definições de ampliação do conceito constitucional de família, são elas: Família anaparental, onde se entende que seja família aquelas cujo haja a inexistência de pais (ex: duas irmãs residindo no mesmo imóvel, formando, assim, uma família); Família homoafetiva, aquela constituída por pessoas do mesmo sexo, tendo seu reconhecimento como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal, possuindo comparação legal à união estável; por último a Família mosaica ou pluriparental, aquela que advém de vários casamentos, uniões estáveis ou mesmo simples relacionamentos afetivos entre os membros da família.

Junto com o entendimento de que a norma Constitucional que regulamenta o direito de família é meramente exemplificativa, atualmente passamos a ter a existência de várias modalidades de família, sendo algumas delas:

**Família matrimonial:** instituída pelo casamento/matrimônio, união a qual sempre teve previsão e proteção legal expressa;

**Família Informal:** entidade familiar constituída pela união estável, instituto regulamentado pela legislação infraconstitucional, a qual se assemelha ao modelo oficial do casamento;

**Família homoafetiva:** modelo de entidade familiar constituída por pessoas do mesmo sexo, reconhecida inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal como união estável, posteriormente a justiça admitiu a conversão da união estável homoafetiva em casamento. Atualmente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que o casamento homoafetivo pode ser habilitado de forma direta junto aos Cartórios de Registro Cíveis;

**Família paralela ou simultânea:** Possibilidade de cumulação simultânea de entidades familiar, onde o indivíduo se mantém em duas relações, ambas consideradas família. Ex: um indivíduo casado que possui união estável com outra pessoa;

**Família monoparental:** família composta por apenas um dos pais e seus descendentes, recebendo a denominação doutrinária de monoparental, como forma de ressaltar a presença de apenas um dos pais no exercício principal do vínculo familiar.

**Família parental ou anaparental:** modalidade de família que não considera apenas a verticalidade dos vínculos parentais, onde se considera família a convivência entre

peças, ainda que não parentes. Ex: duas irmãs que convivem juntas, como unidade familiar, sem pais.

**Família pluriparental ou mosaica:** trata-se de famílias com sucessivas recomposições. Ex: a figura do padrasto em caso de divórcio seguida de nova união.

**Família extensa ou ampliada:** traz a ideia de que não apenas o vínculo biológico seria capaz de concretizar uma entidade familiar. A Lei nº 12.010/09 conceitua família ampliada como sendo aquela que vai além da relação entre pais e filhos, podendo ser formada por parentes próximos que mantêm vínculos de afetividade com a criança e/ou adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 25, parágrafo único, traz o conceito de família ampliada ou extensa:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário é de que o rol de família elencado da Constituição é meramente exemplificativo, admitindo-se assim, outras manifestações de família, não se limitando a estas modalidades acima descritas.

### **3.FILIAÇÃO E PATERNIDADE**

As relações de paternidade e filiação passaram por diversas mudanças decorrentes das alterações no conceito de família, acima exploradas. Os pais atualmente não possuem mais poderes absolutos em relação aos filhos, atualmente as crianças e adolescentes são consideradas titulares de direitos, quais sejam: guarda, alimentos, afeto, proteção, educação, nome, entre outros direitos reservados a manutenção da personalidade.

Apesar da Constituição Federal de 1988 trazer a igualdade entre os filhos havidos dentro ou não do casamento e garantir que não possa haver tratamento desigual a obrigação de amparo e cuidado entre os filhos, no Código Civil há ainda a separação de seu tratamento nos capítulos "Da Filiação", onde trata dos filhos havidos na constância do matrimônio (Artigos 1.596 a 1.606) ; e "Do Reconhecimento dos Filhos", tratando dos filhos havidos fora do casamento (Artigos 1.607 a 6.617). Embora haja essa separação, não podemos falar em distinção de filhos, filho é filho!

Atualmente o conceito de paternidade e filiação não se restringe a paternidade biológica, admitindo-se assim, a paternidade e parentalidade socioafetiva, podendo em alguns casos haver a coincidência de ambas, se tratando de um ato relacional, estabelecendo direitos e deveres recíprocos entre pais e filhos.

O desenvolvimento de técnicas modernas para a reprodução vem permitindo que a concepção não dependa apenas do contato íntimo sexual, deixando assim, a filiação de ser definida somente pelo caráter genético, deixando de ser critério indispensável a correspondência de vínculo consanguíneo entre os pais e filhos.

Podemos dizer que a filiação passou a ter duas principais origens: Biológica e Afetiva, ampliando-se assim o conceito de paternidade.

Segundo Maria Berenice Dias:

Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não. Em outras palavras, a paternidade socioafetiva é **gênero** do qual são **espécies** a paternidade biológica e a paternidade não biológica. (*apud* Paulo Lôbo, Paternidade socioafetiva...,795).

A paternidade biológica é comprovável por meio de exame laboratorial, onde se tem quase uma certeza absoluta do liame biológico entre os envolvidos. Sob outra ótica, há também, o estado de filiação decorrente da criação de laços afetivos e de convivência, constituindo fundamento plausível e consistente para a atribuição de paternidade e/ou maternidade.

A paternidade socioafetiva não exclui o direito do filho em conhecer sua origem genética, sendo esse direito individual e personalíssimo, podendo posteriormente ser proposta ação de investigação de paternidade por parte do filho para que tenha conhecimento de sua origem biológica, sem prejuízo da paternidade afetiva constituída anteriormente.

A prova da paternidade se dá através do Registro Civil da criança (certidão de nascimento (o que faz presumir a paternidade)) constando, portanto, o nome do pai, mas, há casos em que a paternidade é presumida pela legislação brasileira.

Antigamente a presunção de paternidade ao qual constava a certidão de nascimento era considerada absoluta, não admitindo prova em contrário, podendo ser questionada apenas pelo filho e/ou seu verdadeiro pai. O atual entendimento é que o registro de paternidade é irrevogável, não sendo objeto de reivindicação, exceto nos casos

onde se comprovar erro ou falsidade no registro, passando assim, ser questionável a paternidade.

O exemplo da possibilidade de se questionar a paternidade pode ser visualizado no seguinte exemplo: um homem e uma mulher casados tem um filho, o qual é registrado por ambos, mesmo o marido tendo ciência de que o filho não é biologicamente dele, a presunção de paternidade efetuada pelo registro civil prevalecerá neste caso, tendo em vista a importância da filiação socioafetiva. Neste caso também não será admitido alegação de erro ou falsidade do registro, sendo evidente que o filho e o verdadeiro pai poderão questionar a paternidade. (FIUZA, César, 2014).

Diferente do exemplo acima ocorre nos casos em que o esposo/companheiro registra a criança, sob a imputação de paternidade a ele imposta, por parte da genitora, realizando o registro da criança em seu nome por acreditar ser o verdadeiro pai. Caso seja constatado posteriormente a não paternidade biológica, poderá o pai registral, desde que inexistir relação socioafetiva, questionar a paternidade em uma ação denominada negatória de paternidade ou contestação da paternidade como denominam alguns autores.

A infidelidade quando confessada pela esposa/companheira ou contra ela provada, por si só, não pressupõe prova cabal para declaração ou decretação de não paternidade, visto que a filiação biológica poderá independentemente da infidelidade da esposa/companheira ser do marido/companheiro.

### **3.1 Paternidade Biológica**

Quando se fala de filiação, é inevitável a correlação entre a referência biológica e genética entre pais e filhos, cujo ocorre pelo vínculo de consanguinidade. Ocorre que com a modernização do conceito de família passou-se a reconhecer a afetividade, estabelecendo-se assim, uma diferenciação entre pai e genitor. O entendimento doutrinário é de que pai é aquela pessoa que cria, da atenção, afeto e amor à criança e adolescente, enquanto genitor é a pessoa que o gera biologicamente falando, podendo em alguns casos haver a cumulação de pai e genitor em uma só pessoa.

Em síntese, há tendência em se atribuir maior importância à paternidade socioafetiva, mas, a depender do caso em concreto, poderá prevalecer a paternidade biológica, tratando-se de matéria relativa.

### **3.2 Paternidade Registral**

O Código Civil em seu Artigo 1.063 traz a ideia de que o registro de nascimento constitui a paternidade registral, a qual goza de presunção de veracidade tornando-a incontestável (Artigo 1.604, CC), salvo nos casos de erro e falsidade.

Há, no entanto, outras formas de paternidade voluntária: a escritura pública, o escrito particular, o testamento, a declaração manifestadas perante o juiz, ambas comprovam a filiação (DIAS, Maria Berenice, 2013, p. 373).

Atualmente o valor da paternidade socioafetiva se sobrepõe ao valor da paternidade registral, porém, esta segunda ainda é utilizada para determinar direitos e deveres inerentes à paternidade como o dever de alimentar, dar assistência, orientam os direitos sucessórios e ainda regulamenta a relação entre descendentes e ascendentes em suas responsabilidades e atos jurídicos.

Os casos em que se realizam a “adoção à brasileira” (ato de registrar filho como próprio), por si só não gera configuração de erro ou falsidade de registro, pois, não cabe alegação de erro se o registro foi assumido de modo livre e voluntário.

### **3.3 Paternidade Socioafetiva**

A paternidade socioafetiva tem seu respaldo legal no Artigo 1.593, do Código Civil/2002 que prescreve: “o parentesco é natural ou civil, conforme de consanguinidade ou outra origem”. A possibilidade da paternidade socioafetiva inexistia no Código anterior.

Paternidade Afetiva entende-se pela conduta aderida entre pai e filho perante a sociedade. A constância comportamental e demonstrativa de afeto entre pais e filhos, prevalece esta, atribuindo efeito secundário à paternidade biológica; basta lembrar-nos do exemplo acima citado, onde o pai registral descobre que não é pai biológico, porém, não se pode questionar erro ou falsidade caso haja concretizado entre ele e a criança/adolescente vínculos afetivos consideráveis, capazes de trazer sofrimento e prejudicar o desenvolvimento da criança/adolescente caso seja declarada a não paternidade em virtude da descoberta de inexistência de vínculo genético.

## **4. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE E SEU TRATAMENTO LEGAL**

Como visto anteriormente, após o registro de nascimento presume-se inquestionável a paternidade. Há exceção nos casos em que o pai registral descobre a não paternidade após o registro da criança, onde se acreditava ser o verdadeiro pai biológico por induzimento ao erro ou coação por parte da genitora ao imputar a este a paternidade do infante.

A ação de negatória de paternidade ou como denominada por alguns autores como ação de contestação da paternidade, é um direito inerente ao pai registral do infante, onde se busca a declaração da não paternidade biológica, em sua grande maioria, cumulada

com a anulação do registro civil, juntamente com a retirada do nome do pai registral e dos avós paternos do assentamento da criança.

O anterior Código Civil estabelecia que para se contestar a paternidade o pai deveria obedecer a um critério de prazo decadencial de dois meses, que seriam contados do nascimento da criança, se era presente o marido ou se ausente ou se não soube do nascimento, o prazo seria de três meses contados da ciência do fato.

Com o Código Civil de 2002 as ações contestatórias de paternidade passaram a ser imprescritíveis, gerando assim, uma presunção de instabilidade jurídica e sendo alvo de várias críticas.

O procedimento de contestar/negar a paternidade deve seguir alguns requisitos legais, trata-se de uma ação direta, não admitindo caráter incidental. O pai registral deve ingressar com uma ação autônoma de qualquer outra para questionar ou negar a paternidade, não podendo, por exemplo, usar a ação de alimentos proposta pelo filho para que no momento de sua contestação referente aos alimentos conteste a paternidade ou negue-a.

A ação de negatória de paternidade é uma ação de titularidade do pai registral, embora a lei fale em marido, já está superado esse entendimento, pois vimos anteriormente que pai pode ser qualquer pessoa que demonstre afeto e reconheça/exerça os deveres inerentes à paternidade em relação ao infante, independentemente do tipo e modalidade de família constituída; se tratando de uma ação privativa do pai registral, não poderá ser interposta por outrem, porém, admite-se continuidade da ação por parte de seus herdeiros. A presente ação terá como parte ré o filho ao qual a paternidade está sendo negada ou contestada.

Comprovada a inexistência de vínculo biológico e existência de vínculo afetivo entre o pai registral e a criança, o segundo deverá prevalecer sobre o primeiro, visto que o direito do filho em ter preservada sua condição a qual sempre se identificou é maior do que o direito de negativa de paternidade que o pai detém.

Sobre o assunto, baseando-se no entendimento do STJ, Maria Berenice Dias expõe: “Entre o direito do pai de negar a paternidade biológica e o direito do filho de ver preservada a condição a qual sempre se identificou, não há como deixar de dar prevalência à **filiação afetiva** (...)” (DIAS, Maria Berenice, 2013).

A discussão sobre paternidade afetiva é frequente nos tribunais, porém, o STJ e STF possuem entendimentos sobre a prevalência da paternidade afetiva em detrimento da paternidade biológica, é o que se vê nas ementas abaixo:

**STF - TEMA - 622 = "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. **INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.** IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA **PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA.** ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (STF - 22.9.2016)**

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. INEXISTÊNCIA. RELAÇÃO SOCIOAFETIVA. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA CONTRÁRIA. ÔNUS DE QUEM ALEGA. ART. 333 DO CPC/1973. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Adm. nºs 2 e 3/STJ).

2. **A retificação do registro de nascimento depende da configuração de erro ou falsidade (art. 1.604 do Código Civil/2002) em virtude da presunção de veracidade decorrente do ato, bem como da inexistência de relação socioafetiva preexistente entre pai e filho.**

3. **A paternidade socioafetiva não foi impugnada pela autora, a quem incumbia o ônus de desconstituir os atos praticados por seu pai biológico, à luz do art. 333, I, do CPC/1973.**

4. **O Tribunal local manteve incólumes os registros de nascimentos em virtude da filiação socioafetiva, circunstância insindicável nesta instância especial em virtude do óbice da Súmula nº 7/STJ.**

*5. Recurso especial não provido.*

*(REsp 1730618/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)*

A prevalência da paternidade socioafetiva em determinados casos em concreto, não acaba com a importância da paternidade biológica, esta também protegida pelo ordenamento jurídico.

Nos casos em que acontece a famosa "adoção a brasileira", onde o pai registra o filho de sua companheira/esposa, sabendo que não detém a paternidade biológica, mas, o assume como seu, comprovada a existência de paternidade socioafetiva o pai registral não poderá invocar seu direito a questionar a paternidade, alegando que inexistente vínculo sanguíneo biológico com o infante.

Vejamos:

**RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DA PATERNIDADE PELO COMPANHEIRO DA MÃE. INEXISTÊNCIA DE ERRO SUBSTANCIAL QUANTO À PESSOA. FORMAÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO REGISTRO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA NÃO COMPROVADA.**

*1. (...). 2. A "adoção à brasileira", ainda que fundamentada na "piedade" e muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva, consistente no término do relacionamento com a genitora.*

*3. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito, em **ação negatória de paternidade, depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações***



*socioafetivas e edificado, na maioria das vezes, na convivência familiar.*

*4. Nos casos em que inexistente erro substancial quanto à pessoa dos filhos reconhecidos, não tendo o pai falsa noção a respeito das crianças, **não será possível a alteração desta situação, ainda que seja realizada prova da filiação biológica com resultado negativo.***

*5. Em linha de princípio, somente o pai registral possui legitimidade para a ação na qual se busca impugnar a paternidade - usualmente denominada de ação negatória de paternidade -, não podendo ser ajuizada por terceiros com mero interesse econômico.*

*(REsp 1412946/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 22/04/2016)*

*6. A interposição recursal com base na alínea c do permissivo constitucional exige a demonstração analítica da alegada divergência, fazendo-se necessária a transcrição dos trechos que configurem o dissenso e a menção às circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.*

*7. Recurso especial provido.*

*(REsp 1333360/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 07/12/2016)*

Neste mesmo sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE E DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. 1. Controvérsia em torno da presença dos requisitos legais para a desconstituição da paternidade declarada em desacordo com a verdade biológica. 2. Possibilidade, segundo a orientação

jurisprudencial desta Corte, de desconstituição do registro de nascimento quando baseado em vício de consentimento e uma vez afastada a existência de filiação socioafetiva, como verificado no caso dos autos. **3. Inviabilidade do acolhimento da pretensão recursal fundada na alegação de que não houve erro a comprometer a manifestação de vontade do pai registral, por demandar o reexame de matéria fático-probatória dos autos.** 4. Razões do agravo interno que não alteram as conclusões da decisão agravada acerca da atração dos óbices dos enunciados das Súmulas n.ºs 07 e 83/STJ. 5. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (AgInt no REsp 1531311/DF, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 3ª Turma, DJe 05/09/2018);

Tem-se por conclusão que o maior questionamento nas causas que envolvem a negatória de paternidade é a existência ou não da paternidade socioafetiva; sendo esta comprovada, mesmo que o pai registral tenha sido “enganado”, induzido ao erro ou a ele tenha sido imputada a paternidade por intermédio de coação por parte da genitora, deve-se prevalecer a paternidade socioafetiva, não podendo assim, haver a desconstituição do vínculo paterno. Há, no entanto a possibilidade de um julgamento parcial de mérito, onde a sentença/decisão decreta a não paternidade biológica entre os demandantes, porém, não se admitindo a nulidade do registro, mantendo o pai registrar como pai socioafetivo, consequentemente a manutenção do registro e da responsabilidade de pai em relação ao filho, como por exemplo: a manutenção da pensão alimentícia.

Deve-se ressaltar que a paternidade socioafetiva não afasta a responsabilidade do pai biológico, caso haja discussão futura.

## **5. POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL POR IMPUTAÇÃO FALSA DE PATERNIDADE POR PARTE DA GENITORA**

O atual Código Civil estabelece em seu Artigo 186 que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Em decorrência de diversas modificações que o direito de família vem enfrentando nos últimos tempos, surgiram diversos problemas, os quais necessitam de eficientes soluções. É neste cenário que encontramos a difusão entre o Direito de Família e a Responsabilidade Civil.

Marcos Mendonça em seu artigo elenca os elementos da responsabilidade civil, quais são: A conduta humana comissiva ou omissiva, podendo ela ser própria ou de terceiro; dano ou violação de um interesse protegido, sendo ele de cunho patrimonial ou extrapatrimonial; bem como o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido.

Cabe ressaltar que além destes elementos deve-se analisar se a conduta que exprime vontade é dotada de culpa, em suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

A competência de julgamento dos danos civis de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, que advém de uma relação familiar é da justiça comum, tendo como competente as varas de família.

A discussão levantada neste capítulo do presente artigo tem por finalidade estudar a possibilidade de reparação civil nos casos de falsa atribuição de paternidade por parte da genitora, onde o pai registral acredita ser o pai biológico e tem o filho como seu, atendendo muita das vezes a necessidade e obrigações inerentes a criança/adolescente, mas, que posteriormente descobre que não é o pai biológico através de perícia laboratorial ou confissão da genitora. Surge-se então o seguinte questionamento: É possível indenização moral por imputação falsa de paternidade?

O entendimento majoritário dos tribunais é de que cabe sim a responsabilização moral, nos casos de falsa imputação de paternidade por parte da genitora, o que se assemelharia a conduta ilícita, tornando-a passível de indenização.

Sobre isto, é entendimento do TJDF:

DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ADESIVO. AUSÊNCIA DE INTERESSE EM RECORRER. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA. PRECLUSÃO LÓGICA. DANOS MORAIS. FALSA PATERNIDADE BIOLÓGICA. VIOLAÇÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. A manifestação expressa quanto à ausência de interesse em recorrer da r. sentença impede o conhecimento do recurso adesivo posteriormente interposto pelo autor, diante da ocorrência da preclusão lógica, art. 1000 do CPC. Não conhecimento do recurso adesivo. **O período em que o autor permaneceu acreditando ser o pai biológico da menor, em razão da conduta**

**omissiva voluntariamente praticada pela parte apelante, seguida do dano advindo à parte apelada, além do nexo de causalidade entre eles caracterizam a responsabilidade civil ensejadora do dever de indenizar.** Apelação não provida. (Acórdão 940487, 20130111344964APC, Relator: HECTOR VALVERDE, 5ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 11/5/2016, publicado no DJE: 17/5/2016. Pág.: 234/239)(grifei).

O pedido de reparação civil não se confunde com o de negatória/contestação de paternidade, não sendo eles dependentes. Por exemplo: o pai registral ao tomar conhecimento da não paternidade biológica ingressa com uma ação negatória de paternidade cumulando o pedido de nulidade do registro, bem como solicita reparação civil por danos morais. Sabemos que caso tenha sido estabelecido um vínculo afetivo entre os demandados, a nulidade do registro não poderá ser deferida em razão da prevalência da verdade socioafetiva sobre a biológica, mas, nada impede que o juiz acolha o pedido de negar a paternidade, declarando que o Autor/pai registral não é pai biológico do infante, permanecendo o registro sob alegação da paternidade socioafetiva, bem como deferir seu pedido de reparação civil contra a genitora pelos danos extrapatrimoniais causados.

Nos casos de fixação de indenização, deverão ser adotados os critérios gerais: arbítrio prudente, bom senso, equidade, proporcionalidade e/ou razoabilidade, como também os específicos como: grau de culpabilidade, potencial econômico da parte ofensora, repercussão do ato lesivo, condições pessoais da parte que foi ofendida, bem como a natureza do direito que fora violado.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo nos trouxe uma definição bem mais ampla de família do que se tinha anteriormente, demonstrando que família vai além de uma relação de consanguinidade e descendência entre seus integrantes, abrangendo novos laços e relações.

A evolução legislativa teve seu papel muito importante para o conceito contemporâneo de família adotado atualmente. Excluiu-se a ideia de que família deveria seguir um molde hierárquico, passando a valorar as relações interpessoais afetivas.

O direito de família acolhe o ser humano desde sua concepção a fim de estabelecer direitos e proteção, com o nascimento além da proteção dada pelo Estado, a criança passará a pertencer, via de regra, a uma das entidades familiares existentes atualmente.

A convivência em família está longe de ser perfeita, podendo gerar vários conflitos, um deles que podemos perceber no decorrer da pesquisa é a descoberta da não paternidade biológica por parte do genitor, possuindo este o direito de questionar a paternidade a ele imputada.

Como o contexto histórico e legal não mais se admite a paternidade biológica, permitindo-se também a paternidade socioafetiva deve-se observar até onde prevalecerá o direito do pai em questionar o vínculo biológico de seus filhos, quando há a paternidade socioafetiva.

Concluimos no presente estudo que o direito de questionar a paternidade não se sobrepõe a paternidade socioafetiva, sendo esta mais importante e se desconstituída causaria imensos prejuízos e lesões os direitos do infante.

Neste sentido a ação de negatória de paternidade é caráter de exceção, devendo, portanto, seguir os critérios legais, onde além de demonstrado a ausência de vínculo biológico com a criança/adolescente, há a necessidade de provas sobre a não constituição de paternidade socioafetiva.

Outra importante análise feita foi a da possibilidade do pai registral ser indenizado pela falsa paternidade a ele imposta, quando o pai registra a criança acreditando ser o verdadeiro pai, presta-lhe assistência, muitas das vezes cria laços afetivos e ao descobrir a verdade através de exame de DNA ou confissão da genitora, sente-se extremamente ferido em sua moral. O ordenamento jurídico como podemos ver, prevê a condenação em reparação civil por parte da genitora que imputa falsamente a paternidade ao pai registral.

Por fim, o maior aprendizado elencado no presente artigo é o de que no ponto de vista jurídico não há distinção entre os filhos, filho é filho! Porém, poderá em casos concretos haver distinção entre genitor e pai, pai é quem constrói laços de afetos, quem preserva direitos, quem educa quem alimenta, podendo ainda ser entendido que: "Quem não é pai, nem afetivo nem biológico, **não é pai**" (DIAS, 2013).

## REFERÊNCIAS

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 – Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 14/09/2022

BRASIL, LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 - Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em 14/09/2022

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias – 9.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FERNANDES, Wander Fernandes, Ação Negatória de Paternidade e a prevalência da Paternidade Socioafetiva em detrimento da Paternidade Biológica, ainda que com DNA negativo. Sob a ótica do STF e do STJ, 2018. Disponível em: <https://advogado1965.jusbrasil.com.br/artigos/602552560/acao-negatoria-de-paternidade-e-a-prevalencia-da-paternidade-socioafetiva-em-detrimento-da-paternidade-biologica-ainda-que-com-dna-negativo-sob-a-otica-do-stf-e-do-stj>. Acesso em 08/09/2022

FIUZA, César. Direito Civil: Curso completo. 17.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Belo Horizonte : Del Rey Editora, 2014.

KUMPEL, Vitor Frederico Kümpel, Paternidade biológica versus socioafetiva: alguns apontamentos, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/registrarhas/253265/paternidade-biologica-versus-socioafetiva--alguns-apontamentos>. Acesso em 14/09/2022

LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva Lima, Entidades familiares: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64933/entidades-familiares-uma-analise-da-evolucao-do-conceito-de-familia-no-brasil-na-doutrina-e-na-jurisprudencia> Acesso em 12/09/2022.

MENDONÇA, Marcos, A responsabilidade civil por falsa atribuição de paternidade, 2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11506/A-responsabilidade-civil-por-falsa-atribuicao-de-paternidade>. Acesso em 15/09/2022

OLIVEIRA, Leonardo Petró de Oliveira, Os vários "tipos" de família, 2017. Disponível em: <https://leonardopetro.jusbrasil.com.br/artigos/459692174/os-varios-tipos-de-familia#:~:text=Fam%C3%ADlia%20Matrimonial%3A%20formada%20pelo%20casamento,m%C3%A3e%20solteira%20e%20seu%20filho>). Acesso em 10/09/2022.

TARTUCE, Flávio Manual de Direito Civil: volume único / Flávio Tartuce. – 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021

TJDFT – Pesquisa de documentos Jurídicos Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 12/09/2022

TJDFT - Imputação de falsa paternidade biológica gera reparação por dano moral. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/junho/imputacao-de-falsa-de-paternidade-biologica-gera-reparacao-por-dano-moral>. Acesso em 14/09/2022

## **POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA “LEX TERTIA” NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.**

**CAIO EMANUEL SEVERIANO SANTOS E SOUSA:**

Bacharel em Direito pela Faculdade Asces, Pós graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco; Analista Judiciário e Assessor Técnico em gabinete de Desembargador do TJPE.

**RESUMO:** Trata-se de discussão sobre a possibilidade de combinação de leis penais no direito brasileiro. Insurge afirmar que a doutrina é dividida, há quem sustente que a denominada “lex tertia” não é algo vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, ao contrário é fomentado pelo mesmo, quando adota o principio da retroatividade da lei mais benéfica, e ainda quando a Constituição Federal permite ao Juiz atribuir efeito retroativo a integralidade de uma legislação, também o autoriza a fazer de forma fracionada, convencionou-se adotar para esta situação o brocardo “quem pode o mais, pode o menos”, como fundamento da Teoria dos Poderes Implícitos. Á contrário censo, existem os que sustentam que a mesclagem de leis mais favoráveis ao réu, é uma afronta a norma constitucional de segregação de poderes, uma vez que a “lex Mater” não outorgou aos Magistrados o poder de combinar legislações criando uma terceira não prevista pelo legislador. O que restará demonstrado é a necessidade de uma distinção sobre a matéria, quando se tratar de um figura nova de direito, inédita, sendo ela mais favorável, o seu efeito retroativo sobre uma antiga legislação é decorrente da Constituição Federal, ao contrário, quando se tratar de um mesmo instituto jurídico, a mesclagem de leis sobre o mesmo com o intuito de beneficiar o agente, afronta a separação de poderes porque cria uma terceira fonte legislativa, não prevista pelo Poder Legislativo.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Combinação de leis penais no tempo. Possibilidade de aplicação da lex tertia no direito penal brasileiro.

### **INTRODUÇÃO**

É de saber jurídico que a vigente Carta Magna, em seu art. 5º, inc. XLVII, consagrou no Direito Penal Brasileiro o princípio da retroatividade *in mellius*, nos seguintes termos: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Sendo alçado à dignidade constitucional o referido princípio, não resta qualquer dúvida quanto à possibilidade da incidência da extra-atividade da norma penal,

---

77 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado; 1988.

compreendida como retroatividade e ultra-atividade da norma penal mais favorável ao acusado.

A problemática se verifica quanto ao modo de fazer a combinação de leis no tempo, pode o juiz, na análise do caso concreto, combinar as duas leis em tese incidentes ou aplicar apenas uma em sua totalidade?

Sintetizando o tema, Assis Toledo explica<sup>78</sup>:

*"Questão polêmica é a de saber se, na determinação da lei mais benigna aplicável, pode o juiz tomar os preceitos ou os critérios mais favoráveis da lei anterior e, ao mesmo tempo, os da lei posterior, combiná-los e aplicá-los ao caso concreto, de modo a extrair o máximo benefício resultante da aplicação conjunta só dos aspectos mais favoráveis das duas leis"*

A doutrina diverge. A primeira corrente entende ser plenamente possível, uma vez que o aplicador do Direito, combinando as leis e extraindo o máximo benefício dela para o réu, estaria apenas observando o mandamento constitucional já referido.

Assim, a opinião de Rogério Greco<sup>79</sup>:

*"Entendemos que a combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais da ultra-atividade e retroatividade benéficas. Se a lei anterior, já revogada, possui pontos que de qualquer modo beneficiam o agente, deverá ser ultra-ativa; se na lei posterior que revogou o diploma anterior também existem aspectos que o beneficiam, por respeito aos imperativos constitucionais, devem ser aplicados."*

No entanto, a segunda corrente sustenta que a inteligência do art. 5º, inc. XL, da CF/88, bem como a do art. 2º do CPB, permitem ao juiz apenas aplicar a lei mais favorável e não combinar o que há de melhor para o réu nas normas em sucessão no tempo. Uma vez fazendo isso, o magistrado estaria entrando em seara típica do Poder Legislativo, violando, portanto, o princípio da separação dos Poderes.

---

78 RICARDO. Allan apud TOLEDO. Assis. **Direito Penal I**. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/94251154/Direito-Penal-i-1>

79 GRECO. Rogério. **Curso de Direito Penal parte geral**. 14ª edição. Niterói/RJ. Impetus. 2012 (p.115).



## 1- DA APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO

O presente capítulo visa analisar de forma geral a questão da aplicação da lei no tempo e, dialogando com o tema proposto, estudar as relações de Direito Intertemporal, especificamente em matéria penal.

### 1.1 Aspectos gerais da aplicação da lei no tempo

Um dos temas que mais gera polêmica, no âmbito do Direito, é a aplicação da lei no tempo. Atentamos que a problemática é tida como ensinamento introdutório a todos os ramos do Direito, valendo dizer que a aplicação da lei no tempo é matéria de propedêutica jurídica.

A importância do estudo da aplicação da lei no tempo é saber quando uma legislação, ou um dispositivo legal, será aplicado ao caso concreto, ou seja, não há discussão quanto à vigência das leis, e sim quando uma ou outra norma será aplicada a uma determinada situação jurídica, onde aparentemente há uma disputa entre as regras do ordenamento jurídico quanto à sua aplicação ou incidência.

A problemática é antiga no Direito. Há estudos que registram que a discussão já existia no Direito Romano, uma vez que o Código Justiniano previa o princípio da irretroatividade da lei, conforme nos informa em trabalho bastante interessante a autora Maria Clara Calheiros.<sup>80</sup>

O problema da aplicação da lei no tempo é antigo. Já o Direito Romano contemplava este problema, consagrando-se no Código Justiniano o princípio da irretroatividade. O que está em causa, quando se fala de aplicação da lei no tempo, não é saber qual é a lei em vigor, mas sim saber qual a lei que se aplica a certa situação jurídica, quando esta esteve em contacto com diferentes leis, no decurso do tempo. Assim, o problema da aplicação da lei no tempo convoca-nos para o difícil exercício de compatibilizar as regras de aplicação das leis com os direitos e expectativas das pessoas, de acordo com um princípio de justiça.

No direito pátrio, a LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que tem um alcance normativo amplo, trazendo diretrizes fundamentais para

---

<sup>80</sup> CALHEIROS, Maria Clara. **Aplicação da lei no tempo**. Disponível em [http://delegadodireito1.files.wordpress.com/2010/06/aplicacao\\_da\\_lei\\_no\\_tempo.pdf](http://delegadodireito1.files.wordpress.com/2010/06/aplicacao_da_lei_no_tempo.pdf).

os diversos ramos do Direito<sup>81</sup>, sendo considerada mesmo normas de sobredireito, traz alguns princípios que norteiam a aplicação da lei no tempo.

Entre tais destacam-se, dentre outros, o princípio da obrigatoriedade, onde informa que ninguém poderá alegar o desconhecimento da lei; o princípio da irretroatividade, segundo o qual a lei não irá retroagir para alcançar situações jurídicas já consolidadas pela lei anterior; o princípio da continuidade, cuja inteligência é a de que a norma permanente só perde a eficácia se outra vier a alterá-la ou modificá-la.

A aplicação coercitiva do Direito é de competência exclusiva do Estado, onde para a aplicabilidade da norma jurídica a um fato concreto é preciosa a atuação do Magistrado.

Explica isso com maestria Maria Helena Diniz<sup>82</sup>: *“A atuação do magistrado é o intermédio entre a norma e a vida ou o instrumento pelo qual a norma abstrata se transforma numa disposição concreta”*.

Desse modo, a aplicação do Direito ao caso concreto, subsunção que se realiza através da atividade judicante, é o que em verdade concretiza a atividade legislativa, constitucional e ordinária a um caso concreto.

Feita esta elucidação geral sobre a aplicação do Direito, passamos a analisar a relação de Direito Intertemporal com a norma penal.

## 1.2 Aplicação da lei penal no tempo

Analisaremos neste tópico a aplicação da lei penal, sobretudo em relação aos princípios da legalidade, da retroatividade da lei mais benéfica e da ultra-atividade da lei penal.

### 1.2.1 Princípio da Legalidade

A Carta Política<sup>83</sup> em vigor consagra o princípio da legalidade em seu art. 5º, inc. XXXIX, quando diz que *“não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*. Como consequência, não poderia agir diferente o

---

81 Gagliano, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 14ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012. “O fato é que o referido Decreto-Lei, originariamente intitulado de ‘Lei de Introdução ao Código Civil’, sempre teve um alcance normativo muito mais vasto e profundo, na medida em que não apenas traçava diretrizes fundamentais para o Direito Civil propriamente dito, como também para diversos outros ramos da dogmática jurídica”

82 Diniz. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral. 26ª edição. São Paulo. Saraiva. 2009.

83 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado; 1988.

legislador ordinário, quando entabula no vigente Código Penal<sup>84</sup> a regrade que “*não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”.

Desse modo, resta assentado que ninguém poderá se submeter a uma persecução penal, se uma lei anterior à sua conduta não a defina comocriminosa. De modo contrário, estaríamos diante de uma situação em que se puniria um agente que, no momento de seu comportamento, seja comissivo ou omissivo, realizou conduta em conformidade com o Direito, mas posteriormente fora considerada ilícita, o que sem dúvida ocasionaria um casuísmo legislativo.

Contudo, é possível que nessa situação não haverá a punição do autor por esta lei posterior. Exemplificando, poderíamos citar a seguinte situação hipotética. Imaginemos que “um agente ‘A’ pratica conduta lícita, mas que é desvalorizada socialmente. Em face da pressão social, o legislador federal criminaliza a conduta praticada por ‘A’, tipificando-a”. Ora, ‘A’ jamais poderá ser punido por esta nova lei, por ser posterior à sua conduta. Assim, o autor não se sujeitará à dinamicidade do Direito Penal.

A ausência de lei tipificando determinada conduta levará à sua atipicidade, tendo como consequência um indiferente para o Direito Penal, sem qualquer relevância jurídica.

Neste sentido, Falconi<sup>85</sup> afirma que:

[...] não há que se falar em crime e pena para fatos – ocorrências – que não estejam adrede “tipificados”. Não importa ao Direito Penal, se tal ou qual procedimento (conduta) se apresente como contrário à Moral, ou mesmo, seja anti-social. Importa, isto sim, é saber que ele, o procedimento, sendo atípico, não será punido criminalmente. Por via de consequência, a acusação e o conteúdo punitivo ficam obrigados à existência de norma jurídica anterior. Trata-se de questão dogmática para os penalistas: fora a lei, não há falar em crime.

Como decorrência lógica do princípio da legalidade em matéria penal, temos os seguintes brocardos latinos: “*Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*”, significando a proibição de agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário.

---

84 BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848 (1940).

85 FALCONI, Romeu. *Lineamentos de Direito Penal*. 3ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ícone, 2002, p. 118.

Ainda como corolário do princípio da legalidade, é correto afirmar-se que "*Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*", sendo proibido pelo ordenamento jurídico penal a analogia em desfavor do réu.

Nesse ponto, devemos fazer uma ponderação, para diferenciar a analogia da interpretação analógica, pois na primeira não há legislação para o caso concreto, no âmbito do Direito Penal, valendo dizer que não há dispositivo legal incriminando determinada conduta, enquanto que o intérprete, suprindo a lacuna da lei, aplica outro dispositivo que tipifica um caso análogo. Já na interpretação analógica, existe a legislação, enquanto que o intérprete busca o alcance da norma para alcançar situações específicas, previstas apenas genericamente,

Nesse sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>86</sup>, já decidiu que:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. **FURTO DE SINAL DE TV A CABO**. TIPICIDADE DA CONDUTA. FORMA **DE** ENERGIA ENQUADRÁVEL NO TIPO PENAL. RECURSO PROVIDO.I. O **sinal de** televisão propaga-se através **de** ondas, o que na definição técnica se enquadra como energia radiante, que é uma forma **de** energia associada à radiação eletromagnética.II. Ampliação do rol do item 56 da Exposição **de** Motivos do Código Penal, para abranger formas **de** energia ali não dispostas, considerando a revolução tecnológica a que o mundo vem sendo submetido nas últimas décadas. III. Tipicidade da conduta do **furto de sinal de TV a cabo**. IV. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

Analisando ainda o princípio da legalidade, é correto afirmar-se que "*Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*", não sendo possível a criação de normas penais indeterminadas, com expressões gerais, contento tipos penais incriminadores gerais, sendo preciosa a determinação de qual conduta é ilícita e, por consequência, a sua cominação penal.

Há uma grande divergência doutrinária, no que tange à existência de diferença entre o princípio da legalidade e o da reserva legal. Para alguns doutrinadores, os referidos princípios se confundem; outros enxergam uma distinção, enquanto alguns

---

86 STJ. **REsp 1123747 / RS**. Rel. Min. Gilson Dipp. Julgado em 16/12/2010.

dissertam ser irrelevante a discussão, já que a reserva legal é decorrência do princípio da legalidade.

Flávio Augusto Monteiro de Barros<sup>87</sup> ensina que tecnicamente há uma distinção entre princípio da legalidade e princípio da reserva legal. Falando tão somente em legalidade, estaríamos permitindo a adoção de quaisquer dos diplomas legais previstos no rol do art. 59, da CF/88, a saber, emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Ao contrário, de acordo com a inteligência da reserva legal, apenas por meio de lei ordinária, como regra geral, é que possível tipificar condutas criminosas e para elas se cominar penas.

Posição interessante é a de Rogério Greco<sup>88</sup>, que aduz:

“Acreditamos que o melhor seria restringir ainda mais a possibilidade de edição de diplomas penais, ficando limitada tal possibilidade às leis complementares, tal como ocorre na Espanha, que adota as chamadas Leis Orgânicas, que lhe são equivalentes. Assim, com a exigência de um *quorum* qualificado para a sua aprovação (maioria absoluta, de acordo com o art. 69 da CF), tentaríamos, de alguma forma, conter a “fúria do legislador”, evitando a tão repugnada *inflação legislativa*”.

Data vênia, acreditamos que a melhor doutrina é a que faz distinção entre o princípio da legalidade e o da reserva legal, já que não é possível que por qualquer criação legislativa, a exemplo de uma mera resolução, se crie um tipo penal, já que é necessária uma ampla discussão acerca de uma conduta que se queira criminalizar, comportamento social este que deverá ser objeto de discussão por todo o Parlamento.

Finalizamos, com os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes<sup>89</sup>:

“Não se pode confundir o princípio da legalidade com o princípio da reserva legal ou mesmo com o princípio da anterioridade. Princípio da legalidade é um gênero (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – CF, art. 5.º, inc. II). Princípio da legalidade

---

87 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**. 2ª edição. São Paulo. Saraiva (p.29-30)

88 GRECO. Rogério. **Curso de Direito Penal parte geral**. 14ª edição. Niterói/RJ. Impetus. 2012 (p.104).

89 GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral**. 2ª. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004,( p. 135).

criminal significa que não há crime sem lei (CF, art. 5.º, inc. XXXIX; CP, art. 1.º). O princípio da legalidade criminal conta hoje com várias dimensões de garantia. Dentre elas acham-se o princípio da reserva legal e o da anterioridade”.

### 1.2.2 Princípio da Extra-atividade da Lei Penal

Neste tópico abordaremos como a lei penal se comporta nas relações jurídicas, levando em consideração aspectos temporais, pois em uma determinada situação a lei poderá retroagir para incidir sobre um fato anterior à sua

vigência, enquanto em outras, como a regra geral do “*tempus regit actum*”, mesmo sendo revogada, continuará a norma a ser contemplada pelo fato ocorrido durante a sua vigência.

É importante frisar que a atividade temporal da lei penal encontra-se limitada pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XL: “*A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”<sup>90</sup>. Desse modo, fica proibida a retroatividade da lei que desfavoreça o réu.

Como justificativa a este direito fundamental, Roxin<sup>91</sup> elucida que:

“Todo legislador pode cair na tentação de introduzir ou agravar *a posteriori* as previsões de pena sob a pressão de fatos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarme e excitação politicamente indesejáveis. Pois bem, impedir que se produzam tais leis *ad hoc*, feitas na medida do caso concreto e que, em sua maioria são também inadequadas em seu conteúdo, como consequência das emoções do momento, é uma exigência irrenunciável do Estado de Direito”.

#### 1.2.2.1 Tempo do Crime

São três as teorias que disputam o tratamento do tempo do crime, a saber: a teoria da atividade, em que se considera praticado o crime no momento da realização da conduta pelo agente; a teoria do resultado, em que se leva em consideração o momento em que é produzido o resultado e a teoria da ubiquidade, ou mista, em que se conclui que o tempo do crime é tanto o momento da conduta como o do resultado.

<sup>90</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado; 1988.

<sup>91</sup> ROXIN. Claus. **Derecho Penal- Parte general**, t. 1. p. 161

O Código Penal Brasileiro (CPB) adotou expressamente em seu art. 4º a teoria da atividade, rezando que "*Considera-se praticado o crime no momentada ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado*".<sup>92</sup>

Dessa forma, o momento em que o agente delitivo realiza a conduta, seja omissiva ou comissiva, será o marco inicial para qualquer raciocínio em relação à extra-atividade da norma penal.

Podemos citar como exemplo clássico na nossa doutrina a seguinte situação: "O agente 'B', com 17 anos e 11 meses de idade, pratica homicídio contra 'C', que morre após 'B' atingir a maioridade". Nesta situação, ficará afastada a aplicação da lei penal, uma vez que no momento da conduta o agente era considerado penalmente inimputável.

#### *1.2.2.2 Nova lei que favorece o réu e nova lei que piora a sua situação (novatio legis in mellius e novatio legis in pejus)*

O parágrafo único, do art. 2º, do CPB, trata sobre o tema, ao preconizar que "*A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decidido por sentença condenatória transitada em julgado*".

Desse modo, em matéria penal, é correto afirmar que há uma relativização da imutabilidade da coisa julgada criminal, já que se determinada lei editada posteriormente ao próprio julgamento do réu vem a favorecê-lo, essa legislação terá efeitos retroativos, de modo que o Juiz deverá beneficiar o condenado com a nova legislação.

Fundamenta-se a aplicação da "*Novatio Legis in Mellius*", sobretudo, pelo caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, em que a imposição de uma sanção de caráter criminal só é legítima em nosso ordenamento se outros ramos do Direito não forem aptos a satisfazer os direitos de outrem, em razão da conduta do agente delitivo, da mesma forma que se a legislação incriminadora passa a enxergar uma maior brandura de determinada conduta, deverá a norma ter efeitos retroativos, para que o agente possa beneficiar-se dela.

No entanto, se acontecer situação contrária, ou seja, uma nova lei prejudica a situação do réu, esta não retroagirá para lhe prejudicar, sob pena de violação

<sup>92</sup> BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848 (1940)

do princípio da anterioridade da lei, corolário do princípio da legalidade, como já exposto em tópico precedente.

Luiz Regis Prado<sup>93</sup> ensina que:

“A vedação da retroatividade in pejus tem duas origens independentes: pela primeira, de cunho publicista, o decisivo para a entrada em vigor da lei é o reconhecimento de uma esfera individual de precedência estatal: ninguém pode ser sancionado penalmente em relação a um fato que na época desua realização era irrelevante para o Direito Penal; a segunda, de ordem político-criminal, aparece justificada por falta de sentido de uma retroatividade aplicada: aqui não há compensação de culpabilidade, porque não se vincula a culpabilidade alguma e tampouco pode operar em sentido preventivo, visto que ao tempo da comissão inexistia a coação inibitória da cominação penal”.

Nos casos dos crimes permanentes, ou seja, aqueles delitos em que a execução se prolonga, isto é, se perpetua no tempo, ou continuados, quando o agente por uma ação ou omissão pratica dois ou mais crimes, cometidos nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira e execução, indaga-se, na hipótese de houver a sucessão de leis penais durante a permanência ou continuidade, qual delas deverá ser aplicada.

Em novembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou a Súmula nº 711, pacificando o seu posicionamento sobre a matéria, com a seguinte redação: *“A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou permanência”*.

### 1.2.2.3 Abolitio Criminis

Por vezes, o legislador descriminaliza condutas já tipificadas, atendendo às mutações sociais, retirando determinada infração penal do ordenamento jurídico, por não ser mais preciso a intervenção do Direito Penal para a proteção do bem jurídico tutelado pela norma abolida. A esse fenômeno dá-se o nome de *abolitio criminis*.

O CPB94, em seu art. 2º, tratou do tema, dispondo que *“Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”*.

---

93 PRADO. Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume I. 6ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais (p. 190)

94 BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848 (1940). BRASIL.



A título de exemplo, podemos citar a descriminalização do crime de adultério, antes previsto no Código Incriminador. No entanto, é importante distinguir-se a *abolito criminis* de uma readequação típica.

Na primeira situação, como já explicitado, há descriminalização da conduta, quer dizer, existe uma revogação material da proteção deste bem jurídico, enquanto que na mera readequação típica permanece a conduta anteriormente incriminada, mas constante em outro tipo penal, ou seja, há simplesmente alteração do ponto de vista formal.

## **2 - DA COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS: TEORIA CLÁSSICA NEGATIVISTA E TEORIA MODERNA AFIRMATIVA.**

Define-se como combinação de leis a atuação do juiz, quando em determinada situação concreta, em que se depara com normas penais conflitantes, uma traz benefícios parciais ao réu, enquanto a outra já vigente, em alguns de seus dispositivos, lhe favorece.

Na hipótese acima, combinam-se as leis de forma que a primeira irá retroagir, apenas no que for favorável ao réu, enquanto a segunda será ultrativa apenas nas partes em que for benigna.

No presente capítulo, elucidaremos as duas teorias ou posicionamentos acerca da temática.

Sobretudo, analisando posições de doutrinadores mais clássicos, como Nelson Hungria, os quais advogam a impossibilidade de combinação de leis penais, de forma a criar a denominada "*lex tertia*", já que assim o magistrado estaria violando nitidamente o princípio da separação dos poderes.

Outros juristas mais modernos, como Rogério Greco e outros, sustentam a possibilidade de aplicação da lei terceira ao caso concreto, de forma que o Estado-Juiz cumpriria apenas o estampado no art. 5, inc. LX, da CF/88.

### **2.1 Posição clássica – negativista**

Inicialmente, explicamos o motivo da terminologia, posição clássica, negativista. O referido entendimento é entabulado por juristas como Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Fragoso, Jair Leonardo Lopes, Paulo José da Costa Júnior, José

Henrique Pierangeli,<sup>95</sup> e ainda, Battaglini, Mauracha, Ritler, Pannain, Antoliseie Asúa<sup>96</sup>. Referidos doutrinadores são os que formam a doutrina considerada clássica do Direito Penal, os quais negam o reconhecimento da lei terceira no direito incriminador.

Um dos principais fundamentos da teoria negativista é o princípio da segregação dos poderes, de forma que a combinação de leis por parte do aplicador do Direito é impossível, já que extrapolaria as suas funções delimitadas constitucionalmente.

A discussão se dá em virtude da redação do parágrafo único, do art. 2º, do CPB, o qual contém a expressão “de qualquer modo”, dando a entender que a lei deverá sempre retroagir quando favorecer o réu.

Mesmo se considerando o efeito integrador da norma, ou seja, a consideração de valores tutelados pelo dispositivo, sejam de ordem econômica, social, política ou cultural, devem operar como critérios interpretativos.

Destarte, devem ser aplicados. No entanto, para os que negam a existência da “*lex tertia*”, esses argumentos são irrelevantes, conforme sintetiza Guilherme de Souza Nucci<sup>97</sup>:

“Realmente, se houvesse permissão para a combinação de leis colocar-se-ia em risco a própria legalidade, pois o magistrado estaria criando norma inexistente, por mais que se queira dizer tratar-se de mera integração de leis. Ora, a referida integração não passa do processo criador de uma outra lei, diferente das que lhe serviram de fonte. E quando se diz que o art. 2º, parágrafo único, do CPB, autoriza a aplicação da lei posterior mais benéfica que de “qualquer modo favorecer o agente” não está legitimando o magistrado a *recortar* pedaços da norma e aplicá-la em formação de uma outra totalmente inédita”;

Não é objeto do presente trabalho o estudo minucioso do sistema de segregação dos poderes. No entanto, limitamos à análise perfunctória do referido sistema, já que é a base da posição clássica negativista.

---

95 SOUZA NUCCI. Guilherme. **Manual de Direito Penal**. 3ª edição. São Paulo/SP. Revista dos Tribunais.2007 (p. 96-97).

96 DE JESUS. Damásio E. **Direito Penal, parte geral**. 23ª edição. São Paulo/SP. Saraiva. 1999 (p.95)

97 SOUZA NUCCI. Guilherme. **Manual de Direito Penal**. 3ª edição. São Paulo/SP. Revista dos Tribunais.2007 (p. 97).

Por separação de poderes, entende-se a delimitação de funções dos Poderes da República, com o intuito de efetivar a divisão das atribuições essenciais do Estado, bem como evitar a supremacia de um Poder em detrimento de outro.

É bom anotar, desde logo, que pelo grande desenvolvimento e complexidade das relações sociais, cada um dos três Poderes exerce concomitantemente as três funções estatais<sup>98</sup>, ou seja, a administrativa, a legislativa e a judiciária, sendo certo que cada um exercerá com preponderância uma dessas funções, sendo a preponderante considerada típica.

Historicamente, o dogma da separação absoluta entre os Poderes é muito forte, o que é natural, já que nas sociedades mais remotas, como se pode ilustrar com a comunidade francesa do século XVIII, muito influenciada por Montesquieu, onde se buscava fracionar as funções estatais, sob pena de criação de um “superpoder”, absoluto e ilimitado. É interessante trazeremos a baila as palavras do próprio Montesquieu<sup>99</sup>:

“Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”

Observa-se o esforço dos estudiosos da época em evitar o protagonismo de uma pessoa no Poder Público, de modo que o monarca absolutista era visto com muitas críticas.

Atualmente, o princípio da separação dos poderes, para ser entendido em consonância com a Constituição democrática, exige ponderações de forma que se relativize a total a aparente incomunicabilidade das funções do Estado moderno.

Dissertam muito bem sobre a temática Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>100</sup>:

“O princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige

---

98 AGRA. Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 2009 (p. 438).

99 MONTESQUIEU. Charles-Louis de. **Do espírito das leis**. Difusão Europeia do livro, 1962 (p.181).

100 MENDES E OUTROS. Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo. Saraiva. 2010 (p. 220).

temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. Nesse contexto de modernização, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei – bem assim para a legislação judicial, fruto de inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por estes super-tribunais em sede de controle de constitucionalidade”.

Apesar da posição dos exímios constitucionalistas acima expressada, a doutrina majoritária ainda tende a se posicionar por uma delimitação rigorosa de cada atribuição estatal típica.

O sistema de separação dos poderes é bem delimitado na República brasileira, de modo que cabe apenas ao Legislativo a inovação de modo positivo no ordenamento jurídico. Por esta razão, a teoria denominada neste trabalho como clássica negativista atesta que a combinação de leis penais em um caso concreto, realizado pelo Juiz, seria uma nítida violação à segregação dos Poderes.

Em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal (STF), discutindo a possibilidade de aplicação da minorante prevista na nova lei de drogas (Lei Federal 11.343/06), sob a pena cominada na antiga legislação (Lei Federal 6.368/76), concluiu a primeira Turma do Pretório pela inadmissibilidade de combinação de leis penais, de acordo com a posição até aqui exposta.

Pedimos vênia para transcrever a ementa do referido julgado<sup>101</sup>:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 12 DA LEI N. 6.368/76). PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA RETROATIVA DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 SOBRE A PENA COMINADA NO ART. 12 DA LEI 6.368/76 (ART. 5º, INC. XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). IMPOSSIBILIDADE DE MESCLAR PARTES FAVORÁVEIS DE LEIS CONTRAPOSTAS NO TEMPO, SOB PENA DE SE CRIAR, PELA VIA DA INTERPRETAÇÃO, UM TERCEIRO SISTEMA (LEX TERTIA).

101 STF. **HC 107.583/MG**. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 17/04/2012.

USURPAÇÃO DE FUNÇÃO LEGISLATIVA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI EM SUA INTEGRALIDADE, COM O QUE RESTA ATENDIDO O PRINCÍPIO DA RETROAÇÃO DA LEI BENÉFICA. CONCESSÃO DA ORDEM, EM PARTE, PELO STJ PARA QUE O TJ/RS EXAMINASSE O CASO CONCRETO E APLICASSE, EM SUA INTEGRALIDADE, A LEI MAIS FAVORÁVEL. MINORANTE DA LEI N. 11.343/2006 NEGADA PELA CORTE ESTADUAL EM RAZÃO DE O PACIENTE OSTENTAR MAUS ANTECEDENTES, EMERGINDO FAVORÁVEL A FIXAÇÃO DA PENA COMINADA NA LEI N. 6.368/76. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

A Excelsa Corte decidiu que a benignidade de cada dispositivo legal deve incidir em sua totalidade, e que não cabe ao Juiz extrair de cada norma o que mais favoreça o réu. Dessa forma, ficou rechaçada nesse julgado a possibilidade da *lex tertia* no Direito Penal brasileiro.

Alertamos que esta posição é da 1ª Turma do STF, órgão fracionário, bem assim que não há unanimidade entre os Ministros sobre a possibilidade de criação da *lex tertia*, conforme será exposto em capítulo destinado à análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Questão interessante, que surge quando aplicamos a teoria negativista, é de saber a quem cabe a escolha de qual norma seja mais favorável ao réu. Temos dois posicionamentos em nossa doutrina: (i) um que defende que ninguém melhor do que o Defensor e o próprio acusado, para escolher quais das legislações aparentemente conflitantes irá incidir sobre sua conduta criminosa; (ii) outro, que advoga a tese de que cabe ao Magistrado escolher a norma que julgueser mais favorável à situação jurídica do réu, já que a aplicação do Direito é de sua competência.

Data vênua, posição contrária, acreditamos que a melhor doutrina é a que afirma ser a escolha do Juiz, já que cabe a este a aplicação do Direito, bem como que o réu poderá externar a sua inconformidade através de recurso, levando a escolha definitiva a órgão jurisdicional superior. Em posição contrária, aduz Júlio Fabbrini Mirabete<sup>102</sup>:

(...) “Há sugestões, inclusive, no sentido de se deixar ao interessado a escolha da lei que mais lhe convém quando surgir uma dúvida no conflito intertemporal da lei penal. Não parece

102 MIRABETE. Julio Fabbrini **Manual de Direito Penal**, parte geral. 22ª edição. São Paulo. Atlas. 2005 (p. 67)

absurdo que se permita ao defensor do réu ou condenado escolher aquela que mais convier a este quando, havendo conflito, somente o interessado possa aquilatar que lei mais o beneficia”.

Entendemos ainda que a escolha da lei cabe ao órgão julgador, mesmo naquelas hipóteses em que não se é possível exercitar a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, inviabilizando recurso para a reapreciação da matéria, como ocorre com os réus detentores de foro especial por prerrogativa de função junto ao STF.

Por exemplo, se um parlamentar federal, detentor de foro privilegiado, depara-se com julgamento criminal, em que há conflito intertemporal de normas penais, a escolha de que norma será aplicada caberá à Suprema Corte, e não ao réu, que inclusive nesse caso não poderá insurgir-se.

A posição negativista parte de conceitos mais clássicos sobre a atividade judicante, desconsiderando a possibilidade de criação do Direito pelo Juiz no caso concreto, com o claro intuito de desconsiderar o ativismo judicial.

Ainda ignoraram outra interpretação, dada ao art. 5º, inc. XL da CF/88, a qual, para doutrinadores que afirmam a possibilidade da lei terceira, o referido dispositivo constitucional interpretado sistematicamente com outros princípios e regras da Carta Política, dá margem ao entendimento de que o Juiz, no caso concreto, deve sempre beneficiar o réu, face às mudanças legislativas no tempo, de modo que o acusado não se submeta ao dinamismo legiferante.

A posição que afirma a conjugação de leis penais será objeto de estudo no próximo tópico, mostrando-se muito aceita por doutrinadores modernos, conforme será demonstrado adiante.

## 2.2 Posição moderna – afirmativa

Assim como quando iniciamos o tópico anterior, inicialmente justificamos o porquê da terminologia adotada para mencionar esta posição doutrinária. Os que afirmam ser possível a combinação de leis penais são Basileu Garcia, Magalhães Noronha, Júlio Fabbrini Mirabete, Damásio de Jesus, Celso Delmanto, Rogério Greco e outros<sup>103</sup>, doutrinadores tidos como modernos no Direito Penal brasileiro.

O posicionamento que afirma a possibilidade da conjunção de duas normas penais, de forma a obter uma lei que mais favoreça ao réu, combinando partes mais benignas das duas anteriores, o faz praticamente através de dois fundamentos: (i)

---

103 SOUZA NUCCI. Guilherme. **Manual de direito penal**. 3ª edição. São Paulo/SP. Revista dos Tribunais. 2007 (p. 97).

um, a partir de uma interpretação extensiva e sistemática do art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal; (ii) outro, considerando que se o Juiz pode aplicar toda integralidade da lei, também o pode fazer de forma parcial, conforme a teoria dos poderes implícitos, através da máxima de que “quem pode o mais pode o menos”.

Neste momento, explicaremos o segundo fundamento. Pela teoria dos poderes implícitos, entende-se que quando a Carta Magna outorga atribuições para determinados órgãos, subtede-se que implicitamente é assegurado os poderes necessários para a sua execução<sup>104</sup>.

Assim ocorre quando a Constituição Federal assevera que a lei penal não irá retroagir, salvo para beneficiar o réu. Dessa forma, resta claro que a Carta Política priorizou em garantir ao condenado sempre uma situação mais favorável face as mutações legislativas, de forma que o Magistrado ao aplicar a determinação

---

constitucional pode combinar duas leis penais conflitantes no tempo, para resguardar ao réu uma situação mais favorável.

A teoria dos poderes implícitos parte da máxima de que “quem pode o mais, pode o menos”. Ao adotarmos a referida teoria para a problemática da combinação de leis penais, concluímos que se o Juiz pode retroagir totalmente a lei nova para um caso pretérito, também o poderá fazer de forma parcial.

É como elucida Paulo Queiroz<sup>105</sup>:

Pois bem, se a lei posterior for inteiramente favorável ao réu, é evidente que retroagirá de forma integral; mas se o for em parte, então o caso é de retroatividade parcial da nova lei. Parece evidente assim que, se a lei deve retroagir quando for integralmente favorável, tal deverá ocorrer, com maior razão, quando o for apenas em parte, em respeito ao princípio constitucional da retroatividade da *lex mitior*, pouco importando o quanto de benefício encerre; afinal, se a lei deve retroagir no seu todo quando mais branda, o mesmo há de ocorrer quando somente o for em parte. Ademais, o Código (art. 2º, parágrafo único) prevê a retroatividade quando a lei posterior favorecer o agente *de qualquer modo*,

---

104 STF. **RHC107515**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 15/03/2012.

105 QUEIROZ. Paulo. **Curso de Direito Penal**, parte geral. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/combinacao-de-leis-penais/>

Ora, a título de exemplo, podemos citar o que ocorreu com as Leis Federais de nº 6.368/76 e 11.343/2006. A pena mínima cominada ao crime de tráfico de drogas era de 3 (três) anos (revogado art. 12), sendo que a *novatio legis* a aumentou para 5 (cinco) anos (atual art. 33). No entanto, a nova Lei previu, em seu art. 33, § 4º, uma causa especial de redução de pena que não constava na lei anterior, dizendo que, *verbis*: “os delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços)), vedada a conversão em penas restritivas de direito, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”<sup>106</sup>.

Para a teoria afirmativa, no exemplo mencionado, o Juiz, sempre quando se deparar com um crime de tráfico de entorpecentes, desde que cometido na vigência da lei antiga, deverá aplicar a pena cominada na lei revogada, e permitir a incidência da causa especial de diminuição de pena. Desta forma estaria o Magistrado em estrita observância ao mandamento esculpido no art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal.

Outro exemplo interessante foi o que aconteceu com a nova lei que trata dos crimes contra a dignidade sexual, chamados antes de crimes contra os costumes. A Lei Federal 12.015/09 alterou o título VI, do Código Penal, de forma que fora cominada uma pena maior para a violação aos bens jurídicos por ela protegidos. No entanto, além da alteração no *quantum* da pena, foi revogada a presunção de violência para o estupro de vulneráveis, de modo que, o agente que cometeu o crime na vigência da lei anterior, tem o direito de ver aplicada a pena por ela prevista, e ainda para sua condenação, no caso de estupro de vulneráveis, deverá o *Parquet* fazer prova das imputações, mesmo para as vítimas menores de 14 (catorze) anos, não sendo mais satisfatória apenas a comprovação da conjunção carnal, como era na sistemática da lei anterior.

Nesse sentido, já decidiu o colendo STJ. Transcrevemos a respectiva ementa<sup>31</sup>:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. AUMENTO PREVISTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. VIOLÊNCIA REAL E GRAVE AMEAÇA. INCIDÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009.

I - Esta Corte firmou orientação de que a majorante inserta no art. 9º da Lei nº 8.072/90, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio *ne bis in idem*. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real ou grave

106 GRECO. Rogério. **Curso de Direito Penal parte geral**. 14ª edição. Niterói/RJ. Impetus. 2012 (p.115).



ameaça perpetrada contra criança, seria aplicável a referida causa de aumento. (Precedentes). II

- Com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, restou revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível a sua aplicação para fatos posteriores à sua edição. Não obstante, remanesce a maior reprovabilidade da conduta, pois a matéria passou a ser regulada no art. 217-A do CP, que trata do estupro de vulnerável, no qual a reprimenda prevista revela-se mais rigorosa do que a do crime de estupro (art. 213 do CP). III - Tratando-se de fato anterior, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo (art. 217-A) por se mostrar mais benéfico ao acusado, ex vi do art. 2º, parágrafo único, do CP. Recurso parcialmente provido. (STJ – Min. Felix Fisher – Recurso Especial 1.102.005).PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. AUMENTO PREVISTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. VIOLÊNCIA REAL E GRAVE AMEAÇA. INCIDÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. I - Esta Corte firmou orientação de que a majorante inserta no art. 9º da Lei nº 8.072/90, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio *nec bis in idem*. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real ou grave ameaça perpetrada contra criança, seria aplicável a referida causa de aumento. (Precedentes). II - Com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, restou revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível a sua aplicação para fatos posteriores à sua edição. Não obstante, remanesce a maior reprovabilidade da conduta, pois a matéria passou a ser regulada no art. 217-A do CP, que trata do estupro de vulnerável, no qual a reprimenda prevista revela-se mais rigorosa do que a do crime de estupro (art. 213 do CP). III - Tratando-se de fato anterior, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo (art. 217-A) por se mostrar mais benéfico ao acusado, ex vi do art. 2º, parágrafo

único, do CP. Recurso parcialmente provido. (STJ – Min. Felix Fisher – Recurso Especial 1.102.005).107

É importante destacar que a “*Inherent Powers*” é sobretudo um importante instrumento de interpretação constitucional, como é por vezes reconhecido na jurisprudência da Suprema Corte brasileira, de forma que não se pode negar a força deste fundamento.

Se a Carta Magna, outorga ao Estado-Juiz a função de aplicação do Direito ao caso concreto, prevendo que em se tratando de modificação intertemporal de leis penais, a mais benéfica ao acusado deve retroagir, excepcionando a regra geral do “*tempus regit actum*”, é bastante conclusivo que é concedido ao Magistrado todos os meios para que lhe seja possível o exercício desta função, inclusive com a possibilidade de aplicação ainda que apenas parcial da lei nova, já que o mesmo pode fazer retroagir a legislação penal de forma total.

Constitui outro fundamento. para os que aceitam a conjunção de normas penais, uma interpretação integradora e sistemática da Constituição Federal.

O critério integrativo da interpretação constitucional reflete notadamente o princípio da plenitude do ordenamento jurídico, cuja inteligência é a de que na ordem jurídica não existe lacuna, de forma que o Direito posto é satisfatório para a solução dos conflitos sociais.

A premissa acima baseia-se no fato de que da mesma forma que o Judiciário não pode escusar-se de julgar um litígio proposto, alegando lacuna na lei, o legislador não pode prever todas as situações concretas possíveis, tendo que legislar de forma ampla e abstrata, estando consagrada a atuação criativa do operador do direito no caso concreto.

Não é possível que o constituinte, nem muito menos o legislador ordinário, anteveja casuisticamente todas as situações jurídicas penais em que deverá haver a retroatividade da *lex mitior*, mas poderá prever genericamente que, quando qualquer lei favorecer o réu, essa deverá ter efeito retroativo.

Ao Juiz caberá analisar no caso concreto qual lei é a mais favorável, e, se, a posterior trazer apenas alguns pontos benignos, estes deverão retroagir.

O que se percebe claramente no sentido da norma constitucional (art. 5º, XL) e da infraconstitucional (art. 2º, parágrafo único do CPB) é a garantia

---

107 STJ. **RESP. 1.102.005**. Rel. Min. Felix Fisher. Julgado em 19/08/2007.

do favorecimento do acusado, sempre que a legislação que tutela um determinado bem jurídico, o faça de forma mais branda, inclusive como decorrência do princípio da individualização da pena.

Pelo princípio da individualização da pena, em síntese, entende-se consistir na determinação de que as sanções penais impostas aos condenados devem ser individualizadas, tanto quanto possível, de acordo com as circunstâncias do fato e das qualidades pessoais do agente.

Conclui-se, em consonância com a doutrina moderna afirmativa, que o Juiz não cria uma terceira lei, ao levar a efeito a combinação de leis penais no caso concreto, e, sim, age dentro de parâmetros fixados pelo constituinte.

O que a *“Lex Mater”* pretende é assegurar que o condenado tenha uma atenuação na cominação penal de sua conduta, sempre que a sociedade enxergar, esta representada pelo Parlamento, uma maior brandura para a conduta delituosa, de modo que quando uma lei posterior seja mais favorável, total ou parcialmente, deve retroagir seja de forma integral, se assim for seu grau de benignidade, ou parcial, quando algumas partes da nova lei é melhor para o réu.

### **3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A PROBLEMÁTICA**

Neste capítulo dedicaremos os estudos à análise jurisprudencial sobre a possibilidade de combinação de leis penais no tempo, tendo como foco sobretudo decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

A matéria é de tamanha divergência que, em nenhum dos colendos Tribunais referidos, se vai encontrar uma uniformidade de entendimento.

Ficará demonstrado que no âmbito do STJ existe discrepância entre a 5ª (quinta) e a 6ª (sexta) Turmas, ao passo que no STF o Recurso Extraordinário 596.152/SP, que trata sobre a problemática deste trabalho, teve votação encerrada em 5x5 (cinco a cinco).

No âmbito do STJ, optamos pela escolha para a análise da decisão adotada no Recurso Especial nº 1.117.068 - PR, uma vez que o mesmo foi julgado pela 3ª Seção desse colendo Tribunal Superior, de forma que as decisões da 5ª (quinta) e da 6ª (sexta) Turmas não são pacíficas, e ainda a referida decisão serviu de alicerce para o firmamento do entendimento em decisões posteriores, na seara deste Tribunal.

É certo que ao pesquisarmos no sítio da Suprema Corte brasileira, sob a possibilidade de combinação de leis penais, encontramos 09 (nove) acórdãos que tratam sobre o tema.

O RE nº 596.152/SP foi escolhido para a análise da jurisprudência do STF neste trabalho, por dois motivos: (I) é o único recurso extraordinário em que se discute a possibilidade ou não de combinar leis penais, pois os outros acórdãos são originados de sua maioria de *Habeas Corpus*; (II) todas as decisões posteriores ao RE referido o tem como paradigma de decisão<sup>108</sup>.

A importância de se ter um RE discutindo a matéria é a certeza da relevância do tema posto em debate, já que o crivo de admissibilidade do referido recurso é rígido, sobretudo pela existência do instituto da repercussão geral.

Em breve síntese, já que não é objeto deste trabalho o estudo do recurso extraordinário, por repercussão geral, o art. 543-A, § 1º do Código de Processo Civil<sup>37</sup>, acrescentado pela Lei nº 11.418/06, assim dispõe:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

A Corte Suprema reconheceu a repercussão geral da matéria posta em debate, gerando ampla polêmica entre os magistrados que a compõe.

### 3.1 Resp nº 1.117.068 – PR (STJ).

O Resp nº 1.117.068/ PR tem a seguinte ementa:

**RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65 E 68, CAPUT, DO CÓDIGO**

108

Vide <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28combina%20de+leis+penais%29&base=baseAcordaos>

PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIME PREVISTO NO ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. **COMBINAÇÃO DE LEIS.** OFENSA AO ART. 2.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL E AO ART. 33, § 4.º, DO ART. 11.343/06. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. É firme o entendimento que a incidência **de** circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior.
2. O critério trifásico **de** individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.
3. Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu *arbitrium iudices* dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação **de** atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar.
4. Desde que favorável ao réu, é **de** rigor a aplicação da causa **de** diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, quando evidenciado o preenchimento dos requisitos legais. É vedado ao Juiz, diante **de** conflito aparente **de** normas, apenas aplicar os aspectos benéficos **de** uma e **de** outra lei, utilizando-se a pena mínima prevista na Lei n.º 6.368/76 com a minorante prevista na nova Lei **de** Drogas, sob pena **de** transmudar-se em legislador ordinário, criando lei nova.
5. No caso, com os parâmetros lançados no acórdão recorrido, que aplicou a causa **de** diminuição no mínimo legal **de** 1/6 (um sexto), a penalidade obtida com a aplicação da causa **de** diminuição do art. 33,

§ 4º, da Lei n.º 11.343/06, ao caput do mesmo artigo, não é mais benéfica à Recorrida.

6. Recurso especial conhecido e provido para, reformando o acórdão recorrido, i) afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal e ii) reconhecer a indevida cisão **de** normas e retirar da condenação a causa **de** diminuição **de** pena prevista art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, que no caso é prejudicial à Recorrida, que resta condenada à pena **de** 03 anos **de** reclusão. Acórdão sujeito ao que dispõe o art. 543-C do Código **de** Processo Civil e da Resolução STJ n.º 08, **de** 07 **de** agosto **de** 2008.

O entendimento sustentando pela 3ª (terceira) Seção do STJ, órgão que reúne as duas Turmas de Direito Penal, é pela impossibilidade de conjugação de leis penais, sob o fundamento de que o Juiz se assim o fizesse estaria legislando.

Em verdade, para esta Corte Superior a análise da lei mais benfazeja se dá apenas de forma integral em uma referida legislação, não podendo o Juiz mesclar dois estatutos jurídicos diferentes ao argumento de beneficiar o réu.

Observemos a posição da Min. Laurita Vaz<sup>109</sup>, Relatora do recurso especial, em análise:

“De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, tem admitido a aplicação retroativa do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, na sua integralidade, sem a combinação de lei anterior e posterior, isto é, sem a possibilidade de aplicar a minorante com a pena prevista na Lei n.º 6.368/76, conforme se fez no caso concreto. Vedada a aplicação parcial da Lei n.º 11.343/2006, resta saber qual das normas é a mais favorável à ré, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. A lei antiga comina pena mínima de 03 (três) anos de reclusão (art. 12, caput, da Lei n.º 6.368/76), enquanto a nova prevê 05 (cinco) anos de reclusão (art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06), denotando, *prima facie*, ser mais gravosa e, por conseguinte, inaplicável aos fatos anteriores. Não obstante, a alteração do sistema introduzido com a novel legislação, a par de dispensar tratamento mais rigoroso ao traficante, com a

---

109 STJ. **RESP. 1.117.068** . Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em 26/10/2011.

elevação das penas mínimas, possibilitou ao magistrado o abrandamento do rigorismo, instituindo causa de diminuição (§ 4.º do mesmo art. 33), em se tratando de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, o que traria a pena, se fixada no mínimo e sem acréscimos, para o patamar de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, sendo utilizada a redução máxima. Assim, encaixando-se a hipótese no disposto no § 4.º do citado artigo – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, pena reclusiva de 05 (cinco) anos pode reduzir-se para menos de 03 (três) anos, a depender da fração redutora, passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga.”

No caso concreto, concluiu-se que a lei 11.346/2006 não pode retroagir no que tange apenas à causa especial de diminuição de pena, prevista em seu art. 33, § 4ª, a qual que aduz *“Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”*.

A referida causa de diminuição de pena só deve ser aplicada à punição prevista na própria lei 11.346/2006, não podendo retroagir para diminuir a pena cominada na lei 6.368/76.

Este posicionamento foi aceito quase à unanimidade, com ressalva do posicionamento do Min. Marco Aurélio Belizze<sup>110</sup>, o qual divergiu pela possibilidade de combinação de leis penais no caso concreto.

Vejamos:

“Não há função de legislador ao juiz que aplica, sobre a lei vigente ao tempo do fato, uma lei benéfica, ainda que para isso seja necessário dar uma interpretação a lei nova, fundada nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de forma a limitar o benefício advindo da conjugação de leis ao máximo que poderia ser obtido pelos destinatários da lei

---

110 STJ. **RESP. 1.117.068**. Voto. Min. Marco Aurélio Belizze. Julgado em 26/10/2011.

nova. Em síntese, a aplicação retroativa da nova Lei de Drogas, reconhecendo-se a incidência da causa de redução da pena sobre condenação pelo crime de tráfico da Lei nº 6.368/76, não poderá resultar para este condenado pena menor que aquela prevista para o destinatário da Lei nº 11.343/06.”

Enfim, o STJ, através da 3ª (terceira) Seção, concluiu pela impossibilidade da combinação de leis penais. Para esta Corte Superior, haveria violação ao princípio da separação dos poderes, pois o juiz estaria criando uma lei terceira não prevista pelo legislador.

### 3.2 RE nº 596.152/SP

Inicialmente pedimos vênias para transcrever a ementa do referido julgado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, INSTITUÍDA PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FIGURA DO PEQUENO TRAFICANTE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). CONFLITO INTERTEMPORAL DE LEIS PENAIS. APLICAÇÃO AOS CONDENADOS SOB A VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (INCISO XL DO ART. 5º DA CARTA MAGNA). MÁXIMA EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO. RETROATIVIDADE ALUSIVA À NORMA JURÍDICO-POSITIVA. INEDITISMO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE CONTRAPOSIÇÃO À NORMAÇÃO ANTERIOR. COMBINAÇÃO DE LEIS. INOCORRÊNCIA. EMPATE NA VOTAÇÃO. DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AO RECORRIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A regra constitucional de retroação da lei penal mais benéfica (inciso XL do art. 5º) é exigente de interpretação elástica ou tecnicamente “generosa”.
2. Para conferir o máximo de eficácia ao inciso XL do seu art. 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada



norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal. Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, não por mérito da lei em que inserida a regra penal mais favorável, porém por mérito da Constituição mesma.

3. A discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-positivo) é de se deslocar do campo da lei para o campo da norma; isto é, não se trata de admitir ou não a mesclagem de leis que se sucedem no tempo, mas de aceitar ou não a combinação de normas penais que se friccionem no tempo quanto aos respectivos comandos.

4. O que a Lei das Leis rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito. Situação em que há de se fazer uma escolha, e essa escolha tem que recair é sobre a inteireza da norma comparativamente mais benéfica. Vedando-se, por conseguinte, a fragmentação material do instituto, que não pode ser regulado, em parte, pela regra mais nova e de mais forte compleição benéfica, e, de outra parte, pelo que a regra mais velha contenha de mais benfazejo.

5. A Constituição da República proclama a retroatividade dessa ou daquela figura de direito que, veiculada por norma penal temporalmente mais nova, se revele ainda mais benfazeja do que a norma igualmente penal até então vigente. Caso contrário, ou seja, se a norma penal mais nova consubstanciar política criminal de maior severidade, o que prospera é a vedação da retroatividade.

6. A retroatividade da lei penal mais benfazeja ganha clareza cognitiva à luz das figuras constitucionais da ultra-atividade e da retroatividade, não de uma determinada lei penal em sua inteireza, mas de uma particularizada norma penal com seu específico instituto. Isto na acepção de que, ali onde a norma penal mais antiga for também a mais benéfica, o que

deve incidir é o fenômeno da ultra-atividade; ou seja, essa norma penal mais antiga decai da sua atividade eficaz, porquanto inoperante para reger casos futuros, mas adquire instantaneamente o atributo da ultra-atividade quanto aos fatos e pessoas por ela regidos ao tempo daquela sua originária atividade eficaz. Mas ali onde a norma penal mais nova se revelar mais favorável, o que toma corpo é o fenômeno da retroatividade do respectivo comando. Com o que ultra-atividade (da velha norma) e retroatividade (da regra mais recente) não podem ocupar o mesmo espaço de incidência. Uma figura é repelente da outra, sob pena de embaralhamento de antagônicos regimes jurídicos de um só e mesmo instituto ou figura de direito.

7. Atento a esses marcos interpretativos, hauridos diretamente da Carta Magna, o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 outra coisa não fez senão erigir quatro vetores à categoria de causa de diminuição de pena para favorecer a figura do pequeno traficante. Minorante, essa, não objeto de normação anterior. E que, assim ineditamente positivada, o foi para melhor servir à garantia constitucional da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF/88).

8. O tipo penal ou delito em si do tráfico de entorpecentes já figurava no art. 12 da Lei 6.368/1976, de modo que o ineditismo regratório se deu tão-somente quanto à pena mínima de reclusão, que subiu de 3 (três) para 5 (cinco) anos. Afora pequenas alterações redacionais, tudo o mais se manteve substancialmente intacto.

9. No plano do agravamento da pena de reclusão, a regra mais nova não tem como retroincidir. Sendo (como de fato é) constitutiva de política criminal mais drástica, a nova regra cede espaço ao comando da norma penal de maior teor de benignidade, que é justamente aquela mais recuada no tempo: o art. 12 da Lei 6.368/1976, a incidir por ultra-atividade. O novidadeiro instituto da minorante, que, por força mesma do seu ineditismo, não se contrapondo a nenhuma anterior regra penal, incide tão imediata quanto solitariamente, nos exatos termos do inciso XL do art. 5º da

Constituição Federal.

10. Recurso extraordinário desprovido.

A imensa divergência acerca do tema se comprova mediante o empate na votação do referido recurso extraordinário. De início esclarecemos que o desprovido do recurso extraordinário se deu por razões regimentais, já que os Ministros da Suprema Corte entenderam que na essência do referido recurso havia pleito típico de *Habeas Corpus* e, ocasionando empate, dever-se-ia adotar o mais favorável ao réu.

O STF até então adotava posição similar a da terceira Seção do STJ (Resp nº 1.117.068). No entanto, a partir do recurso extraordinário ora analisado, inaugurou-se uma divergência sobre a problemática.

Destacamos que os cinco Ministros (Ricardo Lewandowski [Relator], Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio), que votaram pela impossibilidade de mesclagem de leis, assim decidiram pelos fundamentos já expostos na análise do tópico anterior, considerando invasão do Magistrado em função que não lhe cabe, notadamente a função legiferante.

A título de exemplo citamos um trecho do voto do Min. Luiz

Fux<sup>111</sup>:

(...)“A *lex tertia* viola, ainda, dois outros fundamentos do art. 5º, XL, *in fine*, da Lei Maior: o princípio da legalidade e a democracia. Cria-se, com a tese que ora se refuta, uma regra que não está prevista nem na lei antiga e nem na lei nova, que não goza do batismo democrático atribuído à Lei quele aplicável aos que delinquirem após o advento da Lei de Drogas de 2006. Diversas razões militam contra essa conclusão. Passo a enumerá-las. A primeira, e mais evidente, é a afronta acachapante ao princípio da isonomia, previsto no art. 5º, caput, da Constituição. Nenhum argumento é capaz de justificar que o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna permita que duas pessoas, que praticaram o mesmo fato delituoso, nas mesmas condições, recebam penas distintas, apenas em razão do tempo em que o crime

---

111 STF. **RE. 596.152** . Voto. Min. Luiz Fux. Julgado em 13/10/2011.

foi levado a cabo. Essa situação é possível quando a lei antiga punia o crime de maneira mais branda que a lei modificada – aplicando-se o princípio da irretroatividade da *novatio legis in pejus* –, porém, em tal conjuntura é mantida a reprimenda prevista na legislação anterior. Os que defendem a *lex tertia* talvez não tenham se apercebido do paradoxo que seria uma lei retroagir conferindo aos fatos passados uma situação jurídica mais favorável do que àqueles praticados durante a sua vigência. Vale lembrar que a igualdade perante a lei é um dos fundamentos da retroatividade da lei penal mais favorável. Conforme dito alhures, outro fundamento desse princípio reside na mudança da valoração de uma conduta delituosa pela sociedade, que passa a considerar despienda ou excessiva a punição até então dispensada a ela. Ocorre que a retroatividade da lei “em tiras” consiste em velada deturpação da nova percepção que o legislador, responsável por expressar os anseios sociais, manifestou a respeito dessa mesma conduta. Em palavras mais singelas: a sociedade pós-Lei

11.343 quer uma punição mínima de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão para o “tráfico privilegiado”, não sendo possível dispensar tratamento mais brando aos crimes pretéritos dessa natureza. A *lex tertia* viola, ainda, dois outros fundamentos do art. 5º, XL, *in fine*, da Lei Maior: o princípio da legalidade e a democracia. Cria-se, coma tese que ora se refuta, uma regra que não está prevista nem na lei antiga e nem na lei nova, que não goza do batismo democrático atribuído à Lei formal. Ao Judiciário não é dado arvorar-se no papel de legislador para pretender, mediante manobra interpretativa, resultado contrário à vontade da lei (ou melhor, das leis) e da Constituição”.

Já os Ministros divergentes, (Ayres Britto, Cezar Peluso (Presidente), Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello), entenderam não se tratar de combinação de lei, já que a causa de diminuição de pena, com seus requisitos próprios, aplicados ao chamado “pequeno traficante”, é uma figura de direito autônoma, aplicando-se o princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

Para os eminentes magistrados, há uma mitigação da teoria do conglobamento, quando se tratar de instituto jurídico próprio, o que se veda é a

combinação de requisitos para uma mesma figura de direito, não se pode mesclar requisitos de leis distintas sobre um mesmo instituto, com o intuito de beneficiar o agente, isso sim, seria uma *lex tertia*, o que é vedado ao julgador.

É como decidiu o Min. Carlos Ayres Britto<sup>112</sup>:

“(...)Deste ponto se infere que a prefalada discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-positivo) é de se deslocar do campo da lei para o campo da norma; isto é, não se trata de admitir ou não a mesclagem de leis que se sucedem no tempo, mas de aceitar ou não a combinação de normas penais que se friccionem no tempo quanto aos respectivos comandos. E ase tomar como válido o juízo técnico de vedação da mescla, então a pergunta que nos cabe fazer é simplesmente esta: quando se tem uma indevida combinação de modelos prescritivos em matéria penal? Resposta: o que a nossa Constituição rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito. Situação em que há de se fazer uma escolha, e essa escolha tem que recair é sobre a inteireza da norma comparativamente mais benéfica. Vedando-se, por conseguinte, a fragmentação material do instituto, que não pode ser regulado, em parte, pela regra mais nova e de mais forte compleição benéfica, e, de outra parte, pelo que a regra mais velha contenha de mais benfazejo. Isso equivaleria a criar uma normação extralegislativa, puramente imaginária, como se fosse possível colocar um dos pés da interpretação na canoa mais nova e o outro pé na canoa mais velha para alcançar um mesmo destino. Proibição, portanto, decorrente do pétreo esquema constitucional da separação dos Poderes (inciso I do § 4º do art. 60 da CF/88), já antecipadamente formatado pelo art. 2º da mesma Lei Republicana, pois ao Poder Judiciário descabe legislar”.

---

<sup>112</sup> STF. **RE. 596.152** . Voto. Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em 13/10/2011

Ess posição do STF é intermediária, entre a teoria que aceita a *lex tertia* e a que rejeita a combinação de leis penais, apesar de rechaçar a fusão de partes de leis penais, que se sucedem no tempo, com o intuito de beneficiar a situação jurídica do réu.

Afirma-se que quando se tratar de uma figura de direito autônoma, se for benfazeja ao réu, será dotada de retroatividade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

Do exposto, concluímos que existe a possibilidade de se mesclar leis para beneficiar o réu, sobretudo quando se tratar de institutos jurídicos autônomos ou figuras de direito diversas.

O que não será possível é juntar requisitos de determinado instituto jurídico de diversas legislações. Se assim o fizer, é notável que o Juiz estaria criando uma terceira lei.

A criação desta *lex tertia, data vênia*, transbordaria os limites da retroatividade benigna da lei penal. Tal limitação é decorrência da Constituição Federal que prevê o efeito retroativo da lei penal que beneficia o réu, bem como não se permite ao Magistrado criar uma figura distinta da prevista pelo legislador.

É certo que se trata de garantia constitucional do réu uma proteção contra as mutações legislativas, seja quando há um agravamento ou um melhoramento da sua situação jurídica.

Na primeira hipótese, deve prevalecer a irretroatividade; já na segunda, subsistirá como regra a retroatividade. Nisso consiste a extra-atividade da lei penal.

No entanto, nos posicionamos no sentido de que apenas quando tratar-se de uma figura de direito única, inédita, é que possa haver a mesclagem de leis para beneficiar o agente. Este entendimento é condizente com a posição prevalecente no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

AGRA. Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 2009.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**. 2ª edição. São Paulo.Saraiva 2011.

DE JESUS. Damásio E. **Direito Penal, parte geral**. 23ª edição. São Paulo/SP.Saraiva. 1999.

Diniz. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral. 26ªedição. São Paulo. Saraiva. 2009.

FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 3ª. ed. rev. atual. e ampl.São Paulo: Ícone, 2002.

GALVÃO. Fernando. **Curso Completo de Direito Penal**. Volume 1. 2ª edição. Rio deJaneiro. Del Rey. 2007

GRECO. Rogério. **Curso de Direito Penal parte geral**. 14ª edição. Niterói/RJ.Impetus. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral**. 2ª. ed. rev. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2004,

MENDES E OUTROS.Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição.São Paulo. Saraiva. 2010.

MIRABETE. Julio Fabbrini **Manual de Direito Penal**, parte geral. 22ª edição.São Paulo. Atlas. 2005.

MONTESQUIEU. Charles-Louís de. **Do espírito das leis**. Difusão Europeia dolivro, 1962.

PRADO. Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume I. 6ª edição.São Paulo. Revista dos Tribunais.

ROXIN. Claus. **Derecho Penal- Parte general**, t. 1.

SOUZA NUCCI. Guilherme. **Manual de direito penal**. 3ª edição. São Paulo/SP.Revista dos Tribunais. 2007.

## REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

CALHEIROS, Maria Clara. **Aplicação da lei no tempo**. Disponível em [http://delegadodireito1.files.wordpress.com/2010/06/aplicacao\\_da\\_lei\\_no\\_tempo.pdf](http://delegadodireito1.files.wordpress.com/2010/06/aplicacao_da_lei_no_tempo.pdf).

MARQUES. José Frederico. Tratado de direito penal. 2ª ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1964. (p. 210-211). Disponível no voto do Min. Luiz Fux no HC 107.583\MG disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2122439>.

QUEIROZ. Paulo. **Curso de Direito Penal**, parte geral. Disponível em  
<http://pauloqueiroz.net/combinacao-de-leis-penais/>

RICARDO. Allan apud TOLEDO. Assis. Direito Penal I. Disponível em  
<http://pt.scribd.com/doc/94251154/Direito-Penal-i-1> .



## A FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

**EDUARDO AUGUSTO TRACZ:**  
Policia! Penal. Bacharel em Direito pela PUC-PR. Pós-graduado em Educação no Sistema Penal, Gestão Pública e Direito Previdenciário. Graduando em Pedagogia.

**RESUMO:** A legislação trabalhista no Brasil passou por uma importante mudança em 2017, com a aprovação da Lei nº 13.467, conhecida como a "reforma trabalhista". Essa reforma trouxe mudanças na relação entre empregadores e empregados, incluindo a flexibilização de algumas normas trabalhistas. A flexibilização das leis trabalhistas refere-se a uma mudança nas regras que governam as relações de trabalho, com o objetivo de torná-las mais flexíveis e adaptáveis às necessidades do mercado de trabalho e das empresas. Isso pode incluir mudanças em horários de trabalho, remuneração, jornada de trabalho, direitos trabalhistas, entre outros aspectos.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade demonstrar a contextualização da Flexibilização das Leis Trabalhistas levando em conta a transformação que o direito laboral vem passando nos últimos séculos. Pretende-se demonstrar sua aplicabilidade na sociedade contemporânea, bem como os meios para se colocar em prática tal instituto.

Esclarece-se, desde já, que o presente trabalho não tem a intenção de esgotar o tema, nem tampouco apresentar uma conclusão definitiva sobre ele, mas preocupa-se em estudá-lo da forma mais abrangente possível para ajudar a sua melhor compreensão.

De início já percebe-se a dificuldade com que os doutrinadores e profissionais da área tem em interpretá-lo, dessa forma, não fica-se preso a conclusões precipitadas. Preocupa-se em fazer com que o leitor que desconhece o tema possa em uma leitura simples entender sua aplicação, seus prós e contras, para posteriormente tomar partido.

Da mesma forma, observa-se a grande dificuldade de encontrar escritos completos sobre a flexibilização, na maioria dos artigos ou periódicos os autores acabam tecendo suas considerações a partir de uma opinião já formada, o que acaba sendo prejudicial. Nossa preocupação é trazer à tona posições contrárias e favoráveis ao tema, sem é claro, deixar de tecer algumas considerações ao término. Com essa análise, percebe-se que a melhor forma de desenvolver nossas considerações é da forma mais imparcial possível, demonstrando todos os pontos importantes do instituto.

O trabalho desenvolve-se de uma forma que o leitor entenda a flexibilização, não fique preso a pré-conceitos e possa no final tirar suas próprias conclusões.

## **2. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO**

Para uma abordagem completa do instituto da flexibilização nas relações de emprego, é necessário que se faça uma abordagem, ainda que de forma sucinta, sobre o panorama geral do direito do trabalho, notadamente a parte história e suas ligações com a relação social.

O conflito de interesses entre empregadores e empregados, de fundamental importância para o estudo da flexibilização, tem sua origem nos primórdios do trabalho assalariado. Remonta o período da Revolução Industrial, principiada em países da Europa, na Inglaterra, com o gradativo êxodo da mão de obra campestre para as cidades, com a substituição das práticas laborativas advindas do período feudal pela forma assalariada de sua prestação.

Para Orlando Gomes, o fenômeno histórico denominado "Revolução industrial", possui seu marco histórico didaticamente definido com a descoberta da máquina a vapor, em 1712, por Thomas Newcomen, sendo posteriormente aperfeiçoada por James Watt.<sup>113</sup>

O surgimento do direito do trabalho como um ramo novo da ciência jurídica é de data recente (século XIX), entretanto, quase 2.000 A.c. os povos já recepcionavam em seu direito, matérias relacionadas à legislação trabalhista, através dos babilônios, como o estabelecimento de preços para as várias modalidades de trabalho, e dos hebreus com a criação do repouso semana e a semente da humanização do trabalho escravo. Em outros povos, como os hindus e os egípcios, havia regras que distribuíam as atividades segundo as castas das quais a sociedade era formada.

No período romano, a economia se baseava no trabalho escravo. A questão social não se concentrava nas relações entre capital e trabalho e a organização política romana pouca importância atribuía à legislação social em geral.

Com a evolução, alguns escravos foram conquistando a liberdade, tornando-se trabalhadores assalariados. A separação da força de trabalho da pessoa do trabalhador ocorreu de forma lenta e gradual. Desde os tempos mais remotos já havia desequilíbrio na relação de trabalho.

Durante a época medieval houve grandes transformações nas relações de trabalho, providas das invasões bárbaras e das guerras, dificultando o comércio e estimulando a

---

<sup>113</sup>GOMES, orlando, GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p-1.

escravidão, restando a valoração da terra, que passou a ser o centro da organização feudal. Surgiu uma infinidade de poderes e uma multiplicidade de ordens jurídicas, originárias da ordenação dos feudos e das corporações de ofício.

Como efeito da vigência da lei de oferta e procura, a grande oferta de mão de obra faz com que aqueles que trabalhavam nas fábricas se sujeitassem a desumanas condições de trabalho, mulheres e crianças são os mais atingidos, uma vez que são mais suscetíveis de exploração.

O proletário do século XVIII tinha uma jornada de trabalho de até 16 horas, transformado em um ser desumanizado, com pouca formação intelectual. Seu ambiente de trabalho e de casa eram extremamente insalubres.

O empregador sempre impôs as condições de trabalho, o tempo de serviço, os horários do trabalhador. E assim era pelo fato de que o trabalhador, tendo apenas a sua força de trabalho para garantir a sobrevivência sua e da família terminava por não questionar o patrão, visto que era a parte "fraca" da relação de emprego.

Para Amauri Mascavo Nascimento,

Se o patrão estabelecia as condições de trabalho a serem cumpridas pelos empregados, é porque, principalmente, não havia um direito regulamentando o problema. Às vezes eram impostos contratos verbais a longo prazo, até mesmo vitalícios; portanto uma servidão velada.<sup>114</sup>

A libertação do trabalhador aconteceu somente mais tarde como consequência da Revolução Industrial e generalização do trabalho assalariado, através de uma nova luta, não mais contra os senhores feudais, mas contra o patrão capitalista, amparado pelo Estado moderno, detentor do poder de jurisdição.

Um dos primeiros movimentos, e um dos mais emblemáticos foi o Ludismo, formado por trabalhadores ingleses seguidores de NellLudd, que uniam forças para literalmente destruir as máquinas que compunham as fábricas.

Acerca do ludismo, Voltaire Schilling expõe a aterradora situação causada pelo movimento:

---

<sup>114</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1999.pg. 15

Liderados pelos assim apontados como 'homens de maus desígnios', usando máscaras ou escurecendo o rosto, os esquadrões luditas, armados com martelos, achas, lanças e pistolas, aproveitando para se deslocarem à noite, vagavam de um distrito ao outro demolindo tudo o que encontravam pelo caminho, apavorando os donos das fábricas. O comandante da operação chamava-se de 'General Ludd', com poder de vida e morte sobre os companheiros Em Nottingham revelou-se um tipo enorme, Enoch Taylor, um ferreiro que levava ao ombro uma poderosa maça de ferro batizada com o seu nome mesmo: Enoch. Bastava uma martelada daquelas para que a porta do estabelecimento viesse abaixo, enquanto que mais uma outra aplicada num engenho qualquer dentro da oficina reduzia-o a um monte de ferro inútil".<sup>115</sup>

No campo teórico, pensadores como Karl Marx e David Ricardo expunham em suas obras todo descontentamento e necessidade de mudança do sistema vigente.<sup>116</sup>

Para Marx:

A criação do proletariado sem lar nem pão – despedido pelos grandes senhores feudais e cultivadores, vítimas de repetidas e violentas expropriações – era necessariamente mais rápida que a sua absorção pelas manufaturas nascentes. Por outro lado, estes homens, bruscamente arrancados de suas ocupações habituais, não se podiam adaptar prontamente à disciplina no novo sistema social, surgindo, por conseguinte, deles, uma porção de mendigos, ladrões e vagabundos. Daí a legislação contra a vadiagem, promulgada nos fins do século XVI, no oeste da Europa. Os pais da atual classe operária foram duramente castigados por terem sido reduzidos ao estado de vagabundos e pobres. A legislação os tratou como criminosos voluntários, supondo que dependia de seu livre arbítrio o continuar trabalhando (...).<sup>117</sup>

A partir da força social criada pela grande massa assalariada urbana, os direitos laborativos foram, paulatinamente, sendo conquistados, quebrando a barreira do capital e da negligência do Estado.

---

<sup>115</sup><http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/2006/03/13/001.htm> acesso em 09 de janeiro de 2023.

<sup>116</sup>MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. 4. Ed. – São Paulo : Atlas, 2009,p.6.

<sup>117</sup>MARX, Karl. A origem do capital: a acumulação primitiva; Tradução Klaus Von Puchen. 2 ed. São Paulo: Centauro, 2004,p.47.

Os Efeitos do capitalismo começam desde o início do século XVIII a suscitar discussões em torno da questão social.<sup>118</sup> O industrialismo levou ao liberalismo. O trabalhador passa a dividir o resultado do seu trabalho com o capitalista, o dono dos meios de produção. Assim “ O salário depende da relação entre o capital e o número de operários, sujeito à lei da oferta e da procura”.<sup>119</sup>

Então começa no século (XIX) uma nova fase (era social). Para Marcelo Oliveira Rocha,

O estado começa a assumir seu papel tentando equilibrar a sociedade, buscando diminuir a diferença entre classes e grupos, limitando o interesse individual, cujo parâmetro é o interesse coletivo. Como os fracos e oprimidos são em muito maior número, o Estado e a moderna democracia passam a se preocupar com eles numa tentativa de equilibrar forças.<sup>120</sup>

Como o estado ainda estava muito ligado à igreja, sofreu significativa influência da igreja católica nesta fase. No final do século XIX, o Papa Leão XIII publicou a Encíclica *Rerum Novarum*<sup>121</sup>. A encíclica trata de questões levantadas durante a revolução industrial e as sociedades democráticas no final do século XIX. Leão XIII apoiava o direito dos trabalhadores formarem sindicatos, mas rejeitava o socialismo e defendia os direitos à propriedade privada. Discutia as relações entre o governo, os negócios, o trabalho e a Igreja.

Todo amparado histórico das lutas de classes acabou resultando em ganhos na esfera constitucional. Principalmente no início do século XX. Começou mais precisamente com a constituição do México de 1917. Dois anos depois a Constituição de Weimar, na Alemanha, trilhou o mesmo caminho, por estar na Alemanha em um continente cultural e

---

118ROCHA, Marcelo Oliveira. ApudNASCIMENTO, Amauri Mascavo. Iniciação ao Direito do Trabalho. 22º ed São Paulo:Ltr, 1996, p-16.

119 Idem, - 16.

120ROCHA, Marcelo Oliveira. Flexibilização do direito do trabalho: negociado e legislado. Campinas: LZN, 2005. P- 13.

121 DOCUMENTOS da igreja. Encíclicas: “carta Encíclica de sua Santidade o Papa Leão XIII sobre as condições dos operários de 15 de maio de 1891”. Disponível em [http://http://www.jurassicos.com.br/leao\\_XIII/rerum\\_novarum.html](http://http://www.jurassicos.com.br/leao_XIII/rerum_novarum.html)>: Acesso em: 03 jan. 2014.

economicamente mais desenvolvido, sua constituição de 1919 foi mais difundida inaugurando o que hoje se conhece com “o estado do bem estar social”.<sup>122</sup>

A constituição de Weimar tornou-se modelo de constitucionalismo social, projetado as regras que ela concebeu nas constituições que a sucederam, como a República Espanhola de 1931 e a Constituição Federal do Brasil de 1934.

Em 1944, OIT incorporou a convenção da Filadélfia a sua Constituição, em forma de anexo, documento que serviu de inspiração para a confecção da carta das Nações Unidas e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas. Esse diploma legal internacional consagrou e assegurou o direito ao trabalho com dignidade, conforme dispõe seu art. 23 :<sup>123</sup>

O homem passa a ter papel importante na relação laboral, sua proteção por parte do estado acaba trazendo uma infinidade de direitos. O trabalho passa a ser um meio para que o homem possa usufruir de uma felicidade plena.

### **3. FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA**

Existem opiniões divergentes sobre a flexibilização das leis trabalhistas. Algumas pessoas argumentam que ela pode ser tolerante, pois pode aumentar a produtividade das empresas, reduzir o desemprego e aumentar a flexibilidade das relações de trabalho. Outros argumentam que a flexibilização das leis trabalhistas pode levar a uma perda de direitos e proteções trabalhistas, salários mais baixos e condições de trabalho menos seguras.

Arnaldo Süssekind sustenta que “a flexibilização seria consequência da globalização da economia, afetando normas protetivas do trabalho a partir da década de 1980 na Europa Ocidental, de maneira a preservar empresas ameaçadas de extinção em função da crise econômica advinda do choque petrolífero”.<sup>124</sup>

A flexibilização trabalhista é, sem dúvida, um dos temas mais controvertidos do Direito do Trabalho. Lidar com uma balança que pesa, de um lado, os direitos dos trabalhadores e, de outro, os ganhos do empregador, é uma atividade bastante complexa e conflituosa.

---

<sup>122</sup>ROCHA, Marcelo Oliveira. Flexibilização do direito do trabalho: negociado e legislado. Campinas: LZN, 2005. P-25.

<sup>123</sup> JOSÉ, Cairo Júnior. Curso de Direito do Trabalho. 6ªed. Salvador: juspodivm, 2011, p-55.

<sup>124</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. Alcance e objeto da flexibilização do Direito do Trabalho. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coord.). A transição do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo, LTr, 1999. p. 33-34

Umberto Romagnoli explicita, que a flexibilização dos direitos trabalhistas, para grande parte dos empresários, é "considerada como uma droga: se acostumam com ela rapidamente, nunca têm o suficiente e querem doses cada vez maiores".

Sergio Pinto Martins, afirma que

O fenômeno da flexibilização dos direitos trabalhistas surgiu como forma de adequação entre os dinamismos das mudanças do mundo e o direito laboral. A flexibilização das condições de trabalho é um conjunto de regras que têm por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica. Fica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho. Para alguns doutrinadores, a flexibilização é forma de salvar a pátria dos males do desemprego, para outros, é uma forma de destruir tudo aquilo que o trabalhador conquistou durante séculos de reivindicações, que apenas privilegiam os interesses do capital, sendo uma forma de fazer com que o empregado pague a conta da crise econômica.<sup>125</sup>

A flexibilização é o instrumento ideológico liberal e pragmático de que vem se servindo os países de economia de mercado, para que as empresas possam contar com mecanismos capazes de compatibilizar seus interesses e os dos seus trabalhadores, tendo em vista a conjuntura mundial, caracterizada pelas rápidas flutuações do sistema econômico, pelo aparecimento de novas tecnologias e outros fatores que exigem ajustes inadiáveis.<sup>126</sup>

Para Arnaldo Süssekind,

A flexibilização das relações de trabalho consiste no mecanismo pelo qual a proteção dispensada pela lei ao trabalhador permite uma reestruturação para conciliar os interesses entre empresa e trabalhador. Corresponderia a uma fenda no princípio da inderrogabilidade das normas de ordem pública e no da inalterabilidade in pejus das condições contratuais ajustadas em favor

---

<sup>125</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo, 24ª Ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2008, p. 498.

<sup>126</sup> COSTA, Orlando Teixeira Filho da. *Direito Coletivo do Trabalho e Crise Econômica*. São Paulo: LTr.1992.p.779.

do trabalhador, visando a facilitar a implementação de nova tecnologia ou preservar a saúde da empresa e a manutenção de empregos.<sup>127</sup>

Assim também, Luiz Carlos Amorim Robortella define a flexibilização do Direito do Trabalho como instrumento de política social, caracterizado pela adaptação constante das regras jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação dos trabalhadores e empresários, para eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos o desenvolvimento econômico e o progresso social.<sup>128</sup>

#### **4. CONCLUSÃO**

É importante considerar cuidadosamente como a psicologia de qualquer mudança nas leis trabalhistas e garantir que elas equilibrem as necessidades das empresas e dos trabalhadores. É essencial que as leis trabalhistas protejam os direitos e as condições de trabalho dos trabalhadores, ao mesmo tempo em que permitem que as empresas operem de maneira eficiente e competitiva.

A flexibilização trabalhista pode ser uma ferramenta importante para a modernização das relações de trabalho, desde que seja feita de forma equilibrada e com respeito aos direitos trabalhistas. Pois os riscos da flexibilização excessiva, que podem prejudicar os direitos trabalhistas e a proteção social dos trabalhadores.

#### **5 REFERÊNCIAS**

COSTA, Orlando Teixeira Filho da. *Direito Coletivo do Trabalho e Crise Econômica*. São Paulo: LTr.1992

DOCUMENTOS da igreja. Encíclicas: "carta Encíclica de sua Santidade o Papa Leão XIII sobre as condições dos operários de 15 de maio de 1891". Disponível em [http://http://www.jurassicos.com.br/leao\\_XIII/rerum\\_novarum.html](http://http://www.jurassicos.com.br/leao_XIII/rerum_novarum.html)>: Acesso em: 03 jan. 2023.

JOSÉ, Cairo Júnior. Curso de Direito do Trabalho. 6ªed. Salvador: juspodivm, 2011

GOMES,orlando,GOTTSCHALK,Elson. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense,2008

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo, 24ª Ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2008

---

127 SÜSSEKIND, Arnaldo. A globalização da economia e o Direito do Trabalho. LTr. Revista legislação do trabalho, São Paulo, volume 61, n. 1, jan. 1997, p. 42

128 ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim. A flexibilização do direito do trabalho – Crise econômica, novas tecnologias e política social do Estado. Revista Legislação do Trabalho, vo l. 54, São Paulo, LTr, 1990.p. 97.



MARX, Karl. A origem do capital: a acumulação primitiva; Tradução Klaus Von Puchen. 2 ed. São Paulo: Centauro, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1999.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. A flexibilização do direito do trabalho – Crise econômica, novas tecnologias e política social do Estado. Revista Legislação do Trabalho, vo l. 54, São Paulo, LTr, 1990.

ROCHA, Marcelo Oliveira. Flexibilização do direito do trabalho: negociado e legislado. Campinas: LZN, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. A globalização da economia e o Direito do Trabalho. LTr. Revista legislação do trabalho, São Paulo, volume 61, n. 1, jan. 1997.

## **PERÍCIA CRIMINAL NA INVESTIGAÇÃO E SUA RELEVÂNCIA PARA APURAÇÃO DA MATERIALIDADE DO CRIME**

**ANNA BEATRIZ NAVES RODRIGUES:**  
Bacharelanda em Direito pela  
Universidade Brasil. Fernandópolis.

Prof. Me. ANDRÉ DE PAULA VIANA.

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo tem como propósito apresentar a importância da perícia criminal para processo penal brasileiro. A perícia criminal é uma área específica da criminalística. Esse âmbito de estudo é fundamental para comprovar que as condutas criminosas aconteceram na esfera factual, com finalidade de apurar a materialidade dos crimes que ocorrem cotidianamente no país. A metodologia utilizada para a apresentação deste artigo foi através de estudos jurídicos, doutrinas e pela legislação em vigor, não descartando também as pesquisas realizadas pelo uso da internet e informações foram adquiridas perante diante de pesquisas dentro do tema abortado. O método utilizado é o qualitativo que permitiu a melhor compreensão das atividades dentro da organização com elementos quantitativos da análise de dados, juntamente com a exploração e descrição de levantamentos bibliográficos, e coleta de dados através de questionário e observação participante.

**Palavras-chave:** Criminalística. Perícia Criminal. Investigação Penal. Materialidade.

**ABSTRACT:** This article aims to present the importance of criminal expertise for Brazilian criminal proceedings. Criminal expertise is a specific area of criminalistics. This scope of study is fundamental to prove that the criminal conducts took place in the factual sphere, with the purpose of investigating the materiality of the crimes that occur daily in the country. The methodology used for the presentation of this article was through legal studies, doctrines and the legislation in force, not discarding also the research carried out through the use of the internet and information that was acquired in the face of research within the aborted theme. The method used is qualitative, which allowed a better understanding of activities within the organization with quantitative elements of data analysis, together with the exploration and description of bibliographic surveys, and data collection through questionnaires and participant observation.

**Keywords:** Criminalistics. Criminal Expertise. Criminal Investigation. Materiality

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 CRIMINALÍSTICA NO TEMPO. 3 INVESTIGAÇÃO NO PROCESSO PENAL. 4 CONCEITO DE PROVA. 5 LAUDO PERICIAL. 6 IMPORTÂNCIA DA

PERÍCIA CRIMINAL PARA OBTENÇÃO DE PROVAS. 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho possui o escopo de descrever a importância da perícia criminal, perante o Código de Processo Penal vigente, como meio de prova para apurar a materialidade dos crimes ocorridos diariamente no Brasil, mesmo quando não haja, de fato, corpo material para comprovar a evidência do delito, os meios utilizados ou o agente que cometeu.

A princípio, a atividade pericial no âmbito penal é uma área direta e exclusiva da criminalística, tendo seu conhecimento técnico assumido um papel essencial na eficácia da investigação criminal nos últimos anos.

Por se tratar de prova técnico científica, constitui modalidade mais próxima à verdade, cogitando analisar o crime sem alterar os fatos, a fim de obter argumentos definitivos para dar a ordem de sentença e promover a justiça.

Nos dias atuais, mesmo desfrutando de diversas áreas de atuação, está diretamente ligada à polícia.

Outrossim, mais especificadamente, este trabalho possui como objetivo:

- a) mostrar a importância da perícia criminal em nossa sociedade para constatação da ocorrência do fato ilícito;
- b) explorar as provas admitidas no processo penal para justificar a existência de um crime, mesmo sem corpo material;
- c) discorrer acerca da materialidade dos crimes e os elementos necessários para identificar os meios utilizados e o autor do fato.

A busca ao entendimento da atuação pericial deve ser o foco de estudos, sendo esta a posteriori apenas uma revisão de literatura e não um aprofundamento dos métodos e meios necessários para a excelência do tema abordado.

## **2 CRIMINALÍSTICA NO TEMPO**

Anteriormente, antes de existirem leis a serem seguidas, o Estado empregava táticas violentas para descobrir atos criminosos, por meio de confissões obtidas, como por

exemplo, através de tortura, que hoje em dia é considerada um crime hediondo, conforme a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

Quem se dedicava quanto à averiguação e elucidação de elementos referentes à materialidade do crime em meados do século XIX era a Medicina Legal.

Contudo, com os avanços relativos aos diversos ramos da Ciência Forense, houve a necessidade de constituir uma maior especialização.

Desta forma, com a evolução histórica, surgiu a criminalística como disciplina oriunda da Medicina Legal, também conhecida por ser uma Ciência Forense, pois se trata de um conjunto de métodos científicos que a justiça moderna (os peritos) utiliza para examinar o fato criminoso, o local onde ocorreu o crime e suas demais circunstâncias.

Nesse diapasão, enfatiza-se GROSS, Hans: "*Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik*" (traduzido no português como "Manual para Juízes como um sistema criminalístico"), Alemanha, 1893.

Gross foi um jurista e criminalista austríaco, considerado "pai" da criminalística moderna, por ter dado destaque a esse método de estudo, através da seguinte alusão: "[...] criminalística é o estudo da fenomenologia do crime e dos métodos práticos de sua investigação."

Já no Brasil, há indícios que a criminalística surgiu através de investigações individuais nas universidades, entretanto, foi no Primeiro Congresso Nacional de Polícia Técnica, no ano de 1947, que o perito criminalístico José Del Picchia fez a introdução desse novo método de estudo, citando:

*A criminalística é a disciplina que tem por objetivo o reconhecimento e a interpretação dos indícios materiais extrínsecos, relativos ao crime ou à identidade do criminoso [...]. (DEL PICCHIA FILHO, José. Primeiro Congresso Nacional de Polícia Técnica, 1947).*

Portanto, em outras palavras, a criminalística resume-se em uma ciência independente que vem dar apoio à polícia e a justiça, tendo como intento o esclarecimento de casos criminais.

### **3 INVESTIGAÇÃO NO PROCESSO PENAL**

A investigação criminal estuda os vestígios deixados no local onde ocorreu o fato criminoso, tornando-se subordinada a atividade pericial para que seja possível descobrir mais informações, ganhando materialidade dentro da persecução penal realizada pelo Ministério Público.

Tourinho Filho (2013) afirma que todo processo tende a averiguar e descobrir a verdade real e material, para que o juiz crie convencimento e possa fundamentar a sentença e julgar:

*“De fato, enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no processo penal, tal qual está no ordenamento, o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça.” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 59.)*

Vale destacar também:

*“O Estado não tem apenas o direito, mas sobretudo, o dever de punir. Daí a regra de que os órgãos incumbidos da persecução penal oficial não são dotados de poderes discricionários para apreciar a oportunidade ou conveniência da instauração, quer do processo penal, quer do inquérito policial.” (GRINOVER, et al. 2015, p. 53):*

As pessoas pertinentes a irem ao local do crime fazer a averiguação são o investigador e o perito.

O investigador é responsável por realizar o interrogatório, atuando na coleta de dados e testemunhos das pessoas envolvidas.

O perito, no entanto, incumbe-se por realizar atividade pericial, baseando-se unicamente no levantamento de provas materiais, por meio de técnicas forenses.

MESQUITA, Paulo Dá (2003, p. 79) defende que se tradicionalmente a investigação criminal visava a comprovação da existência de um crime, a recolha de material probatório e a determinação de seus agente.

Hordienamente, anseia-se a indagação de dados incisivos que possam indicar a possibilidade de arquivamento do inquérito, em caso de dispensa ou isenção de pena, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo (artigos 280, 281 e 392 e ss, todos do Código de Processo Penal), promovendo o princípio da oportunidade.

Em vista disso, percebe-se que a investigação não pode ocorrer caso não haja a consumação do fato ilícito, para que o Estado possa punir o autor do crime e descobrir suas circunstâncias.

#### 4 CONCEITO DE PROVA

A palavra prova sobrevém no sentido de demonstração da realidade material dos fatos que foram postulados para a prática de um determinado crime.

No processo a prova é de extrema necessidade, pois tem como finalidade induzir o julgador.

É evidente sua importância antes e durante a fase processual, seja para condenar ou absolver.

O termo prova vem do latim 'probatio', significando, objetivamente, o "ato" ou o "meio" de demonstração da verdade sobre determinado fato e, subjetivamente, é entendido como o "resultado da ação de provar" (NUCCI, 2020, p. 684)

O juiz tomará conhecimento da veracidade ou não de determinada situação fática através dos meios de provas, a fim de formar sua convicção para decidir sobre o caso.

Salienta que prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. É todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato. (Greco Filho 2010, ps. 185 e 186)

Os principais meios de prova, conforme consta no Código de Processo Penal são o exame pericial, a prova testemunhal e a prova documental, ajustadas nos artigos 158, 204 e 231, respectivamente.

Em breve síntese, o exame pericial é imprescindível para identificar os vestígios de determinado crime, sendo que seu resultado é obtido através de um laudo pericial, tema a ser abordado no tópico seguinte.

Percebe-se que há uma diferenciação da prova pericial para as demais:

*"A característica fundamental da perícia como prova científica, e que a distingue dos demais meios de prova, é que ela se vale de um princípio científico aplicado por meio de técnica adequada, cujo conhecimento escapa, via de regra, ao domínio dos aplicadores do Direito, mas que é essencial ao acerto do fato e ao deslinde da causa". (MANZANO, Luiz Fernando de Moraes 2011, p. 09).*

De acordo como citado, desfrutamos também da prova testemunhal, a qual é de suma importância para o processo, visto que nela contamos com a presença das testemunhas.

Como regra geral, o artigo 202 do Código de Processo Penal induz que “toda pessoa poderá ser testemunha”, salvo exceções estabelecidas no Código citado.

Testemunha é o “indivíduo chamado a depor, demonstrando sua experiência pessoal sobre a existência, a natureza e as características de um fato, pois face estar em frente ao objeto (testis), guarda na mente, sua imagem”. (RANGEL, Paulo, 2014 p. 467)

Assim sendo, pode-se conceituar a prova testemunhal como um relato formal em juízo acerca a natureza dos fatos, não podendo assim, haver controvérsias sobre eles.

Destarte, da mesma maneira, o Código de Processo Penal em seus artigos 231 e 232 admite a “juntada de documentos a qualquer momento no processo”. Ainda, segundo ele, descreve documentos como “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”.

Logo, em conclusão, a prova documental se estabelece como o meio de prova mais autêntico, visto que se conceitua por ser um fato idôneo que é levado em juízo a fim de justificar um acontecimento.

## **5 LAUDO PERICIAL**

O laudo pericial é um documento técnico-formal que apresenta o resultado de uma perícia, em razão de um fato litigioso.

Nele deve ser constatado tudo o que seja objeto dos exames levado a efeito pelos peritos.

Dentre as várias peças técnicas é o documento mais completo, em razão da sua origem, que é um exame de natureza pericial, feito por peritos.

*O trabalho do perito se expressa no laudo pericial, que pode, potencialmente, influir na formação da convicção do julgador de forma decisiva e, por isso, é caracterizado como “uma das provas mais sensíveis do processo civil, digna de merecer toda a atenção do legislador, a começar pelos critérios de escolha do perito” (REIS, 2015, p. 1).*

O Laudo é um instrumento especial de constatação, prova ou demonstração, científica ou técnica, da veracidade de situações, coisas ou fatos (Alberto, 2002, p.19).

Nos tempos atuais, qualquer perícia elaborada deve ser subordinada a uma situação pertinente ao processo, relatada expressamente em um laudo.

## 6 IMPORTÂNCIA DA PERÍCIA CRIMINAL PARA OBTENÇÃO DE PROVAS

A perícia criminal é uma diligência realizada pelos peritos.

Como já exposto anteriormente, consiste substancialmente em examinar os vestígios materiais deixados em razão da infração penal, na tentativa de atestar a veracidade do crime.

É composta pela coleta de provas, vistorias e avaliações de um modo geral, sendo através dela que há a possibilidade de atestar a materialidade de um fato criminoso, mesmo quando não haja meio de prova documental ou corpo material.

Pode ser realizada indiretamente, apenas analisando os vestígios, no caso de não haver corpo material, ou diretamente, realizando a perícia no próprio corpo da vítima, chamado de corpo de delito.

Os peritos são incluídos no sistema judicial com intuito de descobrirem a verdade do fato, ficando assim sujeitos a disciplina judiciária, conforme preceitua o artigo 275 do Código de Processo Penal, no qual traz: "o perito, ainda quando não oficial, estará sujeito à disciplina judiciária."

Com uma breve definição, RABELLO (1996 apud VELHO; COSTA; DAMASCENO, 2013:9) define local do crime como:

*"Porção do espaço compreendido num raio que tendo por origem o ponto no qual é constatado o fato se estenda de modo a abranger todos os lugares em que, aparente necessária ou presumivelmente, haja sido praticado, pelo criminoso, ou criminosos, os atos materiais, preliminares ou posteriores à consumação do delito e com estes diretamente relacionados."*

A prova pericial detém a intenção principal em apurar a materialidade do fato típico, constatando a ocorrência do crime no âmbito jurídico e conservando os indícios materiais ao longo da ação penal.

Os exames ou perícias em geral são verificações elaboradas por técnicos ou pessoas com conhecimento do objeto do exame (Greco Filho, 2010, p. 207).

As análises realizadas pela perícia são de grande complexidade, envolvendo uma série de detalhes e etapas.



No caminho de adquirir provas para sustentar uma acusação criminal, o exame de corpo de delito surge como ferramenta principal de constatação da materialidade do delito.

O exame de corpo de delito é uma perícia técnica que visa comprovar a materialidade de um delito que deixa vestígio.

Após a realização da perícia, o Perito Criminal deverá expedir o Laudo Pericial.

Conforme nos ensina Tourinho Filho (2013): “Quando da lavratura do laudo, os peritos descreverão minuciosamente o que examinaram e responderão aos quesitos formulados [...]”.

O Perito Criminal, portanto, deve encaminhar suas conclusões e respostas aos quesitos formulados pela autoridade solicitante da perícia, lavrando o Laudo Pericial.

Este laudo será o instrumento físico que conterá detalhadamente, todas as informações sobre a perícia e os meios utilizados pelos peritos para chegar às conclusões e respostas aos questionamentos formulados.

Já como relatado acima, a prova pericial, entre os diversos meios de prova, ganha destaque quando observamos que o legislador, em 1941, insere no Código de Processo Penal, em seu artigo 158 a preocupação e a essencialidade do exame de corpo de delito em crimes que deixam vestígios, não descartando os artigos 159 e 160 que o sucedem.

Anteriormente, o nosso Código de Processo Penal exigia que a perícia criminal fosse realizada por dois peritos criminais, porém, quando a Lei nº 11.690 de 09/06/2008 entrou em vigor, alterou a redação do Art. 159 dispensando esta exigência.

*Art. 158 do CPP. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.*

*Art. 159 do CPP. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.*

*Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados.*

TUCCI, Rogerio Lauria (1978, p. 204) conceitua o exame de corpo de delito como “meio de prova, prova pericial, destinada à apuração dos elementos físicos, materiais, da prática criminosa, mediante a sua constatação direta e documentação imediata”.

Por outro lado, a Lei 12.030 de 2009, dispõe sobre as perícias oficiais e estabelece quem são os peritos oficiais de natureza criminal:

*Art. 5º da Lei 12030/2009: (...) são peritos de natureza criminal os peritos criminais, peritos médico-legistas e peritos odontologistas (...).*

*Os peritos criminais desenvolvem suas atribuições motivadas por requisições provenientes de autoridades competentes, no interesse de procedimentos pré-processuais (inquéritos policiais) e processuais (processos judiciais) de natureza criminal, cabendo-lhes as mesmas suspeições dos juízes.*

*Art. 280 do CPP. É extensivo aos peritos, no que lhes for aplicável, o disposto sobre suspeição dos juízes.*

Com o intuito de visar o cumprimento de normas na execução das atividades de coleta e ensaio pericial, foram criados os procedimentos operacionais padrão.

O procedimento operacional padrão (POP) é definido como um conjunto de instruções e métodos que descrevem como um determinado processo deve ser realizado para atingir efetivamente um objetivo (CARSON & DENT, 2007).

São fundamentais na produção de provas periciais, adquirindo assim uma investigação criminal com qualidade e com resultados confiáveis sobre os elementos coletados.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante a todos os fatos apresentados, este trabalho prestou um breve estudo sobre a importância da perícia criminal na investigação realizada pelos peritos oficiais e sua essencialidade para comprovar a veracidade e materialidade dos fatos.

No Direito Processual Penal, todas as provas colhidas na investigação ou no inquérito policial estão aptas para formar uma opinião ou até mesmo a convicção do juiz acerca do ato ilícito praticado, mesmo sem a existência do corpo, sendo ele baseado apenas em circunstâncias e evidências.

Constata-se também o grande papel que o perito exerce durante a investigação, pois sem ele, a investigação ficaria restrita somente em depoimentos das partes, e os documentos que as mesmas trouxessem à baila, assim sendo limitaria a punição justa aos suspeitos.

Dessa forma, pode destacar como já previsto no artigo acima, que a perícia criminal é de suma importância para o nosso ordenamento jurídico.

Face ao exposto, não restam dúvidas da relevância da perícia na persecução penal para obtenção de uma investigação mais adequada e eficiente e, com o apoio da produção de peças probatórias técnico-científicas, consistentes na busca da verdade real e formal, que se baseiam em todo o trabalho cognitivo do magistrado ao sentenciar com a certeza jurídica que é a ela exigida, deve-se investir na polícia investigativa.

Por isso, ao longo dos tempos, a perícia adquiriu força comprovadamente expressiva, justamente por ser um meio de prova, como visto no transcorrer deste trabalho, que requer muito rigor técnico, científico e jurídico.

A elaboração de um Laudo ou de um parecer técnico exige do perito não só conhecimento teórico específico, mas ainda experiência de vida, perspicácia e agilidade intelectual na resolução de problemas diante da análise dos vestígios materiais deixados no local do crime. Tudo isso, reitera-se, de forma científica.

## REFERÊNCIAS

ALBERTO, Valder Luiz Palombo. **Perícia Contábil**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BONACCORSO, N. S. **Prova criminal e contraditório**. 2009. Sindicato dos Peritos Criminais da Bahia. Disponível em [http://www.asbac-ba.org/publicacoes/Prova\\_pericial\\_e\\_o\\_contraditorio.pdf](http://www.asbac-ba.org/publicacoes/Prova_pericial_e_o_contraditorio.pdf). Acesso em: 19 out. 2022.

CARSON, P. A.; DENT, N. J. **Good clinical, laboratory and manufacturing practices: techniques for the QA professional**. Cambridge: RSC, 2007.

CUNICO, Edimar. **Perícias em locais de morte violenta: Criminalística e Medicina Legal** 1ª edição. Curitiba, PR, 2010.

DEL PICCHIA FILHO, et al. **Tratado de documentoscopia: da falsidade documental**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Pillares, 2005. p. 702. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8576>. Acesso em: 06 mar. 2023.

ESPÍNDULA, Alberi. **Perícia Criminal e Cível**. 3. ed. Campinas, SP: Millennium, 2009.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017

FRANK, Paulo. **Uma Introdução à Criminalística: Guia para a Perícia Criminal** – e-book 2ª Edição.

GRINOVER, et al. **Teoria geral do processo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

GUEDES, Leonardo. **Noções de Criminalística: Vestígios de Interesse Forense e suas Classificações**. Gran Cursos Online, 2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8ª Edição; São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, ps.185, 186 e 207.

**LEI N° 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em: 02 fev. 2023.

**LEI N° 11.690, de 09 de junho de 2008**. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm). Acesso em: 02 fev. 2023.

**LEI N° 12.030, de 17 de setembro de 2009**.. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/l12030.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12030.htm). Acesso em: 02 fev. 2023.

MAIA, E. D. F.; GOMES, M. V. M. L. **Execução penal e criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

MANZANO, L. F. M. **Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2011.

MESQUITA, Paulo Dá. **Direção do inquérito penal e garantia judiciária**, 2003, p. 79.

NUCCI, Guilherme de S. **Provas no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**, 2020, p. 684.

RABELLO, Eraldo. **Curso de criminalística**. São Paulo, Ed. Sagra – D. C. Luzzatto, 1996.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REIS, Adacir. **A prova pericial e o perito no novo Código de Processo Civil**. [online], 23 out. 2015.

RIVAS, Caio. **Elementos Históricos da Medicina Legal**. Artigo Científico: JusBrasil.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**. Ed. Saraiva, 1978.

## **DIREITO AO ESQUECIMENTO: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL NO DIREITO COMPARADO**

**SERGIO BAPTISTA PEREIRA DE ALMEIDA FILHO:**  
Advogado, Mestrando em Direito Civil Comparado<sup>129</sup>

**RESUMO:** O presente artigo abordará o que a doutrina e os Tribunais Internacionais têm reconhecido como o direito ao esquecimento, ou o direito de um indivíduo ter o seu passado preservado de atos que não mais seriam de relevante clamor público. O conflito com os princípios da liberdade de expressão e o direito à informação imporá o limite para aplicação do direito ao esquecimento, sendo que a sua dosagem será diferente para cada país e cultura. Assim, apesar do Direito Brasileiro não ter uma aplicação clara do instituto, será analisada a sua utilização em países como a Inglaterra, dos Estados Unidos e os países da União Europeia para demonstrar a sobreposição entre os princípios da privacidade e da liberdade de expressão.

**Palavras-chave:** Direito ao Esquecimento, Jurisprudência, Liberdade de Expressão, Direito à Privacidade

## **RIGHT TO BE FORGOTTEN: DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS IN COMPARATIVE LAW**

**ABSTRACT:** This article will address what doctrine and International Courts have recognized as the right to be forgotten, or the right of an individual to have his or her past preserved from acts that would no longer be of relevant public outcry. The conflict with the principles of freedom of speech and the right to be informed will impose the limit for the application of the right to be forgotten, and its dosage will be different for each country and culture. Thus, although Brazilian law does not have a clear application of the institute, it will be analyzed its use in foreign countries such as England, the countries from the European Union and the United States to demonstrate the overlap between the principles of privacy and freedom of expression.

**Keywords:** *Right to be Forgotten, Jurisprudence, Freedom of Expression, Right to Privacy*

### **1. INTRODUÇÃO**

O direito ao esquecimento, a cada dia que passa, vem criando cada vez mais importância no mundo jurídico, tendo em vista a ampla dispersão de informação que vivenciamos hoje.

---

<sup>129</sup>Pontifícia Universidade Católica De São Paulo. E-mail: sbpalmeidaf@gmail.com.

Assim, há que se encontrar um equilíbrio entre o direito à informação, no qual qualquer pessoa teria o direito a procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, e o direito à privacidade, fenômeno contrário, no qual as pessoas deixam de fornecer informações ao conhecimento público, visando a preservação de um mínimo de privacidade e anonimato sobre a sua vida particular<sup>130</sup>.

Os efeitos negativos da propagação descontrolada da informação cuja disseminação adquire proporções além do imaginável são capazes de exceder qualquer efeito positivo gerado pela contribuição ao conhecimento sobre determinado fato.

Na medida que este limite é atingido deverá o Estado, através da atuação legislativa e judiciária, impedir a disseminação do fato, fazendo-o se perder na nuvem de conhecimento, e, com isso, evitar qualquer tipo de lesão ao indivíduo prejudicado.

Neste ponto, portanto, veja que o direito ao esquecimento é uma ferramenta utilizada de forma preventiva à lesão aos danos da personalidade (honra, imagem, privacidade etc.).

Como dita o velho provérbio popular: “o seu direito termina onde começa o do outro”.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo verificar como este limite é traçado pelos Tribunais, não apenas no Brasil, cuja análise do direito ao esquecimento é muito recente, mas também em âmbito internacional, em especial nas cortes americanas e europeias, onde tal discussão já se dá de forma aprofundada.

Em termos de estruturação, será apresentado, primeiramente, o direito à liberdade de expressão, depois os direitos que visam a sua limitação, os direitos da personalidade, em especial, o direito à privacidade; para, finalmente, adentrar às análises jurisprudenciais referente ao tratamento do confronto entre o direito ao esquecimento e à liberdade de expressão.

## **2.DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

A liberdade de expressão é um instituto que está presente nas constituições nacionais desde o período imperial como garantia para combater diferentes tipos de censura.

---

<sup>130</sup> LISBOA, Roberto Senise. A inviolabilidade de correspondência na internet. In: LUCCA, Newton De e SIMÃO FILHO, Adalberto (coords). Direito e Internet-aspectos jurídicos relevantes. Bauru, SP: EDIPRO, 1ª reimp., 2001, p. 469.

Obviamente que, devidamente mitigada pela peculiaridade de cada período histórico, a liberdade de expressão não tinha a mesma interpretação que temos hoje, na qual a garantia à manifestação de pensamento, seja por qualquer veículo necessário, é direito fundamental do ser humano, independentemente de sua etnia, cor, sexo, condição social ou posição política.

Com previsão no Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu artigo 13131, teve a sua consolidação no Brasil, na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, incisos IV132, VIII133 e IX134, bem como a vedação a qualquer tipo de censura, no artigo 220, parágrafo 2º135.

Não restam dúvidas, portanto, da consolidação da liberdade de expressão como direito fundamental seja em âmbito nacional, como também internacional, e de que o ser humano é proprietário absoluto de sua consciência, podendo, conseqüentemente, nutrir e alimentar toda sorte de opiniões.

Este poder inclui aquele de ter sua opinião transmitida através de veículo de comunicação acessível a qualquer tipo de público, garantindo-se assim uma outra vertente ao direito da liberdade de expressão, consubstanciado no direito à informação.

O direito à informação também é encontrado na legislação internacional, conforme se constata da leitura do artigo 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica, acima mencionado, e na legislação pátria no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Brasileira, cuja redação se reproduz a seguir: *Artigo 5º. (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.*

Sobre a liberdade de expressão e o direito à informação, escreveu Barbosa Lima Sobrinho:

Entre a 'liberdade de expressão' e o 'direito à informação' há que absorver diferenças, que impõem a coexistência das duas. A

---

131 Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

132 IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

133 VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

134 IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

135 Art. 220 A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...)§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.



liberdade de expressão é um direito de quem a utiliza. O direito à informação alcança e abrange o público a que ele se dirige. Há, entre os dois, a distância que vai de um direito pessoal a um direito coletivo. O direito à informação não se limita ao jornalista que o utiliza. Alcança também o público que dele se serve. Até mesmo porque, em relação ao jornalista, como um locutor, deixa de ser um direito para se converter num dever. Um direito subjetivo por excelência (...). Já o direito de informação abrange todos os meios de comunicação e acompanha de perto a evolução da própria imprensa, que se tornou predominantemente informativa.<sup>136</sup>

Assim, verifica-se que a liberdade de expressão, bem como o direito à informação, cuja origem conceitual se deu com o objetivo de evitar censuras em produções jornalísticas de grandes mídias (jornais, revistas, canais de televisão, rádio, etc.), atualmente assume uma expressão inédita e universal, na medida em que qualquer pessoa munida de acesso à internet é capaz de veicular todo tipo de informação (seja verdadeira ou não) e a qual alcança uma grande variedade de pessoas.

### **3. DIREITOS DA PERSONALIDADE**

O excesso de informação que predomina na sociedade globalizada que vivemos atualmente acarreta no conflito com outros direitos fundamentais, não menos desimportantes e que exigem a garantia de sua prevalência tanto quanto os outros.

Estamos tratando dos Direitos da Personalidade.

Os Direitos da Personalidade têm amparo no Pacto de San Jose da Costa Rica<sup>137</sup>, na Constituição Federal<sup>138</sup> e no Código Civil Brasileiro, nos artigos 11 ao 21.

O respaldo legislativo não é em vão, uma vez que privilegiam a integridade da pessoa humana diante da ameaça de entes externos.

Mas não só.

---

<sup>136</sup> LIMA SOBRINHO, Barbosa. "Direito de informação", R. Inf. Leg., n. 67, jul./set. 1980.

<sup>137</sup> Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade<sup>1</sup>. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.<sup>2</sup> Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.<sup>3</sup> Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

<sup>138</sup> Artigo 5º. : (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A legislação civil protege o cidadão de qualquer ameaça à sua integridade física; psíquica e moral<sup>139</sup>, fazendo assim prevalecer a proteção máxima garantida pelo Constituição Federal no que se diz respeito à dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Luis Carlos Barroso:

No plano jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais. O primeiro deles, em uma ordem natural, é o direito à vida. Em torno dele se estabelecem debates de grande complexidade jurídica e moral, como a pena de morte, o aborto e a morte digna. Em segundo lugar, o direito à igualdade. Todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui o tratamento não-discriminatório na lei e perante a lei (igualdade formal), bem como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários, como condição para a dignidade individual (igualdade como reconhecimento). Do valor intrínseco resulta, também, o direito à integridade física, aí incluídos a proibição da tortura, do trabalho escravo ou forçado, as penas cruéis e o tráfico de pessoas. Em torno desse direito se desenvolvem discussões e controvérsias envolvendo prisão perpétua, técnicas de interrogatório e regime prisional. E, igualmente, algumas questões situadas no âmbito da bioética, compreendendo pesquisas clínicas, eugenia, comércio de órgãos e clonagem humana. E, por fim, o direito à integridade moral ou psíquica, domínio no qual estão abrangidos o direito de ser reconhecido como pessoa, assim como os direitos ao nome, à privacidade, à honra e à imagem. É também em razão do valor intrínseco que em diversas situações se protege a pessoa contra si mesma, para impedir condutas autorreferentes lesivas à sua dignidade.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> Bittar, Carlos Alberto, *Os Direitos da Personalidade*, Rio 1989, p. 62 a 64.

<sup>140</sup> A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010

A classificação acima abordada dos direitos da personalidade, atribuída ao Prof. Carlos Alberto Bittar<sup>141</sup>, é de suma importância para o presente estudo, pois considera a pessoa não só em si mesma, mas também em suas projeções na sociedade.

Deste modo, os Direitos da Personalidade, de onde se extrai também o direito à privacidade, estão embutidos na proteção da pessoa humana, sendo, portanto, princípios fundamentais que devem sempre ser perseguidos pelo Estado.

Especificamente no que se refere ao Direito à Privacidade, sua introdução na doutrina do Direito se deu com o artigo *The Right To Privacy*<sup>142</sup>, cuja principal preocupação se dava com as constantes intrusões por jornalistas na vida pessoal e familiar de terceiros, gerando o que foi denominado como o direito de estar só (*right to be let alone*).

A doutrina mencionada já demonstrava uma confrontação entre princípios, na medida em que, ao mesmo tempo que sustenta o direito de cada indivíduo de determinar até que ponto seus pensamentos, sentimentos e emoções deveriam ser comunicados a outras pessoas, também concluía que a publicação de fatos de interesse público não poderia ser impedida.

A partir deste ponto, e com a evolução da doutrina ao longo dos anos, estabeleceu-se como proteção à intimidade não só a mera faculdade do indivíduo de se isolar, mas atribuindo ao mesmo o poder de controle sobre as suas informações/dados pessoais.

Com este escopo, a instrução normativa introduzida pelo Código Civil de 2002 realçou os valores dos direitos da personalidade e reivindicou a cada indivíduo o direito de proteção à sua personalidade, no que tange ao seu nome e sua reputação social.

Com seus dizeres, o artigo 17 do citado Código esmiúça a proteção dada e que será foco deste estudo: *Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.*

O sentido trazido pelo novel artigo introduzido na legislação é muito mais extensivo do que se faz acreditar.

---

141 Os Direitos da Personalidade. Rio 1989, p. 62 a 64

142 WARREN, S.; BRANDEIS, L. The right to privacy. Harvard Law Review, vol. IV, nº. 5, 15 december, 1890.

Nas palavras do ilustre jurista Nestor Duarte: *Embora o legislador haja tomado o nome como objeto dessa proteção, mais amplo é o sentido, pois alberga a inviolabilidade dos direitos à honra, à intimidade, ao recato e a o segredo pessoal*<sup>143</sup>.

Assim, vemos aqui a introdução do direito de proteção às informações de cada indivíduo e que será utilizado no presente estudo para amparar ao que hoje é chamado de direito ao esquecimento.

#### **4.DIREITO AO ESQUECIMENTO – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E CONFRONTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO COMPARADO**

No âmbito do Direito é possível perceber uma estrita relação entre este e o tempo, exercendo, o segundo, grande influência sobre o primeiro, como fato jurídico natural.

Desta relação podemos extrair institutos que consolidam o pretérito e atribui previsibilidade ao futuro, tais como a prescrição, a decadência, a usucapião, o perdão, a irretroatividade da lei, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, sempre com olhos na segurança jurídica que deve existir nas relações sociais<sup>144</sup>.

Assim, numa sociedade na qual a disponibilidade de informações é quase que ilimitada, ao indivíduo deverá ser assegurado o controle a quais informações a sociedade poderá ter sobre sua pessoa, de modo a evitar que fatos pretéritos não mais atingidos pelo universo jurídico não venham a tolher-lhe outros direitos fundamentais.

O direito ao esquecimento teve a sua notoriedade realçada com a aprovação, pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), do enunciado nº 531 na VI Jornada de Direito Civil, que assim se referiu: *A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*.

E ainda, sua problematização tornou-se amplamente discutida quando abordada pelo Superior Tribunal de Justiça em dois julgados realizados na mesma sessão da Quarta Turma do dia 28 de maio de 2013, o REsp 1.334.097 (caso "Chacina da Candelária") e o REsp 1.335.153 (caso "Aida Curi").

---

143 Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. Coor. Cezar Peluso. 6ª ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

144 AMORIM, Hêica Souza. O Reconhecimento Do Direito Ao Esquecimento Na Sociedade Da Informação. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade de Tiradentes, 2016.

Ambos os casos têm origem na veiculação de fatos no programa televisivo “Linha Direta”, da Globo Comunicações e Participações S.A (Globo), e, embora com resultados distintos, o STJ entendeu ser juridicamente possível invocar o direito ao esquecimento.<sup>145</sup>

No primeiro caso, para o Ministro Luis Felipe Salomão, não haveria confronto entre os princípios da liberdade de imprensa e à honra do autor, se caso o nome e a fisionomia do ofendido tivessem sido ocultados. Deste modo, estaria privilegiando o acesso da sociedade à informação e, concomitantemente, preservando a figura do ofendido.

No entanto, o próprio relator faz sua ressalva acerca da importância de se reanalisar eventos passados para ganhar uma perspectiva do futuro:

Nessa linha de raciocínio, a recordação de crimes passados pode significar uma análise de como a sociedade - e o próprio ser humano - evolui ou regride, especialmente no que concerne ao respeito por valores éticos e humanos, assim também qual foi a resposta dos aparelhos judiciais ao fato, revelando, de certo modo, para onde está caminhando a humanidade e a criminologia.<sup>146</sup>

Adotando o mesmo raciocínio, no entanto, o mesmo relator entendeu pelo não reconhecimento do direito ao esquecimento no segundo caso, por entender que o cerne do programa foi o crime em si, sendo impraticável a atividade da imprensa ao tratar do caso, sem fazer referência à própria vítima.

Este mesmo último caso (Caso ‘Aida Curi’) foi levado ao crivo do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral, sob nº 1.010.606, confirmando o seu resultado pela Corte Suprema, no entanto, confirmou-se a tese de que inexistiria o direito ao esquecimento sob amparo do ordenamento jurídico brasileiro.

Nas palavras da Suprema Corte, portanto, confirmou-se o entendimento que:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a

<sup>145</sup> MONCAU, Luiz Fernando Marrey. Direito ao Esquecimento. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020

<sup>146</sup> REsp 1736803/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020

caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

O entendimento empossado pela Corte não foge do entendimento já adotado no julgamento de outros temas, como o adotado no julgamento da necessidade de autorização de pessoas retratadas em obras bibliográficas<sup>147</sup>, no qual prevaleceu o entendimento de prevalência da tutela às liberdades comunicativas em face ao direito da intimidade, privacidade, honra e imagem dos biografados.

Vale observar, no voto proferido pela Ministra Carmen Lucia, neste julgado, a importância dada à preservação do interesse da sociedade em relação ao direito de informação:

Pela biografia, não se escreve apenas a vida do indivíduo, mas o relato de um povo, os caminhos da sociedade. Se o pensar, o investigar, o produzir e o divulgar a história de uma ou de várias pessoas são livres, como se poderia fazer conformar-se à Constituição ao que lhe atinge a essência, o direito de liberdade de pensar e divulgar o pensado, principalmente em se cuidando de produção intelectual decorrente de investigação sobre vida que se impõe como referência à sociedade?

Críticas à parte acerca do entendimento adotado pela Suprema Corte, há de se indagar se a tutela das liberdades pública não teria limites ao violar a intimidade de um indivíduo de forma a causar-lhe danos irreparáveis.

Afinal, na tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal, deixou-se de lado a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual será de extrema valia para aplicação ou não do direito ao esquecimento em Cortes Internacionais.

No Direito Comparado, analisando a jurisprudência de outros países envolvendo o direito ao esquecimento, temos formas diversas de tratar os direitos da personalidade quando confrontados com o direito à liberdade de expressão.

Analisando a jurisprudência dos EUA acerca do tema, verifica-se naquele País um predomínio pela preservação da liberdade de expressão. Até hoje é de grande relevância para os Tribunais Americanos o caso *Sidis v. F-R Publishing Corp* (1940), no qual um jovem que, na vida adulta, passou a viver uma vida mais reservada, ingressou com pleito de

---

147 ADI 4.815, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10.06.2015.

indenização por danos morais diante de uma matéria que narrava fatos passados da sua vida<sup>148</sup>. A pretensão foi negada, sendo que foi decidido que os fatos do seu passado eram suficientes para tornar o assunto noticiável, ou no inglês, *newsworthy*<sup>149</sup>.

Ainda, verifica-se a mesma predominância deste pensamento em julgados mais recentes proferidos pelas Cortes Americanas, sendo que no ano de 2014 reconheceu-se a inexistência de um direito ao esquecimento no ordenamento americano.

No mencionado caso, *Garcia v. Google*, a atriz Cindy Lee Garcia foi escalada para uma pequena cena no filme *Desert Warrior*, no entanto, o filme nunca foi finalizado e os produtores reutilizaram a cena realizada por Cindy em outra produção chamada *Innocence of Muslims*<sup>150</sup>, na qual sua fala original foi retirada e dublada para conter a expressão *Is Your Mohammed a child molester?* (em português, *O seu Mohammed é um abusador de crianças?*).

Tanto o filme, como a fala, foram veiculados através do portal de vídeos *Youtube*, de propriedade do Google, gerando repúdio na comunidade islâmica ao redor do mundo, e resultando em ameaças à produção do filme e à Cindy.

Assim, Cindy requereu ao Google a retirada do filme de suas plataformas e, posteriormente, com a resposta negativa, ajuizou uma ação em face da empresa alegando entre outras violações, invasão de privacidade, grave infortúnio e infringência à direitos autorais.

Primeiramente a Corte Federal da Califórnia negou o pedido de Cindy, o que foi confirmado pela 9ª Corte do Tribunal de Apelações dos EUA, negando a existência de qualquer direito autoral de Cindy pela imagem transmitida no filme, bem como seu pedido para retirada do material veiculado.

Curioso tomar nota que, ao julgar o caso, a 9ª Corte Americana escreveu que "*Unfortunately for Garcia, such a 'right to be forgotten', although recently affirmed by the*

---

<sup>148</sup> COELHO, Julia Costa de Oliveira. Direito ao Esquecimento e seus mecanismos de Tutela na Internet. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

<sup>149</sup> O termo *newsworthy* é um dos pontos de partida para definir quando o interesse público ao direito de informação deve preponderar sobre o direito daquele indivíduo que estaria sendo violado com a exposição de sua intimidade. A autora MEG LETA JONES faz uma reflexão sobre o tema observando que "a deferência ao jornalismo para determinar o que é noticiável e a certeza de que o longo rastro da internet cria uma audiência para tudo proporciona uma noção bastante complicada do que deve ser considerado digno de notícia enquanto padrão para a disseminação adequada e contínua de informações privadas (CTRL+Z: the right to be forgotten. Nova Iorque: New York University Press, 2016);

<sup>150</sup> [https://pt.wikipedia.org/wiki/Innocence\\_of\\_Muslims](https://pt.wikipedia.org/wiki/Innocence_of_Muslims), acessado em 03/02/2021, às 6h37.

*Court of Justice for the European Union, is not recognized in the United States*"<sup>151</sup>, não reconhecendo, assim, o direito ao esquecimento naquele país.

Outro caso que também demonstra a visão que as cortes americanas possuem no confronto entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão/direito à informação é o caso *Martin v. Hearst Corporation* (2015)<sup>152</sup>.

Neste caso, Lorraine Martin foi presa, junto com seus dois filhos, por posseção de drogas, no entanto, as acusações foram retiradas, bem como a incidência do evento na sua ficha criminal.

No entanto, a prisão foi noticiada por veículos de mídia na Internet e, mesmo após a liberação da prisão, as matérias permaneceram acessíveis na rede. Após o pedido de Lorraine para retirada do material, diante da recusa, ela processou a empresa responsável pela propagação da matéria por difamação.

O pedido de Lorraine foi negado em primeira instância, e rejeitado também em segunda instância, no que a 2ª Corte do Tribunal de Apelações dos EUA entendeu que a remoção do conteúdo violaria os princípios vinculados pela Primeira Emenda da Constituição Americana (liberdade de expressão e de imprensa).

Vale transcrever aqui o excerto da decisão proferida pelo Tribunal:

In short, the Erasure Statute requires the state to erase certain official records of an arrest and grants the defendant the legal status of one who has not been arrested. But the Erasure Statute's effects end there. The statute creates legal fictions, but it does not and cannot undo historical facts or convert once-true facts into falsehoods. Just as the Erasure Statute does not prevent the government from presenting witness testimony at a later trial that describes the conduct that underlies an erased arrest, *Morowitz*, 200 Conn. at 448-49, the statute does not render historically accurate news accounts of an arrest tortious merely because the defendant is later deemed as a matter of legal fiction never to have been arrested. (...)

Martin's claims for libel and placing another in a false light fail because the articles do not contain falsehoods. Her claim for negligent infliction of emotional distress fails because there is

<sup>151</sup> <https://h2o.law.harvard.edu/collages/34510>, acesso em 25/01/2021, às 23h40

<sup>152</sup>

[https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=17020447715187840855&hl=en&as\\_sdt=6&as\\_vis=1&oi=scholarr](https://scholar.google.com/scholar_case?case=17020447715187840855&hl=en&as_sdt=6&as_vis=1&oi=scholarr), acesso em 26/01/2021, às 00h01.



nothing negligent about publishing a true and newsworthy article. (...) And her claim for invasion of privacy by appropriation fails because a newspaper does not improperly appropriate an individual's name or likeness merely by publishing an article that brings the individual's activities before the public.

Deste modo, entendeu a Corte Americana que, apesar de Lorraine ter tido as acusações afastadas, à época da veiculação da notícia, os fatos eram verdadeiros e noticiáveis, o que impediria a retirada da matéria do acesso ao público em geral.

No caso da União Europeia, por sua vez, encontramos uma maior profundidade na discussão da proteção do indivíduo e seus direitos da personalidade, possibilitando àqueles que sentirem-se invadidos por matérias jornalísticas ou referências passadas conseguirem obter a supressão do material, ou inclusive, a desindexação da matéria em questão dos sites de busca online.

Um dos primeiros julgamentos que ganhou grande repercussão, foi o Caso Lebach<sup>153</sup>, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1973, no qual um condenado e preso pelo homicídio de quatro soldados em Lebach tentou impedir o lançamento de um documentário que narra o crime e o mencionava, sendo que o autor estaria prestes a ser liberado.

O Tribunal determinou que o programa não fosse exibido sob a alegação de que a tutela dos direitos da personalidade sobrepujava a liberdade de comunicação. Os julgadores mostraram o entendimento de que a veiculação do documentário comprometeria a ressocialização do autor, cuja pena em relação aos crimes já havia sido cumprida<sup>154</sup>.

Em 2014, foi estabelecido um precedente importante no Tribunal de Justiça da União Europeia ao analisar o caso M.C.G. v. Google Spain SL e Google Inc.<sup>155</sup>

Naquela ocasião, o Tribunal determinou a exclusão dos resultados de busca do Google referentes à venda de um imóvel em hasta pública, realizada há alguns anos em execução fiscal movida em face do autor.

No entendimento do Tribunal:

---

153 35 BVerfGE 202 (1973)

154 COELHO, Julia Costa de Oliveira. Ob, cit. p. 14.

155 Caso C-131/12, Grande Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Por conseguinte, há que declarar que, ao explorar a Internet de forma automatizada, constante e sistemática, na busca das informações nela publicadas, o operador de um motor de busca «recolhe» esses dados, que «recupera», «registra» e «organiza» posteriormente no âmbito dos seus programas de indexação, «conserva» nos seus servidores e, se for caso disso, «comunica» e «coloca à disposição» dos seus utilizadores, sob a forma de listas de resultados das suas pesquisas. Na medida em que estas operações estão explícita e incondicionalmente referidas no artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 95/46, devem ser qualificadas de «tratamento» na aceção desta disposição, independentemente de o operador do motor de busca efetuar as mesmas operações também com outros tipos de informação e não as distinguir dos dados pessoais. (...)

Ora, é o operador do motor de busca que determina as finalidades e os meios dessa atividade e, deste modo, do tratamento de dados pessoais que ele próprio efetua no contexto dessa atividade e que deve, consequentemente, ser considerado «responsável» por esse tratamento por força do referido artigo 2º, alínea d)156.

No mencionado julgado, é de extrema importância a aplicação pela Corte Julgadora do princípio da proporcionalidade, o qual servirá de norte para todas as decisões a serem tomadas no âmbito da União Europeia.

Vale conferir o trecho de seu decisório:

Atendendo à gravidade potencial desta ingerência, há que declarar que a mesma não pode ser justificada apenas pelo interesse económico do operador de tal motor nesse tratamento. No entanto, na medida em que a supressão de ligações da lista de resultados pode, em função da informação em causa, ter repercussões no interesse legítimo dos internautas potencialmente interessados em ter acesso essa informação, há que procurar, em situações como as que estão em causa no processo principal, um justo equilíbrio, designadamente, entre esse interesse e os direitos fundamentais dessa pessoa nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta. Embora seja verdade que, regra geral, os direitos da pessoa em causa protegidos por esses artigos prevalecem também sobre o referido interesse dos internautas, este equilíbrio pode, todavia, depender, em determinados casos particulares, da natureza da informação em

---

156 In <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>, acessado em 18/10/2020, às 18h24.

questão e da sua sensibilidade para a vida privada da pessoa em causa, bem como do interesse do público em dispor dessa informação, que pode variar, designadamente, em função do papel desempenhado por essa pessoa na vida pública

Em 2018, em outro processo envolvendo a mesma empresa de tecnologia, foi julgado pelo corte da Inglaterra os casos NT1 e NT2 v. Google LLC.<sup>157</sup> conjuntamente, em razão de sua similaridade, no entanto, com resultados diversos.

Os casos tratavam de dois empresários, NT1 e NT2, condenados criminalmente no passado e que buscavam a remoção do conteúdo no site de busca do Google. Não obstante, NT2 teve a sua desindexação autorizada pelo Tribunal, enquanto que o pleito de NT1 foi negado.

O Tribunal constatou que NT2 assumiu o seu erro à época dos fatos, bem como demonstrara arrependimento, motivo que levou à decisão favorável ao seu pedido. Além disso, verificou-se que o empresário não atuava mais no mesmo ramo em que fora cometida a infração.

No caso do NT1, por outro lado, não foi constatado o arrependimento e o empresário mantinha sua atuação no mesmo ramo de atividade, sendo pessoa pública, assim, entendeu o Tribunal, que os fatos seriam de relevante interesse público.

Por fim, um último caso de relevante repercussão na esfera internacional, foi o julgamento que não reconheceu o direito ao esquecimento de dois irmãos condenados pelo assassinato de um ator na década de 90 e que foram colocados em liberdade em meados de 2000<sup>158</sup>.

No caso, o julgamento que ocorreu em junho de 2018, a Corte Europeia de Direitos Humanos foi acionada pelos dois irmãos após perderem o seu pleito, nas instâncias superiores de Hamburgo, para que seja impedida uma emissora de rádio alemã de veicular um programa sobre o crime às vésperas da liberação condicional dos autores.

A CEDH, no entanto, manteve a decisão dos Tribunais, entendendo que:

The Court observed that the Federal Court of Justice, while recognising that M.L. and W.W. had a considerable interest in no

---

<sup>157</sup> NT1 & NT2 v. Google LLC. [2018] EWHC799 (QB) Mr. Justice Warby

<sup>158</sup> M.L. e W.W. vs. Germany (CE: ECHR: 2018:0628JUD006079810, ECLI: CE: ECHR: 2018:0628JUD006079810 [2018] ECHR 554

longer being confronted with their convictions, had emphasised that the public had an interest in being informed about a topical event, and also in being able to conduct research into past events. The Federal Court had also reiterated that one of the media's tasks was to participate in creating democratic opinion, by making available to the public old news items that were preserved in their archives. The Court agreed entirely with this conclusion.<sup>159</sup>

Deste modo, verifica-se que os Tribunais Europeus já vêm enfrentando diversos casos no tema de direito ao esquecimento e, mesmo assim, até hoje não foi possível estabelecer um entendimento majoritário para sua aplicação e até onde este pode limitar o direito à liberdade de expressão e informação.

## **5.CONCLUSÃO**

Como é possível verificar, é nítido o confronto existente entre o direito ao esquecimento e à liberdade de expressão.

Nas doutrinas mais conceituadas verificamos que os direitos da personalidade são preferenciais aos direitos de liberdade, normalmente funcionando como limitadores destes.

Assim, fica evidente a utilização do princípio da proporcionalidade para verificar quando aplicar-se-á um em detrimento do outro, sempre visando a melhor prevalência do princípio à dignidade humana.

No entanto, ao tratar do direito ao esquecimento, os Tribunais ficam muito divididos quanto à mitigação dos direitos à liberdade, sendo que o direito ao esquecimento ainda apenas é concedido em casos excepcionais.

Verifica-se, não obstante, quanto mais a sociedade se adentra em novas tecnologias de informação, mais relevante torna-se a proteção aos direitos da personalidade.

Em contraponto, deve-se tomar cuidado para que o controle sobre estas informações não se demude em uma forma de se apagar registros históricos de interesse público, o que fomentaria uma censura velada e resultaria em uma afronta à liberdade de expressão.

---

<sup>159</sup> In [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:\[%22003-6128897-7918743%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22003-6128897-7918743%22]}), acessado em 18/10/2020, às 19h33.

Assim, não só deve ser analisar os casos de aplicação ao direito ao esquecimento caso a caso, na análise fática da situação a que se sujeita o suposto agente violado, como também deve-se tentar dar prevalência a outros meios de tutela do direito ao esquecimento que não apenas a simples não veiculação da matéria informativa.

Meios como a anonimização, mantendo a publicação, mas ocultando o nome ou qualquer referência à pessoa envolvida, bem como a possibilidade de simples atualização dos dados da matéria, com redução ou edição do conteúdo da matéria informativa, são métodos ainda timidamente utilizados pela jurisprudência, tanto nacional como internacional, mas que podem ser verdadeiros aliados para que se proteja os direitos da personalidade, sem ferir os direitos à liberdade de expressão e informação.

## **6. BIBLIOGRAFIA**

AMORIM, Hêica Souza. O Reconhecimento Do Direito Ao Esquecimento Na Sociedade Da Informação. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade de Tiradentes, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio Janeiro, 1989.

CNJ. Jurisprudência Da Corte Interamericana De Direitos Humanos. Volume 1: Direito à Vida, Anistias e Direito à Verdade. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

COELHO, Julia Costa de Oliveira. Direito ao Esquecimento e seus mecanismos de Tutela na Internet. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

JONES, Meg Leta. *CTRL+Z: the right to be forgotten*. Nova Iorque: New York University Press, 2016.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Direito de informação*. R. Inf. Leg., n. 67, jul./set. 1980.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao Esquecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

PELUSO, Cezar, coord. *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 6ª ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

WARREN, S.; BRANDEIS, L. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review, vol. IV, nº. 5, 15-December-1890. Disponível em:  
<[http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html)  
>. Acesso em: 04/05/2020.

## **CESSÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS: LIMITES E POSSIBILIDADES**

**DAIAN MENDES BORGES DA SILVA:**

Advogado. graduado na UERJ -  
Universidade do Estado do Rio de  
Janeiro.

**Resumo:** O presente trabalho busca estudar a possibilidade de cessão da posição contratual em contratações públicas à luz dos limites e possibilidades do instituto.

**Palavras-Chave:** Direito Administrativo. Cessão de Contratos Administrativos. Contratos.

**Abstract:** This paper aims at the possibility of contractual assignment in public contracts under the investigation regarding the limits and possibilities of the assignment.

**Keywords:** Administrative Law. Contractual Assignment. Contracts.

### **1.Introdução.**

O presente trabalho tem como problema a dita impossibilidade jurídica de cessão da posição contratual em contratações públicas à luz do instituto da cessão contratual.

O plano de trabalho ora proposto inicia-se com aportes do direito privado acerca da cessão da posição contratual – que, como já se percebeu, será também aludida como simplesmente cessão contratual ou cessão do contrato. Nesta seção, buscarei entender os limites e as possibilidades desse instituto quando se está falando de ajustes puramente privados, sem que qualquer ente da Administração esteja envolvido.

Evidentemente, estas páginas serão finalizadas com conclusão sobre as questões ora apresentadas, cuja leitura de modo algum prescinde da íntegra do texto. Longe de sanear discussão já datada de décadas, espera-se auxiliar, ainda que de forma singela, o debate sobre este importante tema do direito e da vida prática da operação dos contratos públicos.

### **2.Cessão contratual: limites e possibilidades.**

Conforme adiantado na introdução, aqui serão trazidas contribuições oriundas do direito privado para entender o instituto da cessão de posição contratual e a compatibilidade de seus requisitos com os contratos públicos.

De plano, advirto que não me parece possível falar em separação absoluta dos regimes de direito público e privado como se a presença da Administração Pública em uma relação jurídica construísse um muro intransponível entre eles.

Trata-se de ponto muito debatido na doutrina, no qual autores mais modernos tendem ao sentido apontado acima. Na lição do professor Alexandre Santos de Aragão, há, atualmente, grande influência das normas de direito público sobre contratos de direito privado e vice-versa.<sup>160</sup>

Romeu Felipe Bacellar Filho traça panorama histórico sobre o fenômeno da interseção entre direito público e direito privado<sup>161</sup>. Passando pelos primórdios dos Estados Liberal e Social<sup>162</sup>, autor arremata que, na pós-modernidade em que nos inserimos, tais fronteiras são tênues e mesmo confusas, sobretudo à luz da frequentemente controversa noção de interesse público<sup>163</sup>. Daí que Gilberto Dupas aduz como nota distintiva dessa relação que, na modernidade, destacava-se a distinção entre Estado e sociedade civil, enquanto na pós-modernidade, a elas tendem à confusão<sup>164</sup>.

Essa transposição de regimes não deve ser feita de forma absoluta ou impensada. Há, sim, aspectos a serem sopesados quando da aplicação do regime privado de determinado instituto às relações da Administração Pública. Tampouco acredito em interpenetração epicurista, que incorpora as benesses de uma ou outra disciplina sem considerar suas restrições.

---

160 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Forense, 2018, p. 262. Na mesma senda, ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 337.

161 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Administração Pública entre o direito público e o direito privado. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 203-226, jul./dez. 2011.

162 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Administração Pública entre o direito público e o direito privado. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 203-226, jul./dez. 2011.

163 Nesse sentido, ver: BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2014. Vide a obra coletiva organizada por Daniel Sarmento: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

164 DUPAS, Gilberto. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 43. *Apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Administração Pública entre o direito público e o direito privado. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 203-226, jul./dez. 2011.



Todavia, frequentemente os limites a tais interposições foram estabelecidos pelo próprio direito positivo, de modo que o legislador já fez muitas dessas ponderações entre regimes público e privado, dispensando argumentações "com base em valores jurídicos abstratos"<sup>165</sup>.

Por isso que não esgotarei este estudo no presente tópico. Houvesse aplicação automática do instituto da cessão contratual a todo e qualquer contrato público, bastaria entendê-lo à luz do Código Civil de 2002.

Como existem derrogações no regime constitucional e positivo dos contratos administrativos<sup>166</sup>, objetiva-se, a uma, compreender os limites e possibilidades da cessão assim chamada privada para, então, analisá-los às contratações públicas.

Pois bem. A cessão de contrato é instituto consagrado no direito privado – tanto brasileiro quanto estrangeiro –, sendo, para Orlando Gomes, conquista do Direito moderno<sup>167</sup>. Isso porque, segundo o autor, a movimentação do crédito, oriunda do novo estilo da vida econômica gradualmente complexa, determinou a conceituação moderna de obrigação, pela qual deixa de ser um vínculo pessoal entre sujeitos insubstituíveis<sup>168</sup>.

A cessão contratual é consequência da evolução das relações econômicas, a qual exigiu menor rigidez em relação à possibilidade de substituição das partes das relações obrigacionais, como adiantado na introdução deste trabalho<sup>169</sup>.

---

165 A expressão é referência ao art. 20 da LINDB, incluído pela Lei nº. 13.655/2018. Dispõe: "Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão". No caso, mencionei a deferência que os valores abstratos devem ao direito positivo, mas naturalmente não se pode olvidar dos efeitos fáticos de determinada aplicação. Sobre o conflito dos argumentos etéreos e as leis, ver Princípio É Preguiça?. In SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 205-229. Tratando do art. 20 da LINDB e de todas as inclusões feitas pela Lei nº. 13.655/2018, ver *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018); nov. 2018.

166 As tensões ora examinadas referem-se às diferenças – ainda que pequenas – entre contratos privados e contratos públicos. Não me esqueci da cisão entre contratos administrativos e contratos da Administração, mas, na esteira do pensamento de mestres como Maria João Estorninho, não creio em diferenças substanciais entre eles, de modo que, via de regra, estarei me referindo a ambos. Cf. ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Livraria Almedina - Coimbra, Março, 2003, p. 110.

167 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 237.

168 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 238.

169 Maurício Moreira Mendonça de Menezes, em relação à cessão de crédito, faz anotação semelhante. MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. Cessão e circulação de crédito no Código Civil. *Irr*. TEPEDINO,

Na conceituação de Caio Mário da Silva Pereira, o instituto refere-se às situações em que se transfere a inteira posição ativa e passiva do conjunto de direitos e de obrigações de que é titular uma pessoa, decorrentes de um contrato bilateral celebrado, cuja execução não foi finalizada<sup>170</sup>. É, pois, um negócio que tem por objeto outro negócio (contrato)<sup>171</sup>.

É dizer: a cessão de contrato transmite não só direitos, como obrigações contratuais. Por exemplo, o direito de recebimento de prestação pecuniária e a obrigação de prestar o serviço de pintura de uma fachada<sup>172</sup>.

Diferencia-se da cessão de crédito, restrita à posição ativa da relação, e da assunção de dívida, limitada à posição passiva, ainda que em ambos os casos não necessariamente se transfira todo o plexo de obrigações ou de direitos em questão<sup>173</sup>.

Prevalece na doutrina a concepção de que a cessão de contrato transfere *per se* a integralidade da posição contratual, sem que haja a divisão dos elementos jurídicos dessa relação<sup>174-175</sup>.

---

Gustavo (coord.) *Obrigações*. estudos na perspectiva civil-constitucional. - Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 246.

170 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* – V. II / Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. – 29. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 380.

171 MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*, Giuffrè, vol. 2, t. II, Capítulo XVI, p. 2.

172 O professor Caio Mário da Silva Pereira fornece outros exemplos práticos. Vide PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* – V. II / Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. – 29. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 380.

173 Sobre o tema, vide STJ, REsp 97.554-SP, Terceira Turma, DJ/05.06.2000, rel. Min. Ari Pargendler.

174 Essa corrente é aludida por Caio Mário da Silva Pereira (*op. cit.*, p. 380) como doutrina unitária. Por todos seus defensores, menciono GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil* – Parte geral, 3ª ed. atual. e rev., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 276. Contrapõe-se a essa posição a assim chamada teoria atomística (*Zerlegungskonstruktion*, teoria da decomposição, em minha tradução livre), defendida, dentre outros, por JÚNIOR, Hamid Charaf Bdine. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56.

175 Para o catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa Inocêncio Galvão Telles, a cessão distingue-se da sub-rogação, porque esta é transmissão legal, enquanto aquela é negocial; a transferência dá-se por vontade da(s) parte(s), e não pela lei. TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7. ed. revista e atualizada. Coimbra Editora, 1997. p. 290. Autores como Luís Borrelli Neto discordam dessa classificação, asseverando a possibilidade de cessões impróprias, que decorreriam diretamente da lei. NETO, Luís Borrelli. Cessão de Contrato. *Revista de Direito Privado*, vol. 34/2008, pp. 137-152, Abr-Jun/2008. De toda forma, como o presente trabalho foca nas hipóteses negociais, não aprofundarei essa discussão, bastando aludir à sua existência.

Salienta-se que, no Brasil, trata-se de negócio jurídico atípico, sem positivação expressa no Código Civil de 2002. A lei, ao tratar da transmissão das obrigações, restringiu-se a abordar a cessão de crédito e a assunção de dívida. Contudo, segundo Luís Borrelli Neto, a cessão de contrato é admitida à luz das cláusulas de liberdade das partes (arts. 421 e 425 do Código Civil)<sup>176</sup>. Essa possibilidade também é expressamente admitida por Pontes de Miranda<sup>177</sup>.

Consoante aporte doutrinário acima, a não positivação da cessão contratual não é óbice à sua existência, notoriamente à luz da cláusula geral do art. 425 do Código Civil de 2002 (“É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”). A eles, aplicam-se, por analogia, as normas sobre a cessão de crédito e, quando não houver contrariedade à sua estrutura básica, as regras relativas à novação, além de ser possível, com base na noção dos princípios gerais de direito<sup>178</sup>. Esse entendimento é frequentemente invocado pelo Poder Judiciário<sup>179</sup>.

Veja-se que a opção legislativa pelo silêncio não foi adotada, por exemplo, no Código Civil Português (Decreto Lei 47.344/1966). No diploma lusitano, dispôs-se expressamente que no “contrato com prestações recíprocas, qualquer das partes tem a faculdade de transmitir a terceiro a sua posição contratual, desde que o outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão” (art. 424)<sup>180</sup>.

Também o Código Civil Italiano prevê o instituto. Denota seu art. 1.406, em tradução livre: “cada parte poderá fazer-se substituir por um terceiro nas relações provenientes de um contrato com prestações recíprocas, desde que estas ainda não tenham sido exigidas e desde que a outra parte dê sua anuência”<sup>181</sup>.

---

176 NETO, Luís Borrelli. Cessão de Contrato. *Revista de Direito Privado*, vol. 34/2008, pp. 137-152, Abr-Jun/2008.

177 MIRANDA, Pontes de. *Direito das obrigações: auto-regramento da lei. Alteração das relações jurídicas obrigacionais. Transferência de créditos. Assunção de dívida alheia. Transferência da posição negativa dos negócios jurídicos*. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 493.

178 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – V. II / Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama*. – 29. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 381.

179 TJDFT. Acórdão nº. 1037117, APC nº. 20150910259333, Relator: Gilberto Pereira De Oliveira, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 02/08/2017, Publicado no DJE: 09/08/2017. Pág.: 331/339.

180 VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I. 10. ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2003. p. 164.

181 Disponível em: <[http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=430550](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=430550)>. Acesso em 20/11/2018. Tradução livre.

A não previsão expressa do negócio é, a meu ver, postura curiosa do legislador brasileiro, sobretudo à luz do tema deste estudo<sup>182</sup>. Em primeiro lugar, porque a não regulamentação de operação jurídica frequente na prática negocial denota maior liberdade a tais negócios – mesmo acarretando, talvez, menor segurança jurídica na sua aplicação<sup>183</sup>. Por mais que exista cláusula que permita expressamente a celebração de negócios atípicos<sup>184</sup>, parece-me mais simples cumprir adequadamente regras específicas ao negócio que estar em consonância com as “normas gerais” do Código (art. 425 do CC/2002).

Em segundo lugar, porque, como aprofundarei na terceira parte, no âmbito do direito administrativo, o legislador já havia consagrado a possibilidade de cessão contratual, quer *a contrario sensu* no caso do art. 78, VI, da Lei nº. 8.666/1993, quer expressamente na Lei nº. 8.987/1995 (arts. 26 e 27<sup>185</sup>).

Essas diferenças podem simplesmente ter decorrido de uma visão clássica do princípio da legalidade, segundo a qual, na multicitada afirmação de Guido Zanobini, o particular pode fazer tudo o que não lhe é expressamente vetado, ao passo que a Administração pode realizar apenas o que a lei expressamente lhe permite<sup>186</sup>. Isso é, a lei haveria aludido à cessão nos contratos administrativos porque, sem tal menção literal, ela não existiria.

Entretanto, não deixa de chamar atenção a aceitação tranquila da cessão de posição contratual quando não há alusão normativa expressa (no Código Civil), contraposta à aplicação controversa nos casos em que a lei a permitiu (nos contratos públicos), sobretudo tendo como óbice um personalismo nas contratações públicas que não decorre de nenhuma norma expressa do ordenamento brasileiro.

---

182 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*: volume 1. Fernando Noronha. - São Paulo : Saraiva, 2003. pp. 74-75.

183 Opinando pela existência de insegurança oriunda da não regulamentação da cessão contratual no Código Civil, ver GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 256.

184 O clássico J. X. Carvalho de Mendonça já trazia reflexões análogas. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Liv. Freitas Bastos, 5a. ed., vol. VI, parte I, pp. 320-321.

185 No caso da Lei nº. 8.987/1995, entendo que há a expressa consagração da cessão parcial (subconcessão) no art. 26, sendo que a cessão da posição contratual propriamente dita é positivada *a contrario sensu* no art. 27. Sobre o tema, remeto à análise específica da Lei nº. 8.987/1995 feita neste trabalho.

186 ZANOBINI, Guido. *L'Attività Amministrativa e la Legge*, in *Scritti Vari di Diritto Pubblico*, Ed. Giuffrè, Milano, 1955, pp. 206-207. Frisa-se que não se desconhecem as releituras dessa sentença, v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 236: 51-64, Abr./Jun. 2004.

Passando aos requisitos para a cessão contratual no direito privado brasileiro, o professor Caio Mário da Silva Pereira elenca alguns deles de forma didática: i) celebração de negócio jurídico entre cedente e cessionário; ii) a integralidade da cessão (cessão global);<sup>187</sup> iii) a anuência expressa da outra parte contratante (cedido), como regra<sup>188-189</sup>.

Dentre os requisitos para a celebração desse negócio jurídico, há uma especial condição a ser destacada, que está no cerne do presente trabalho: a necessidade de que nenhuma das prestações envolvidas na transferência seja personalíssima. No exemplo de Caio Mário da Silva Pereira, se uma editora contrata escritor famoso para a publicação de livro de sua autoria, não é possível a cessão desse contrato, dada a natureza personalíssima do vínculo<sup>190-191</sup>.

Em conjunto com a anuência do cedido, a fungibilidade das obrigações e direitos envolvidos é a condição central às cessões contratuais. Isso porque, inexistindo outros requisitos, é possível que a operação se transmude em outras categorias – por exemplo, tornando-se sub-rogação/cessão imprópria na ausência de negócio entre cedente e cessionário ou se transformando em cessão de crédito ou assunção de dívida caso não seja transmitida a integralidade da posição contratual.

Nem mesmo a anuência do cedido – aquele que contratou a obrigação – é, segundo alguns autores, com quem concordo, apta a sanar o vício constante na cessão de contrato que detém obrigações (ou direitos) personalíssimos<sup>192</sup>. Em que pese decisões

---

187 Em relação à cessão parcial de contratos, o STJ já decidiu por sua possibilidade: STJ, REsp 356.383/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2002, DJ 06/05/2002, p. 289. Assim, entendendo preferível ler o requisito apontado pelo professor como a impossibilidade de se ceder somente direitos ou obrigações, como se faz em meras cessões de crédito ou assunções de dívidas.

188 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – V. II* / Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. – 29. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 381.

189 CABRAL, Antônio da Silva. Cessão de Contratos. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 2, pp. 39-54, Jun / 2011.

190 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – V. II* / Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. – 29. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 381.

191 O STJ trata da questão como *obiter dictum* em cessões de créditos tributários – cuja disciplina aplica-se às cessões contratuais, conforme aduzimos acima. Por todas as decisões, menciono o REsp 789.453/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 11/06/2007, p. 271.

192 NETO, Luís Borrelli. Cessão de Contrato. *Revista de Direito Privado*, vol. 34/2008, pp. 137-152, Abr-Jun/2008.

que parecem sustentar o oposto<sup>193</sup>, entendo que, nesse caso, dada a impossibilidade de transferência de vínculos personalistas, ou existe a constituição de nova relação, ou não se está diante de obrigação/direito efetivamente personalíssimo<sup>194</sup>.

É dizer: não se pode transferir posição contratual marcada pelo personalismo; no mínimo, não se poderá ceder *esta* posição contratual, ainda que o cedido aceite outra em seu lugar, em operação que mais se aproximará de uma novação.

Singelo exemplo pode esclarecer a situação: caso a empresa X constitua contrato para pintura de mural pelo renomado artista Eduardo Kobra, se o muralista decidir por bem ceder a Os Gêmeos a íntegra sua posição contratual e a sociedade aceite a transferência, restará constituída *outra* relação, mesmo que semelhante. O que não me parece possível é extrair dessa anuência, por mais expressa que seja, a manutenção plena do contrato anterior, como ocorre nas cessões contratuais.

### **3. Conclusão.**

A cessão da posição contratual levanta debates doutrinários e jurisprudenciais. No direito civil, discute-se, por exemplo, sua natureza unitária ou atomística, bem como suas diferenças em relação à sub-rogação.

No direito administrativo, a controvérsia, datada de já algum tempo, reside na admissibilidade do instituto nos contratos públicos. As discussões prosseguirão. No entanto, hoje, as opiniões tendem à juridicidade da cessão contratual. Seus limites e possibilidades, por outro lado, seguem nebulosos.

São muitas – e complexas – as questões que o tema suscita e que não abordei frontalmente neste artigo. Dando apenas um exemplo que me cativa e que gostaria de analisar em momento oportuno, pergunto se seria possível a cessão da posição contratual da Administração, quer para entidades do Poder Público, quer mesmo para particulares.

Abaixo, sintetizo as conclusões deste estudo em pontos, como forma de dinamizar a leitura e evitar a repetição de argumentações já feitas ao longo dos tópicos anteriores. Não utilizei expressões como “acredito que” ou “parece-me” na síntese conclusiva para dar fluidez ao leitor, mas naturalmente não se tratam de assertivas absolutas.

---

<sup>193</sup> STJ, REsp 34.882/RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 30/06/1993, DJ 09/08/1993, p. 15230.

<sup>194</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. – 17. ed. rev., atual. e ampl. 2ª. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1290.

- Não existe separação absoluta entre direito privado e direito público apta a tornar considerações daquele ramo inaplicáveis ao estudo dos contratos públicos.
- A cessão contratual decorre da evolução das relações econômicas, que demandou a substituição das partes das relações obrigacionais.
- O instituto refere-se à transferência do plexo de direitos e obrigações de relação contratual. De acordo com a doutrina majoritária, essa transferência dá-se de forma unitária, sem que seja desmembrada em diversas cessões de crédito e assunções de dívida.
- Ao contrário do que ocorre na Itália e em Portugal, a cessão contratual é negócio atípico no Código Civil brasileiro. Estranhamente, no direito público, apesar de positivado (mesmo que *a contrario sensu*), ele gera maiores controvérsias.
- Dentre os requisitos para a celebração da cessão contratual, destaca-se (i) a inexistência de direitos ou obrigações personalíssimos e (ii) a anuência do cedido.
- Em contratos que contenham obrigações ou direitos personalíssimos, nem mesmo a anuência do cedido possibilita a cessão daquela posição contratual. A concordância do cedido gera a transferência de outro vínculo.

Feitas essas considerações, espero contribuir com a discussão sobre a cessão contratual e sobretudo quanto às características inerentes aos contratos públicos. Ainda há muito a ser caminhado neste tema, porém mais importa que estejamos caminhando.

## Referências

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. *Contratos Administrativos*, São Paulo, Saraiva, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. *Conversas acadêmicas*. Luís Roberto Barroso. Portal Os Constitucionalistas. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>>. Acesso em 27/11/2018.

BINENBOJM, Gustavo. Um novo Direito Administrativo para o século XXI. In: *Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, v. 1, n. 1, 1997.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRACONNIER, Stéphane. *Droit des Marchés Publics*. Paris: Imprimerie Nationale, 2002.

CABRAL, Antônio da Silva. Cessão de Contratos. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 2, pp. 39-54, Jun / 2011.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo* - tomo I, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1970.

DE MATOS, Sara Younis Augusto. *Da admissibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação e sua autorização pelo contraente público no contexto das relações jurídico-contratuais administrativas*, Mestrado em Direito Administrativo, Vertente de Contratação Pública, sob orientação da professora Maria João Estorninho, Universidade Católica Portuguesa, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública*, 3ª ed., Ed. Atlas, 1999.

DOS SANTOS, Silva Pedro. *Os direitos de step-in na Lei das Parcerias Público Privadas de Angola*. Mestrado em Direito Administrativo. Vertente de Contratação Pública e Direito Público Empresarial. Orientado pelo Dr. Bernardo Diniz de Ayala. Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito. Lisboa, agosto de 2013.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*: financiamento com foco em empreendimentos: parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Livraria Almedina - Coimbra, Março, 2003

FREITAS, Rafael Vêras de. A subconcessão de serviço público. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016.

\_\_\_\_\_. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 167-196, abr./jun. 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. Procedimento da licitação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 99, p. 7-75, mar. 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil* – Parte geral, 3ª ed. atual. e rev., São Paulo, Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.



JÈZE, Gaston. *Formation, Exécution des contrats administratifs*. v. 2. Paris: Marcel Giard Libraire-Editeur, 1932.

JÚNIOR, Hamid Charaf Bdine. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. – 17. ed. rev., atual. e ampl. 2ª. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 41, maio 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCnd=29683>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral das concessões de serviço público*. – São Paulo: Dialética, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 1997.

LEITE, Fábio Barbalho. A licitude da cessão de contrato administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, 232, pp. 255-281, Abr.-Jun. 2003.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Da subconcessão e da transferência da concessão ou do controle societário da concessionária e o seu reflexo no contrato administrativo*. Disponível em: <[http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/da\\_subconcessao\\_e\\_da\\_transferencia\\_da\\_concessao.pdf](http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/da_subconcessao_e_da_transferencia_da_concessao.pdf)>. Acesso em: 26/11/2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. – 20. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. – 20. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *O Direito Administrativo em evolução*, 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação. Repensando a contratação pública e o dever de licitar*. Curitiba: Zênite, 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. O princípio da realidade no Direito Administrativo. *Revista Consultor Jurídico*, 18 de março de 2011

MIRANDA, Pontes de. *Direito das obrigações: auto-regramento da lei. Alteração das relações jurídicas obrigacionais. Transferência de créditos. Assunção de dívida alheia. Transferência da posição negativa dos negócios jurídicos*. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. parte introdutória, parte geral e parte especial. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, Eduardo Vianna. Cessão de contrato de obra pública. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 4, pp. 1003-1012, Nov/2012.

NETO, Luís Borrelli. Cessão de Contrato. *Revista de Direito Privado*, vol. 34/2008, pp. 137-152, Abr-Jun/2008.

NEVES, A. Castanheira. *Enciclopédia verbo da sociedade e do estado: interpretação jurídica*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1985. v. 3.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008.

NOGUELLOU, Rozen. *La Transmission des Obligations en Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), Bibliothèque de Droit Public, Tome 241, Paris, 2004.

NORONHA, Fernando Direito das obrigações : fundamentos do direito das obrigações : introdução à responsabilidade civil : volume 1 I Fernando Noronha. - São Paulo : Saraiva, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – V. II / Atual*. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. – 29. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREZ, Marcos Augusto. Contrato Administrativo. Cessão de contrato. Possibilidade. In Genesis. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*. Curitiba. Genesis, n. 12, jun-mar 1997, pp. 93-105.

RICHER, Laurent. *Droit des Contrats Administratifs*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2002.

ROSILHO, André Janjácomo. As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-37, set. 2012/fev. 2013.

\_\_\_\_\_. *Licitação no Brasil*. SBDP-Sociedade Brasileira de Direito Público, 2013.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes* – 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7. ed. revista e actualizada. Coimbra Editora, 1997.

TEPEDINO, Gustavo (coord.) *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. - Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I. 10. ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2003.

WALD, Arnoldo. Do regime jurídico da concessão e da subconcessão para prestação de serviços públicos de saneamento básico no município X. *Pareceres: Direito das Concessões*, v. 3 – Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

## TUTELAS PROVISÓRIAS À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**RODRIGO FLÁVIO ALVES DE OLIVEIRA:**

Procurador do Município de Abreu e Lima/PE - Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Secção Pernambuco.<sup>195</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo analisar, as principais mudanças e inovações trazidas pelo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), especificamente o instituto das Tutelas Provisórias, abordando suas características, requisitos, classificações, momento de propositura e demais itens inerentes ao aludido instituto. A abordagem do estudo abrangerá as duas modalidades de tutelas provisórias, a tutela de urgência e a tutela de evidência, identificando e esclarecendo seus requisitos gerais e próprios. A vigência do Código do Processo Civil Brasileiro, incentivou a realização desse estudo e posterior escrita do artigo. Sabemos que a maturação dada pela jurisprudência dos tribunais, ao longo dos anos, foi capaz de firmar novos entendimentos, porém, longe de exaurir todas as dúvidas inerentes ao assunto, cabendo o estudo e a compreensão dos institutos do ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras Chaves:** Tutelas Provisórias. Tutela de Urgência. Tutela de Evidência.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the main changes and innovations brought by the Code of Civil Procedure (Law 13.105/2015), specifically the institute of Provisional Guardianships, addressing its characteristics, requirements, classifications, moment of proposal and other items inherent to the aforementioned institute. The study's approach will cover the two modalities of provisional guardianship, the urgent guardianship and the evidential guardianship, identifying and clarifying their general and specific requirements. The effectiveness of the Brazilian Civil Procedure Code encouraged this study and subsequent writing of the article. We know that the maturation given by the jurisprudence of the courts, over the years, was able to establish new understandings, however, far from exhausting all the doubts inherent to the subject, leaving the study and understanding of the institutes of the Brazilian legal system.

**Keywords:** Guardianship Provisional. Trusteeship Urgency. Trusteeship evidence.

### INTRODUÇÃO

Com a vigência da Lei 13.105 de 16 de março de 2016, o instituto das tutelas provisórias passou a vigorar sob a nova ótica do código de processo civil brasileiro. De início notamos modificações sutis, mantendo-se em regra, seus principais requisitos,

<sup>195</sup> Procurador do Município de Abreu e Lima/PE - Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Secção Pernambuco.

porém verificamos a necessidade de destacar as mudanças ocorrida em relação ao procedimento inicial e em relação aos seus efeitos após a concessão da tutela.

Durante o decorrer desse trabalho, teremos a oportunidade de conhecer a aludido instituto e fazermos sucintas comparações com o código de processo civil anterior, revogado com a chegada do novo código.

## 1 NOÇÕES PRIMÁRIAS

A proteção jurisdicional concedida a um bem pelo Estado-Juiz pode ser classificada em "*tutela definitiva*" ou "*tutela provisória*". O presente artigo é dedicado ao estudo da tutela provisória, porém, para o perfeito entendimento da tutela provisória existe a real necessidade de entendermos o instituto da tutela definitiva. Dentre os vários conceitos de tutela definitiva encontrados na doutrina pátria, destacamos o apresentado por DIDIER (2016, p. 576)

A tutela definitiva é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada. É espécie de tutela que prestigia, sobretudo, a segurança jurídica.

A tutela definitiva recebe duas classificações, podendo essa ser de natureza satisfativa ou cautelar.

A tutela definitiva satisfativa é toda aquela que reconhece e visa certificar e/ou efetivar direitos de natureza material. Também conhecida como *tutela-padrão*, prepara-se à satisfação de um direito material com a entrega do bem da vida pretendido.

Já a tutela provisória é aquela que, através de um juízo de cognição sumária, balizada em um juízo de probabilidade e requisitos específicos, pretende satisfazer de forma antecipada ou assegurar que ao final do processo seja possível a execução da tutela definitiva pretendida.

## 2 TUTELAS PROVISÓRIAS

Dada sua importância, encontramos no código de processo civil um livro específico (LIVRO V) para tratar das tutelas provisórias, dentre as características gerais, a doutrina é pacífica em elencar três principais, observamos a clara especificação feita por DIDIER (2016, p. 582):

- a) *a sumariedade da cognição*, uma vez que a decisão se assenta em análise superficial do objeto litigioso e, por isso, autoriza que o julgador decida a partir de um *juízo de probabilidade*
- b) *A precariedade*. A princípio, a tutela provisória conservará sua eficácia ao longo do processo, ressalvada a possibilidade de decisão judicial em sentido contrário (art. 296, parágrafo único, NCPC). Mas ela poderá ser *revogada* ou *modificada* a qualquer tempo (art. 296, *caput*, NCPC).
- c) E, por ser assim, fundada em cognição sumária e precária, a tutela provisória é inapta a torna-se *indiscutível* pela coisa julgada.

Com relação a *sumariedade da cognição*, podemos acrescentar que o magistrado não fará um exame aprofundado sobre o mérito sobre o qual versa o litígio, sendo a presença da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*), um requisito satisfativo do ponto de vista de convencimento, para que seja concedida a tutela provisória, não obstante a observação dos demais requisitos aplicados a natureza da concessão.

Analisando a característica da *precariedade*, verificaremos um fator temporal de duração dos efeitos da tutela provisória, esses efeitos podem ser revogados ou modificados especificamente em dois momentos, no decorrer do processo, em razão de uma alteração do estado de fato ou de direito, ou até mesmo do estado de prova, quando na fase de instrução processual, restarem evidenciados fatos distintos daqueles que autorizaram a concessão da tutela. Ultrapassada a fase instrutória, quando concedida, a tutela provisória será confirmada, modificada ou revogada na sentença que examina o mérito do litígio, não obstante a possibilidade de tal revogação/modificação ocorrer em qualquer das fases do decurso processual.

Para que possamos estudarmos as espécies de tutelas provisórias, remeteremos ao código de processo civil, onde no seu artigo inicial do respectivo livro V, faz a primeira classificação de acordo com os fundamentos da tutela, onde temos a seguinte redação, art. 294 do CPC:

“A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência e evidência.”

Passamos agora a analisar as tutelas provisórias, separadamente, de acordo com a primeira classificação trazida pelo código de processo civil.

## **2.1 TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA**

As tutelas provisórias de urgência são aquelas concedidas pelos pressupostos de “probabilidade do direito” e do “perigo da demora”.

A probabilidade do direito, do latim, *fumus boni iuris*, trata da pré-constituição do direito do autor, quando tratamos de demonstração da probabilidade do direito, fazemos referência direta a prova (documental, testemunhal, etc.) que indiquem ser o autor detentor do direito. Em regra, essa indicação não será absoluta, e deverá ser confirmada durante a marcha processual, mais especificadamente na fase de instrução do processo.

O perigo na demora, do latim, *periculum in mora*, é o risco de prejuízo pelo qual o autor não tem possibilidade de suportar, esse risco pode ser ao resultado útil do processo ou de um dano de difícil ou impossível reparação. Sabemos que em decorrência do princípio constitucional do devido processo legal, somado com a morosidade do Estado-Juiz, em processar e julgar, a pretensão do autor tem grande probabilidade de não ser alcançada em tempo hábil ao seu proveito, geralmente por tal pretensão possuir tempo certo de utilidade, como por exemplo uma cirurgia de urgência com a finalidade de salvar a vida do paciente.

Poderá o magistrado, para a concessão da tutela de urgência, de acordo com o caso concreto, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, sendo possível a dispensa dessa exigência se a parte for economicamente hipossuficiente ou não possuir condições de oferecer a garantia.

Em relação ao momento de concessão da tutela de urgência, essa poderá ser, liminar ou após justificação prévia, sendo a primeira *Inaudita Altera Pars*, quando é concedida sem a ouvida da outra parte, e a segunda concedida após a audiência de justificação prévia, onde serão produzidas provas, em regra testemunhas para a completa convicção do juiz.

A tutela provisória de urgência classifica-se como *antecipada* ou *cautelar*, tratando essa de antecipar a pretensão do autor, e aquela de assegurar que sua pretensão seja garantida ao final do processo.

### **2.1.1 TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA**

A tutela provisória de urgência antecipada, é aquela que pretende antecipar os efeitos da decisão final do processo, ou seja, é trazer para o momento contemporâneo os efeitos ou parte deles, que seriam apropriados na sentença definitiva de mérito.

O artigo 294 do novo código de processo civil, ainda em seu parágrafo único, trata de classificar de acordo com a sua natureza, a tutela provisória de urgência em duas modalidades, onde temos:

“Art. 294 – Parágrafo Único: A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.”

Com a inteligência do Art. 294, parágrafo único, do CPC, a tutela provisória antecipada, pode ser requerida em dois momentos distintos, são eles antecedente ou incidental.

Diz-se antecedente o pedido de tutela de urgência que antecede a propositura do pedido principal da ação, ou seja, é lícito ao autor limitar a petição inicial nos casos em que a urgência for contemporânea a ação, essa previsão é notada no Art. 303 do NCPC:

Art. 303 - Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Sendo concedida a tutela antecipada antecedente, caberá ao autor aditar a petição inicial, complementando sua argumentação, juntando novos documentos e confirmando o pedido de tutela final, tal aditamento deve ocorrer no prazo de 15 (dias) ou em outro prazo maior que o juiz fixar. Caso não seja concedida, o prazo de aditamento é de 5 (cinco) dias, sob pena de indeferimento da inicial e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Da decisão que concede ou nega a concessão da tutela de urgência antecipada, será cabível o recurso de agravo de instrumento, previsão dada pelo Art. 1015, I do NCPC.

O novo código de processo civil traz consigo um fenômeno inédito a jurisdição brasileira, trata-se da *Estabilização da Tutela de Urgência Satisfativa Antecipada*, para explicação de tal técnica recorreremos a definição de CÂMARA, Alexandre Freitas (2015, p. 300):

A estabilização da tutela antecipada ocorre quando ela é concedida em caráter antecedente e não é impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples (por recurso ou outro meio de impugnação). Se isso ocorrer, o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo efeitos, enquanto não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la. Nesse caso, não há obviamente resolução do mérito quanto ao pedido definitivo, até porque a estabilização se dá num momento que esse pedido seque foi formulado.



Mesmo extinguindo o feito sem julgamento do mérito, nesse caso, a tutela de urgência de natureza satisfativa concedida antecipadamente, já estabilizada conservará seus efeitos. Sendo necessário a propositura de ação específica para rediscutir a tutela concedida e estabilizada, o código de processo trata tal possibilidade em seu art. 304, § 2º:

“Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.”

O pedido da tutela de urgência é incidental quando realizado contemporaneamente ao ajuizamento da ação com todos os seus pedidos, ou ainda quando realizado posteriormente, no curso do processo. Sendo desnecessária e vedada qualquer tipo de complementação a petição inicial, uma vez que já se deu início ao rito processual, ressalvada a hipótese de despacho de emenda.

### **2.1.2 TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CAUTELAR**

Já a tutela cautelar é de natureza assecuratória, e seu único objetivo é assegurar que se vencedor, o autor possa garantir a execução “*cumprimento de sentença*” do seu direito. É por isso que a tutela de urgência de natureza cautelar, do ponto de vista do seu objeto, é também uma tutela satisfativa.

Esse procedimento também possui duas modalidades com relação ao momento da sua propositura, antecipada ou incidentalmente, sendo sua forma antecipada a mais comum e usual no meio jurídico.

O procedimento de tutela cautelar antecipada pois fim ao conhecimento instrumento da “Ação Cautelar”, que tinha previsão no antigo código de processo civil. Sendo agora o procedimento cautelar parte integrante da ação principal, diferente do modelo antigo onde tínhamos um processo autônomo cautelar.

Os artigos 305 e seguintes do CPC tratam do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, sendo necessário para a concessão a demonstração do direito que pretende assegurar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Efetivada a tutela cautelar, terá o autor o prazo de 30 (trinta) dias para formular o pedido principal nos mesmos autos e, caso não o faça no prazo legal, cessará a eficácia da tutela cautelar concedida em caráter antecedente.

### **2.1.3 FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS PROVISÓRIA DE URGÊNCIA**

De fato, alguns casos poderiam nos pôr à prova a certeza da natureza da tutela, como por exemplo a pretensão de um paciente para realizar uma cirurgia de alto risco a priori negada pelo seu plano de saúde, indagaríamos, seria essa uma tutela cautelar ou uma tutela antecipada de natureza satisfativa.

A fim de reprimir controvérsias sobre esse aspecto, o legislador aplicou ao instituto a previsão de fungibilidade, DIDER (2016, p. 629) tratou de enfrentar o tema em sua obra:

O legislador, ciente das dificuldades que podem surgir na diferenciação da tutela antecipada (satisfativa) e da tutela cautelar, foi cauteloso ao prever a fungibilidade dessas tutelas de urgência requeridas em caráter antecedente, exigindo a prévia e necessária adaptação procedimental.

Assim, prevê o art. 305, parágrafo único, NCPC, que, uma vez requerida tutela cautelar em caráter antecedente, caso o juiz entenda que sua natureza é satisfativa (antecipatória), poderá assim recebê-la, desde que seguindo o rito correspondente. Trata-se de hipótese de fungibilidade progressiva, de conversão da medida cautelar em satisfativa, isto é, daquela menos agressiva para a mais agressiva.

Se o legislador admite essa fungibilidade progressiva (da cautelar para a satisfativa), deve-se admitir, por analogia, a fungibilidade regressiva da satisfativa para a cautela (da mais para a menos agressiva e rigorosa). Dessa forma, uma vez requerida tutela provisória satisfativa (antecipada) em caráter antecedente, caso o juiz entenda que sua natureza é cautelar, poderá assim recebê-la, desde que seguindo o rito para ela previsto em lei. É preciso que a decisão tenha motivação clara nesse sentido, até mesmo para que o réu saiba das consequências de sua inércia, bem mais gravosas caso o pedido seja tutela provisória satisfativa.

Fica admitida, assim, uma fungibilidade de mão dupla, exigindo-se, contudo, que venha acompanhada da conversão do procedimento inadequado para aquele que é adequado por força de lei.

## **2.2 TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA**

Outra inovação trazida pelo novo código de processo civil brasileiro, foi o instituto da tutela de evidência. A evidência é um fato jurídico processual, e se dá quando as afirmações de fato estão comprovadas e irrefutáveis.

A evidência serve tanto as tutelas definitivas como as provisórias, se caracteriza com conjugação de dois pressupostos: prova das alegações de fato e probabilidade acolhimento da pretensão processual.

Estão dispensados a demonstração dos requisitos de urgência e perigo, pois funda-se na certeza do direito pretendido, nesse caso diríamos que está presente algo muito além da probabilidade do direito da parte, estamos falando da real possibilidade da concessão da tutela definitiva.

Passemos agora a analisar o dispositivo legal do NCPC, que prevê o instituto. Dispõe o art. 311, previsto no título III denominado "Da tutela de evidência":

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

### **2.2.1 TUTELA DE EVIDÊNCIA PUNITIVA. ATOS PROTELATÓRIOS E ABUSIVOS DA PARTE.**

Previsão dada no art. 311, I, do CPC, que acolhe a concessão de tutela provisória de evidência, sempre que ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte.

Diz respeito a um instituto punitivo, punindo aquele que com manifesta má-fé impõe empecilhos ao devido processo legal, ou seja, que se valendo de verdadeiras manobras, tenta postergar a concessão da tutela definitiva, comprometendo a celeridade e lealdade que devem ser conservadas em todo rito processual.

Faz-se necessário distinguirmos os termos “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório”, invocamos a definição utilizada por OLIVEIRA (2015, p. 423)

O termo “abuso de direito de defesa” deve ser interpretado de forma ampla. Abarca não só abusos e excessos cometidos pela via da contestação (defesa em sentido estrito), mas também em qualquer outra manifestação da parte como, por exemplo, com a provocação infundada de incidentes processuais, pelo simples fato de suspenderem o processo, interposição de recursos protelatórios ou a solicitação desnecessária de oitiva de testemunhas.

Já no que diz respeito ao “manifesto propósito protelatório” emerge interessante questão: esses atos arditos extraprocessuais podem ser praticados antes do início do processo ou só quando já está pendente o feito? Ao que parece, a litispendência é pressuposto para a concessão da tutela antecipada com base nesse inciso, mas é possível que, após citado o réu, se conceda a providência em razão de comportamento da parte anteriores à formação do processo.

Na prática, esperamos que o magistrado não necessite fazer uso dessa modalidade de tutela de evidência, uma vez que possui diversos outros meios para combater a litigância de má-fé e as demais fraudes processuais. Sendo esse instituto de natureza residual para sanção processual e efetivação de direitos.

## **2.2.2 TUTELA DE EVIDÊNCIA DOCUMENTADA FUNDADA EM PRECEDENTE OBRIGATÓRIO**

Trata-se tutela admitida mediante o preenchimento dos pressupostos de fato e de direito:

- a) O pressuposto de fato é a existência de prova documental das alegações feitas pelo requerente, essa deve recair sobre fatos que justificam o direito alegado, isto é fato constitutivo do direito. Esse pressuposto não será necessário quando a comprovação do direito não depender de prova, como o fato notório, o fato confessado, o fato incontroverso e o fato presumido.

- b) O pressuposto de direito é a probabilidade de acolhimento da pretensão processual, fundado em tese jurídica já firmada em precedente obrigatório, especificadamente em enunciado de súmula vinculante ou em julgamento de demandas repetitivas, vinculando o julgador que deve observá-los inclusive liminarmente.

### **2.2.3 TUTELA DE EVIDÊNCIA DOCUMENTADA NA AUSÊNCIA DE CONTRAPROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE**

Nessa hipótese é exigida o preenchimento de 3 (três) pressupostos, todos trazidos na literalidade do art. 311, IV.

O primeiro é que a evidência do direito seja apresentada pelo autor na petição inicial, e que esta não seja combatida suficientemente mediante prova exclusivamente documental pelo réu.

O segundo é que o autor traga prova documental (ou documentada), suficiente dos fatos, para constituição do seu direito, e que por isso esse seja evidente.

O terceiro é a ausência de contraprova documental por parte do réu, que esteja apta a gerar "dúvida razoável" sobre os fatos que alicerçam o direito do autor, ou seja, que sejam capazes de criar hipóteses de extinção, impedimento ou modificação do direito pretendido pelo autor.

### **CONCLUSÕES**

As tutelas provisórias constituem importante instrumento de efetividade e celeridade processual, pois buscam antecipar ou assegurar o proveito útil do resultado processual, revelando medida necessária à razoável duração do processo. Apesar de fazermos parte de um sistema jurídico Civil Law, muitos entendimentos do nosso ordenamento jurídico se dão baseado em julgados e na hermenêutica dos tribunais superiores, sendo assim aguardaremos os novos pronunciamentos dos Egrégios Tribunais, a fim de dirimir dúvidas que ainda rondam as inovações do Código de Processo Civil.

Os institutos pertencentes as tutelas provisórias são de suma importância ao ordenamento jurídico brasileiro, enquanto as tutelas de urgências, seja de natureza cautelar ou antecipada, visam atender à necessidade imediata que possui o autor em sanar um risco de difícil reparação ou garantir eficácia ao resultado útil do processo, a tutela de evidência é pautada na comprovação clara e inequívoca que possui o autor na alegação do seu direito.

Por fim, concluímos favoravelmente as reformas do Código de Processo Civil, que inovou em vários institutos e, especialmente, nas tutelas provisórias vislumbramos a

importância e o zelo prestados pelo legislador em manter e aperfeiçoar as tutelas provisórias.

## **BIBLIOGRAFIA**

ARRUDA ALVIM, Jose Manoel. Manual de Direito Processual Civil, 8 ed. São Paulo: RT, 2003, V.2.

BEDAQUE, José Robertos dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência. 3 ed. 2003.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Sentença cautelar, cognição e coisa julgada – reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2011.

DIDIER JR., Fredie, Curso de Direito Processual Civil. 11 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

FUX, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela de Evidência. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Curso de Processo Civil, Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança Jurídica e mudança de jurisprudência. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, n. 6.

NERY JR., Nelson. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 7 ed. São Paulo: RT, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela Antecipada Sancionatória. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 43.

NEVES, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comparado – Lei 13.105/2015. 2 ed. Revista – Rio de Janeiro: METODO, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das Ações. Campinas: Bookseller, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de Tutela. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

## **A PARTICIPATIVIDADE SOCIAL *ONLINE* NA ELABORAÇÃO DO MARCO CIVIL DA *INTERNET* (LEI Nº 12.965/2014) COMO PRECEDENTE DE FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA NO BRASIL**

**JOSÉ ANTONIO FRANCISCO DE SOUZA:**  
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão

Prof<sup>a</sup> VALÉRIA MARIA PINHEIRO MONTENEGRO  
(orientadora)

**RESUMO:** Demonstração da participação da sociedade através de ferramentas *online* na concepção e elaboração do Marco Civil da *Internet* enquanto fator determinante para o fortalecimento da Democracia no Brasil, uma vez que não só condiz com a tendência atual do crescente uso da *Internet* como deixa claro o anseio da sociedade em se envolver de forma mais direta na elaboração das leis. A escolha do tema proposto no presente estudo justifica-se em face da constatação de que o surgimento de ferramentas *onlines* de diálogo entre o cidadão e o Poder Legislativo representa uma verdadeira tendência do processo legislativo atual, cuja dinâmica reflete os mais variados interesses e anseios sociais. Justifica-se ainda por colocar em pauta de reflexão, sobretudo acadêmica, o anseio crescente do cidadão em tomar parte de forma mais direta no processo de formação das normas, demandando-se, para isso, novas ferramentas de interação com o Poder Público, que superam o paradigma do processo legislativo tradicional, fruto da Democracia representativa. Dessa forma o presente estudo tem também o escopo de fomentar o interesse cidadão no debate sobre os temas atuais que ensejam a regulação jurídica, uma vez que a interação da sociedade com o Poder Público é aqui apresentada como algo facilmente acessível a qualquer usuário da *Internet*. Este trabalho mostra -se, pois, como uma via de mão dupla, na medida em que demonstra um nível inédito de participação social no processo legislativo, fato que aponta no sentido de uma verdadeira tendência contemporânea, ao mesmo tempo em que objetiva estimular mais cidadãos ainda, em especial no meio acadêmico, a se envolverem mais diretamente no processo de elaboração das leis.

**Palavras-chave:** Poder Público. Marco Civil. *Online*. Democracia participativa. Poder Legislativo.

**ABSTRACT:** Society participation demonstration through online tools in the design and development of the Civil Marco Internet while determining factor for the strengthening of democracy in Brazil , since not only the yearning consistent with the current trend of increasing use of the Internet as made clear the society to engage more directly in making

laws. The theme proposed in this study is justified in view of the finding that the emergence of online tools for dialogue between citizens and the Legislature represents a real trend in the current legislative process, whose dynamics reflects the varied interests and social expectations. Justified by even put on the agenda for reflection, especially academic, the growing desire of citizens to take part more directly in the formation of the standards process, requiring up to this, new tools for interaction with public authorities, which outweigh the paradigm of the traditional legislative process, the result of representative democracy. Thus this study also has the scope to encourage citizen interest in the debate on the current issues that lead to legal regulation, since the interaction of society with the government is here presented as something easily accessible to any Internet user. This study shows herself, because, as a two-way street, in that it demonstrates an unprecedented level of social participation in the legislative process, a fact that points towards a true contemporary trend, while it aims to encourage more citizens further, especially in academia, to engage more directly in the process of making laws.

**Keywords:** Public Power. Brazilian Civil Rights Framework. Online. Participatory Democracy. Legislature.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DA DEMOCRACIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA VIGENTE. 2.1 Estado Democrático de Direito. 2.2 Direito ao sufrágio. 2.3. Democracia representativa. 2.4 Democracia participativa. 3 ORGANIZAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO FEDERAL E O PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA VIGENTE. 3.1 Organização do Congresso Nacional. 3.2 Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados. 3.3 Processo legislativo tradicional. 3.4 Processo legislativo colaborativo na Câmara dos Deputados por meio do portal e-Democracia. 4 A DEFINIÇÃO DE NOVOS HORIZONTES PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA A PARTIR DO MODELO PARTICIPATIVO DE ELABORAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET. 4.1 O caráter diferenciado da participação social na discussão e elaboração do Marco Civil da Internet. 4.2 As contribuições decorrentes do processo de formação do Marco Civil da *Internet* para o fortalecimento da Democracia participativa Brasileira. 5 CONCLUSÃO.

REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio democrático, dada a sua relevância na organização do Estado e da sociedade, não pode ser encarado como um elemento estático, aprisionado nos limites de concepções tradicionais da Democracia, uma vez que deve refletir a dinâmica veloz e plural da sociedade contemporânea, conferindo ao processo político o maior grau de legitimidade possível.



Mencionado princípio democrático encontra um campo fértil para a sua exploração no estudo das experiências de implementação de modelos de Democracia participativa, mais especificamente, no caso do presente estudo, na análise da participatividade social via *internet* na discussão e elaboração do Marco Civil da *Internet* (Lei nº 12.965/2014).

Busca-se compreender por que a experiência democrática verificada na gênese dessa norma pode ser tomada como um precedente de fortalecimento da Democracia no Brasil e como ela conseguiu aliar conceitos de tecnologia da informação e comunicação como segurança, velocidade e praticidade com os valores da legalidade, validade jurídica e legitimidade.

Para tanto, é imprescindível que se destaquem os elementos dessa experiência que evidenciam um caráter de solidez, abrangência e validade jurídica do modelo utilizado, sempre tomando-se como ponto de partida da investigação a norma constitucional.

Nesse diapasão entender em que consiste a relevância da implementação de modelos sólidos e abrangentes de Democracia participativa é lançar-se em uma investigação de matriz constitucional, relacionando-se os princípios fundamentais da Democracia plasmados no texto constitucional a partir de um olhar crítico que possa antes harmonizá-los que causar rupturas.

No presente trabalho o tema será abordado predominantemente com base no método indutivo, no qual a experiência concreta relativa aos processos envolvidos na discussão e elaboração do Marco Civil da *Internet* será analisada minuciosamente, com o escopo de se construir uma tese que possibilite a compreensão da extensão, do potencial e das limitações inerentes à experiência democrática estudada.

Também será realizado o cotejo entre o assunto estudado e os conceitos básicos da Democracia, também dispostos no texto constitucional, como Estado Democrático de Direito, sufrágio, voto, além de institutos como o plebiscito, referendo e a iniciativa popular.

Tal método possibilitará a consecução do objetivo central deste trabalho, que é demonstrar de que modo a participação popular na gênese da norma em comento pode ser encarada como um marco de fortalecimento da Democracia no Brasil, na medida em que alargou os horizontes de compreensão dos procedimentos democráticos tradicionais, limitados pelas contingências do momento histórico em que foram concebidos.

Por fim, buscar-se-á demonstrar a solidez do modelo estudado bem como a viabilidade de sua implementação em experiências futuras, a partir do destaque e projeção em experiências futuras do *modus operandi* que se mostrou bem-sucedido.

## 2 CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DA DEMOCRACIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA VIGENTE

Podemos falar no Princípio Democrático como norteador da função constitucional de estabelecer uma Democracia participativa, dotada de mecanismos aptos tanto à captação da pluralidade do ideário social, quanto ao fornecimento de uma síntese dessa pluralidade, mediante a realização dos direitos fundamentais.

Cabe ressaltar ainda a relevância do princípio da legalidade dentro da concepção de Estado Democrático de Direito, falando-se então em legalidade democrática, que se diferencia do conceito de legalidade característico do Estado Liberal clássico, fundado principalmente no caráter geral, abstrato e obrigatório da lei.

### 2.1 Estado Democrático de Direito

A concepção jurídica atual do Estado Democrático de Direito pressupõe o papel ativo do Estado na transformação do *status quo*, a partir da assimilação e evidenciação da soberania popular e da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana em uma escala ampla e diversificada, fator diferencial que ultrapassa o escopo do Estado de Direito clássico, de origem liberal, e do Estado Social de Direito, enquanto limitado pelos personalismos e monismo político.

Nesse sentido, afirma Silva (2005, p. 119):

A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.

O legislador constituinte brasileiro demonstra a primazia conferida à concepção acima mencionada ao destacar já no art. 1º, da CRFB/88, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, marcadamente caracterizado pela busca da efetivação dos direitos sociais, sem perder de vista a promoção da livre iniciativa, bem como o aprofundamento da Democracia participativa.

Aliás, o preceito contido no parágrafo único do citado art. 1º, da CRFB/88, reforça o compromisso assumido pela Constituição com a realização da Democracia participativa: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Destaca-se no Estado Democrático de Direito a legalidade sob o enfoque de seu poder transformador do *status quo*, influenciando na realidade social de modo a se apresentar como expressão normativa concretizadora da dicção constitucional, sem descuidar dos direitos de liberdade e propriedade.

Assim, o conceito de lei no Estado Democrático de Direito deve englobar intervenções que impliquem diretamente alterações na situação da comunidade. Deve a lei deixar de ser puramente normativa para exercer influência na realidade social, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos. (SILVA, 2005, p. 121-122)

## 2.2 Direito ao sufrágio

Conforme anota Mendes (2012, p. 607), direitos políticos constitui expressão ampla que se refere “ao direito de participação no processo político como um todo, ao direito ao sufrágio universal e ao voto periódico, livre direto, secreto e igual, à autonomia de organização do sistema partidário, à igualdade de oportunidade dos partidos”.

Portanto, o sufrágio constitui-se num conceito de capital importância dentro do regime jurídico dos direitos políticos. Com efeito, o sufrágio, comumente relacionado ao direito de votar e ser votado, vai além do voto, abrangendo ainda o direito dos cidadãos de participar do processo político de formação dos atos de governo, característica típica da Democracia participativa, conforme já acentuado neste trabalho.

Dispõe o art. 14, *caput*, da CRFB/88 que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos”.

Do dispositivo acima transcrito extrai-se que o voto caracteriza-se por ser livre, direto, secreto, e de valor único. É livre, pois é vedada qualquer forma de coação ao eleitor tanto no momento em que o cidadão forma a sua convicção sobre a escolha dos candidatos quanto no momento em que efetivamente exerce o direito de votar.

Interessante notar que a liberdade do voto relaciona-se com a igualdade de expressão dos partícipes da disputa política:

É inevitável a associação da liberdade do voto com a ampla possibilidade de escolha por parte do eleitor. Só haverá liberdade de voto se o eleitor dispuser de conhecimento das alternativas existentes. Daí a associação entre o direito ativo do eleitor e a chamada igualdade de oportunidades ou de chances

(*Chancengleichheit*) entre os partidos políticos. (BRANCO; MENDES, 2012, p. 611)

O voto direto significa a atribuição direta do voto dado pelo eleitor ao candidato ou partido por ele escolhido, sem que essa atribuição dependa da intermediação de alguém. Interessante notar que as eleições proporcionais para a Câmara dos Deputados não desconfiguram o caráter direto do voto:

Não retira o caráter de eleição direta a adoção do modelo proporcional para a eleição para a Câmara dos Deputados (CF, art. 45, *caput*), que faz a eleição de um parlamentar depender dos votos atribuídos a outros colegas de partido ou à própria legenda. É que, nesse caso, decisivo para a atribuição do mandato é voto concedido ao candidato ou ao partido e não qualquer decisão a ser tomada por órgão delegado ou intermediário. (BRANCO; MENDES, 2012, p. 609)

Já o caráter secreto do voto é corolário de seu caráter livre, vedando-se a exposição da escolha do eleitor perante o Poder Público e os particulares em geral. O voto é também periódico em consequência da temporariedade dos mandatos eletivos. Pela igualdade dos votos, proíbe-se o tratamento discriminatório quanto aos eleitores.

A teor do art. 14, § 1º e incisos, da CRFB/88, voto é obrigatório para os maiores de 18 anos e facultativo para os analfabetos, para os maiores de setenta anos e para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. Os estrangeiros e os conscritos, estes últimos durante o período do serviço militar obrigatório, não podem votar, uma vez que não podem alistar-se como eleitores (art. 14, § 2º).

Não estando o direito de votar atrelado a qualquer qualidade do eleitor de natureza econômica (voto censitário) ou intelectual (voto capacitário) tem-se que o sufrágio é universal, isto é, assegurado a todos os nacionais que atendam aos requisitos constitucionais acima mencionados.

### **2.3 Democracia representativa**

Muito embora não possamos falar que o ordenamento jurídico pátrio adotou a Democracia representativa como regime exclusivo de participação do povo no poder, é válida a afirmação de que este tipo Democracia, também chamada de Democracia Indireta, encontra guarida no texto Constitucional, que dispõe em seu artigo 1º, parágrafo único, primeira parte, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos.”

Também é válida a afirmação de que, atualmente, a Democracia representativa corresponde ao modelo predominante de exercício democrático no Brasil, seja por

questões geográficas, mormente a enorme extensão territorial do país, seja ainda por fatores de natureza jurídica apontados como entraves à maior participação popular no processo democrático, conforme se demonstrará adiante.

Em ambos os casos, quer se considerem os elementos físico/geográficos ou os elementos jurídicos acima referidos, constatamos fatores de enfraquecimento dos modelos constitucionais de participação popular direta na política, fato que, muito embora não tenha força para desnaturar o caráter participativo da Democracia vigente no Brasil, claramente demonstra que tal Democracia Mista predominantemente se inclina para a Democracia representativa, pelo menos na prática.

Nesse mesmo sentido, pondera Bonavides (2001, p. 79):

Quem se põe a examinar a situação constitucional do Brasil, desde a Carta de 1988 e a restauração do sistema representativo do Estado de Direito, percebe nesse balanço de doze anos que o quadro contemporâneo das instituições é escuro e sofre muitos bloqueios. Tais bloqueios têm impedido, por exemplo, o exercício eficaz da dimensão constitucional da democracia direta contida no parágrafo único do art. 1º da Carta, bem como o pleno exercício dos Direitos Fundamentais da segunda e da terceira gerações, que compreendem, por excelência, os direitos sociais e o direito ao desenvolvimento.

Neste diapasão, é importante consignar que o regramento constitucional dos direitos políticos, disposto nos artigos 14 a 16 da CRFB/88, embora trate expressamente do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, que são institutos de Democracia participativa, constitui o âmago da Democracia Direta, uma vez que mencionadas regras estão preponderantemente disciplinando o sufrágio universal, que é o direito constitucional de votar e ser votado.

Assim, identifica-se um modelo constitucional de Democracia representativa fincado na participação popular formal e periódica, integrando o processo político de forma indireta. Portanto, tais institutos também podem ser vistos como instituidores de técnicas de escolha dos representantes do povo, acrescentando-se a essa compreensão a constatação de que é por meio deles que o povo adere e consente com determinada opção política.

Dessa forma, a Democracia representativa também possui um sentido substancial que vai além da mera técnica de escolha de representantes políticos para exercer mandatos eletivos, uma vez que os seus institutos também propiciam ao povo a

possibilidade de legitimar determinadas opções políticas, a serem desempenhadas pelos representantes eleitos.

Nesse sentido, oportuna é a lição de Silva (2005, p. 138):

A ordem democrática, contudo, não é apenas uma questão de eleições periódicas, em que, por meio do voto, são escolhidas as autoridades governamentais. Por um lado, ela consubstancia um procedimento técnico para a designação de pessoas para o exercício de funções governamentais. Por outro, eleger significa expressar preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão política.

Cabe destacar, no entanto, que a princípio não existe no mandato representativo uma vinculação necessária entre as escolhas políticas do titular do mandato e a vontade do povo, mesmo que se considere aquela parcela específica dos cidadãos que o elegeram. Isso porque, do ponto de vista estritamente jurídico, o mandato representativo é livre, prevalecendo a autonomia conferida pela Constituição para a atuação política em geral.

Essa liberdade conferida aos representantes políticos, somada ao fato de que o ordenamento jurídico pátrio não previu mecanismos de revogação do mandato eletivo pelo povo, a exemplo do *recall* nos EUA, levou alguns estudiosos do assunto a evidenciarem o baixo potencial de efetiva representação dos mandatos políticos, não sendo incomum ocorrerem deturpações ou mesmo a completa desvinculação da atuação política em relação à vontade popular expressa por meio do voto.

Silva (2005, p. 139), assevera que “há muito de ficção, como se vê, no mandato representativo. Pode-se dizer que não há representação, de tal sorte que a designação de mandatário não passa de simples técnica de formação dos órgãos governamentais”.

Bonavides (2001, p. 278), por sua vez, tece críticas mais contundentes:

Vista pelo divórcio consumado entre a vontade governada – a vontade passiva da cidadania – e a vontade governante, ou seja, a vontade da elite hegemônica, a representação não só perdeu o sentido da identidade (a ficção da paridade volitiva de governantes e governados), dantes postulada de maneira abstrata, mas peremptória, como reconheceu e instituiu de forma definitiva, uma dualidade em que, unicamente, a sua esfera de soberania (a vontade privilegiada do representante) se impõe enquanto caudatária do egoísmo dos seus interesses, os quais logram, assim, eficácia, em

dano óbvio da cidadania preterida, enfraquecida, menoscabada; a cidadania de que o representante é órgão.

Por outro lado, há que se destacar que os meios de coordenação e expressão da opinião pública podem ser considerados elementos de resistência a esse processo de distanciamento entre a atuação política e a vontade popular. Portanto, são de fundamental importância, dentro de qualquer Democracia representativa, instrumentos como os Partidos Políticos, sindicatos, associações políticas, a imprensa, dentre outros veículos que condensam a vontade popular, conferindo a ela uma maior repercussão dentro do meio político.

## 2.4 Democracia participativa

Os meios de coordenação e expressão da opinião pública, conforme destacado alhures, representam importantes mecanismos de evidenciação da vontade popular, constituindo fatores determinantes sobretudo no processo político eleitoral de escolha dos representantes do povo. Contudo, muito embora tais meios desempenhem o relevante papel de aproximar a opinião pública do meio político, não se pode afirmar que, por si só, realizam a essência da Democracia participativa, que atualmente assume uma conotação mais ampla.

Tal é a conclusão diante do sentido atual da expressão Democracia participativa:

O sistema de partidos, com o sufrágio universal e a representação proporcional, dá à democracia representativa um sentido mais concreto, no qual desponta com mais nitidez a *ideia de participação*, não tanto a individualista e isolada do eleitor no só momento da eleição, mas a coletiva organizada. Mas será ainda participação representativa, que assenta no princípio eleitoral. Ora, qualquer forma de participação que dependa de eleição não realiza a democracia participativa no sentido atual dessa expressão. (SILVA, 2005, p. 141)

Com efeito, o fator preponderante para que se possa falar em Democracia participativa consiste na participação direta e pessoal dos cidadãos na formação dos atos de governo, isto é, uma manifestação popular que vai além da mera escolha dos atores políticos.

Na dicção de Bonavides (2001, p. 51):

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses.

A Democracia Participativa vai além dos limites estabelecidos pelo modelo tradicional de Democracia Representativa, na medida em que possibilita uma assimilação e processamento mais acurados da vontade popular pelo Poder Público, o que acaba se refletindo em um exercício democrático mais legítimo, na prática, do que aquele verificado no âmbito das formas representativas tradicionais de expressão da vontade popular.

Assim, fica evidente que o cotejo entre a Democracia Representativa e a Democracia Participativa, é também uma discussão que se projeta para o âmbito da legitimidade, uma vez que esta fica irremediavelmente comprometida quando determinado modelo democrático mostra sinais de que se tornou insatisfatório, isto é, quando o seu exercício sofre a deturpação de variados fatores sociais.

Nessa perspectiva, buscando-se a máxima harmonização dos princípios constitucionais, temos que a Democracia Participativa afigura-se como um elemento de fortalecimento do exercício democrático, e não como um modelo cujo intento é o de suplantar a ordem vigente.

Portanto, possui importância capital a atividade de atrelar as possíveis formas de interação direta entre cidadão e Poder Público com as possibilidades franqueadas pelo ordenamento jurídico vigente, de modo a desenvolver-se o exercício democrático dentro de um ambiente de validade e segurança jurídica.

Ademais, somente dentro dessa correlação do político com o jurídico é possível a validação da experiência participativa enquanto modelo em que, no dizer de BONAVIDES (2001, p. 36), "o político e o jurídico se coagulam na constitucionalidade enquanto simbiose de princípios, regras e valores, que fazem normativo o sistema, tendo por guia e chave de sua aplicação a autoridade do intérprete."

Tal entendimento constitui verdadeiro parâmetro para que se possa aferir a viabilidade, materializada na conformidade com o ordenamento jurídico vigente, da implantação de determinado modelo de Democracia Participativa, permitindo ao Poder Público lançar-se na iniciativa de disponibilizar ao cidadão diversas ferramentas para a sua participação de forma mais direta e decisiva na vida política.



A rigor, a Democracia participativa manifesta-se quando coexistem dentro de uma ordem jurídica a Democracia representativa e elementos da Democracia Direta, que diz respeito ao exercício do poder diretamente pelo povo, sem intermediários ou representantes. São instrumentos da Democracia Direta, expressamente previstos em nossa Constituição da República, a iniciativa popular, o referendo, o plebiscito e a ação popular, cuja disciplina jurídico constitucional será a seguir delineada.

O instituto da iniciativa popular decorre do exercício da soberania popular, conforme previsto no art. 14, III, da CRFB/88, e permite que os cidadãos participem do processo político diretamente por meio da apresentação de projetos de lei ao Poder Legislativo, desde que tais projetos sejam subscritos por um número de eleitores igual ou superior ao mínimo estabelecido na CRFB, além de atenderem às regras específicas fixadas pelo legislador infraconstitucional.

Assim, o art. 61, § 2º, da CRFB/88, dispõe que “a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.”

A apresentação do projeto de lei iniciativa popular perante a Câmara dos Deputados, a teor do dispositivo acima transcrito, mostra-se uma regra coerente com o fato da Câmara dos Deputados compor-se de representantes do povo, de acordo com o art. 45, *caput*, da CRFB/88.

No que tange à regulamentação infraconstitucional da iniciativa popular, o art. 13 da Lei nº 9.709/98, impõe que o projeto de lei deverá circunscrever-se a um só assunto, não podendo ser rejeitado por vício de forma. Dessa maneira, diante da existência de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação, deverá a Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção desses erros.

Não há previsão expressa na Constituição da República acerca da possibilidade de iniciativa popular de Proposta de Emenda à Constituição (PEC), apesar de alguns doutrinadores defenderem que essa possibilidade decorre implicitamente do exercício da soberania popular dentro da Democracia participativa albergada pela Constituição.

Cabe destacar ainda que a iniciativa popular de leis também é válida no âmbito dos Estados e Municípios. Nos termos do art. 27, § 4º da CRFB/88, “a lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual.” Por seu turno, o art. 29, XIII assegura a observância da “iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado”.

O Plebiscito e o Referendo são institutos que evidenciam o exercício da soberania popular, nos moldes da Democracia Direta, uma vez que, em ambos os casos, o povo é consultado para deliberar sobre matéria de grande relevância, seja ela de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

Não obstante a semelhança entre os institutos existe entre eles diferenças na técnica de consulta popular. Com efeito, no caso do plebiscito faz-se consulta prévia aos cidadãos sobre o ato legislativo ou administrativo com o fim de que a matéria veiculada no ato seja aprovada ou denegada por meio do voto. Assim, a escolha política quanto ao ato, após a realização do plebiscito, fica condicionada ao que foi decidido na consulta popular.

Já no caso do referendo, primeiro ocorre a edição do ato legislativo ou administrativo e, somente num momento posterior, submete-se o ato à apreciação do povo, que o ratificará ou rejeitará.

Cabe ressaltar que a Constituição da República outorgou ao Congresso Nacional a competência, em caráter exclusivo, para autorizar referendo e convocar plebiscito, a teor do artigo 49, XV, do texto constitucional. Tal dispositivo é complementado por uma regra infraconstitucional, fixada no art. 3º da Lei nº 9.709/98, segundo a qual nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da CRFB, que trata da incorporação subdivisão ou desmembramento de Estados, o plebiscito e o referendo são convocados mediante Decreto legislativo, por proposta de 1/3, no mínimo, dos membros que compõe qualquer das Casas do Congresso Nacional.

A exemplo dos institutos acima tratados, a ação popular também constitui elemento constitucional que dá ensejo à participação popular direta no exercício do poder. Sua regulamentação está contida na Lei nº 4.717/65, que foi recepcionada pela vigente Constituição da República.

Dispõe o art. 5º, LXXIII, da CRFB/88, *in verbis*:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal já sumulou o entendimento de que excluem-se o polo ativo a ação popular os estrangeiros, apátridas e as pessoas jurídicas (Súmula 365, do STF), uma vez que a legitimidade ativa limita-se ao cidadão, que é o brasileiro nato ou naturalizado em pleno gozo de seus direitos políticos, sendo que

essa circunstância deverá ser demonstrada mediante a apresentação do título de eleitor ou documento correspondente, conforme o art. 1º, § 3º, da Lei nº 4.717/65.

Outra importante regra trazida na lei que regulamenta a ação popular é aquela prevista no seu art. 6º, § 3º, segundo o qual a pessoa jurídica de direito público ou privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se contestar o pedido ou atuar o lado do autor, desde que tal medida seja útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

### **3. ORGANIZAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO FEDERAL E O PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA VIGENTE**

Em um sentido histórico e mais amplo o termo Congresso é usado como referência ao Poder Legislativo, apesar da Constituição da República vigente utilizá-lo em sentido próprio de órgão da estrutura do Poder Legislativo Federal.

Nesse sentido assevera Bulos (2014, p. 1077):

Aliás, a primeira vez que se usou nos Estados Unidos da América o signo *congresso*, com o fito de rubricar uma assembleia política, foi na união dos comissários de algumas colônias americanas, levada a cabo na cidade de New York [...] No Brasil, por exemplo, temos *Parlamento*, uma vez que o próprio *Congresso Nacional* consigna uma assembleia baseada num princípio representativo, incumbido de exercitar um conjunto de opções políticas, correspondentes à vontade popular.

#### **3.1 Organização do Congresso Nacional**

Para que possamos melhor compreender as atribuições constitucionais do Congresso Nacional necessário salientar que o Poder Legislativo, assim como os demais Poderes, desempenha funções típicas e funções atípicas, não havendo exclusividade da função legiferante, mas apenas a sua prevalência.

A função típica do Legislativo consiste na criação de leis em sentido amplo, isto é, prevalece a função legiferante conforme salientado acima. Tal atribuição materializa-se através de um processo legislativo formal, o qual será adiante detalhado.

Por outro lado, a Constituição da República atribui ao Congresso funções atípicas que, apesar de serem secundárias, não são menos importante do ponto de vista do funcionamento do órgão e do equilíbrio dos Poderes. Destacam-se, pois, as atribuições de caráter administrativo e as de caráter judicante.

Do ponto de vista do funcionamento do Poder Legislativo as funções atípicas são importantes na medida em que é através de atribuições de natureza administrativa, por exemplo, que são realizados atos administrativos como o provimento de cargos públicos, a designação de servidores, os processos licitatórios, além da elaboração do Regimento Interno dos órgãos, sem os quais restaria inviabilizado o funcionamento de qualquer Poder.

Por seu turno, do ponto de vista do equilíbrio dos Poderes a importância das funções atípicas pode ser verificada na medida em que materializam um instrumento da separação e harmonia entre os Poderes, nos moldes da teoria da tripartição dos Poderes proposta por *Montesquieu*, caracterizando o sistema de freios e contrapesos. O julgamento dos atos de improbidade praticados pelo Presidente da República, por exemplo, seria um exemplo de função atípica que materializa a interdependência dos Poderes.

Ainda no que tange ao exercício de funções atípicas pelo Poder Legislativo, impende destacar que a CFRB/88 dispõe em seu art. 70, *caput*:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Quanto à composição, o Poder Legislativo Federal é bicameral, sendo que o Congresso Nacional é composto por duas Casas Legislativas, quais sejam, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, a teor do art. 44, *caput* da CRFB.

A organização do Poder Legislativo em dois ramos, mediante o sistema denominado bicameralismo, faz parte da tradição constitucional brasileira que vem desde o Império, ressalvadas limitações contidas nas Constituições de 1934 e 1937, as quais tendiam para o unicameralismo, no qual o Poder Legislativo é exercido por uma única câmara (SILVA, 2005, p. 509).

Portanto, o constituinte adotou o modelo bicameral, que desdobra a atividade legislativa em dois níveis, formados de um lado pela Câmara Baixa, onde estão os Deputados e do outro, pela Câmara Alto, integrada pelos Senadores.

Vale ressaltar, contudo, que o modelo bicameral não é seguido na estruturação do Poder Legislativo Estadual, Distrital e Municipal, para os quais a Constituição da República adotou o modelo unicameral, a teor dos arts. 27, 29 e 32.

Os Deputados Federais são os representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional para integrarem a Câmara dos Deputados, conforme preceitua o art. 45, *caput*, da CRFB/88, pelo período de quatro anos.

Diferentemente, os membros do Senado Federal são representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos pelo sistema majoritário (art. 46, *caput*, da CRFB), para um mandato de oito anos.

No que tange às atribuições do Congresso Nacional verificamos que o constituinte, no art. 48 e incisos, enumerou matérias sobre as quais cabe ao Congresso dispor mediante lei, com a sanção do Presidente da República, ao passo que, no art. 49, listou aquelas que compõem a competência exclusiva do Congresso Nacional, exercidas mediante decreto legislativo.

Para Bulos (2014, p. 1079-1080), as atribuições do Congresso Nacional pode ser legislativas, que são aquelas que criam leis de competência da União, deliberativas, que se referem às suas competências exclusivas, atribuições fiscalizatórias, de julgamento e controle da moralidade e por fim, atividades constituintes de segundo grau, relativas à edição de emendas à Constituição.

Dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional possui capital importância no presente trabalho aquela prevista no art. 49, inciso XV, da CRFB/88, que diz respeito à competência para autorizar referendo e convocar plebiscito, instrumentos característicos da Democracia participativa, conforme tratado alhures.

Outro conceito importante para a compreensão do Congresso Nacional é o de Legislatura, que é o período de funcionamento do Congresso. A duração de cada legislatura corresponde ao período de quatro anos, a teor do art. 44, parágrafo único da CRFB/88, contados do dia 1º de fevereiro até 31 de janeiro do quarto ano seguinte à eleição.

Por seu turno, o conceito de Sessão Legislativa não se confunde com o de Legislatura, sendo a sessão o tempo durante o qual se dá a reunião parlamentar. Tais sessões poderão ser preparatórias, ordinárias, extraordinárias e conjuntas, quando há necessidade de reunião da Câmara dos Deputados e do Senado Federal numa mesma sessão.

Com o advento da EC nº 50/06 ficou disposto que o Congresso Nacional reunir-se-á de 02 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro, na Capital Federal. Já as sessões preparatórias se dão a partir de 01 de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para o ato da posse dos membros de cada uma das Casas Legislativas e eleição

das respectivas Mesas, cujo mandato é de 2 anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.

### **3.2 Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados**

A criação da Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados representa uma tentativa de superação da distância que existia entre a sociedade e o Poder Legislativo, convidando aquela a participar decisivamente dos trabalhos legislativos deste.

Sobre o tema, anota Andrade (2003, p. 30-31):

A Comissão de Legislação Participativa, instalada em agosto de 2001, constitui um importante canal de comunicação entre o Parlamentar e a população. A Comissão é uma “janela” de entrada para propostas legislativas, por acolher propostas de lei oriundas da sociedade civil, por meio de associações, sindicatos, e Organizações Não-Governamentais – ONGS.

No que tange ao funcionamento da Comissão, as propostas apresentadas pela sociedade civil são recebidas pelo Deputado Relator responsável, a quem compete analisar o conteúdo da proposta, avaliando a sua pertinência.

Em seguida, há a discussão e apreciação da matéria pela Comissão, sendo que se houver aprovação da matéria discutida, a proposição correspondente iniciará sua tramitação na Câmara dos Deputados em regime de prioridade.

A faculdade de apresentar proposições normativas perante a Comissão de Legislação Participativa é atribuída a órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta, como o Conselho Nacional de Saúde, o Conselho Nacional de Assistência Social, dentre outras, desde que tenha participação paritária da sociedade civil, sendo vedada a iniciativa de órgãos internacionais (ANDRADE, 2003, p. 31).

Por seu turno admite-se a iniciativa de diversas espécies normativas, que poderão resultar em projetos de lei ordinária ou complementar, projetos de resolução emendas à Lei Orçamentária Anual e ao Plano Plurianual, além da possibilidade de convocação de audiências públicas, convocações de Ministros de Estados, requerimentos de informações e outras solicitações pertinentes às matérias discutidas.

### **3.3 O Processo Legislativo Tradicional**

O processo legislativo na ordem jurídica vigente no Brasil, cuja previsão se dá eminentemente no plano constitucional, pode ser compreendido como uma sequência de atos formais que visam à elaboração das espécies normativas, quais sejam, emendas

constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, conforme consta do art. 59 e incisos, da CRFB/88.

Por seu turno, os atos do processo legislativo abrangem a iniciativa legislativa, as emendas eventualmente apresentadas, a votação, a sanção e o veto, podendo-se falar em um verdadeiro “devido processo legislativo”, decorrente do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88), conforme salienta Bulos (2014, p. 1172):

É que o desdobramento da cláusula escrita no art. 5º, LIV, da Constituição enseja a existência de um *devido processo legislativo*. Este, juntamente com o pórtico da legalidade (art. 5º, II), fornece ao legislador a medida exata do exercício de suas atividades.

Se houver infringência das disposições constitucionais que regulam o processo legislativo, a espécie normativa produzida será passível de arguição de inconstitucionalidade, podendo ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade ou do controle de constitucionalidade difuso.

É importante destacar, no que tange à necessidade de reprodução obrigatória das normas constitucionais sobre o processo legislativo nos Estados-membros, que as regras fundamentais como a da iniciativa legislativa reservada são de absorção compulsória nos entes estatais, havendo jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal nesse sentido:

Absorção compulsória das linhas básicas do modelo constitucional federal, entre elas as decorrentes das normas de reserva de iniciativa das leis, dada a implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal. (STF, ADIn 637, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º-10-2014)

Quanto às fases do processo legislativo especificamente, é a partir da análise do procedimento ordinário que podemos melhor compreendê-las, uma vez que esse é o mais complexo e demorado dos procedimentos.

O procedimento legislativo ordinário é aquele destinado à elaboração de leis ordinárias e complementares, e se divide nas fases introdutória, constitutiva e complementar, a seguir delineadas.

A primeira das fases do procedimento ordinário, materializada na iniciativa legislativa, está disposta no art. 61, da CRFB/88 o qual dispõe:

A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

O comando constitucional supracitado refere-se à iniciativa legislativa geral, mas existe previsão constitucional também de iniciativa reservada, na qual a iniciativa de lei sobre determinadas matérias é atribuída especificamente a alguém, como o faz o art. 61, parágrafo 1º, ao enumerar matérias que serão veiculadas em lei de iniciativa do Presidente da República, ou o art. 51, IV, que contém matéria cuja iniciativa de lei é da Câmara dos Deputados.

Moraes (2014, p. 66) explica a diferença entre as atribuições das Casas Legislativas conforme a iniciativa de lei:

Anote-se que uma das funções primordiais do exercício da iniciativa de lei, através da apresentação de projeto de lei ordinária ao Congresso Nacional, é definir qual das casas legislativas analisará primeiramente o assunto (Deliberação Principal) e qual atuará como revisora (Deliberação Revisional). Assim, a discussão e a votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos cidadãos, terão início na Câmara dos Deputados, conforme preceituam os arts. 61, § 2º e 64, *caput*, da Constituição Federal.

Portanto, a depender da iniciativa de lei será definida qual a Casa Iniciadora do processo legislativo e qual a Revisora, havendo um predomínio da Câmara dos Deputados como Casa iniciadora.

Importante ressaltar que a iniciativa classificada pela doutrina como reservada não se confunde com a iniciativa exclusiva, ainda que não seja incomum o uso das expressões exclusiva e reservada como se sinônimas fossem. A iniciativa exclusiva caracteriza-se primordialmente pela sua indelegabilidade, podendo-se apontar como exemplo também o art. 61, parágrafo 1º, já citado acima.

Por seu turno, as leis de iniciativa concorrente são aquelas cuja iniciativa parte de mais de um legitimado. Nesse caso, um exemplo seria a competência concorrente entre o Presidente da República e o Procurador-Geral da República para a iniciativa de lei sobre as matérias previstas no art. 61, parágrafo §1º, inciso II, alínea "d", c/c o art. 128, parágrafo



5º, da CRFB, que se referem à organização do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios.

Fala-se também em iniciativa Parlamentar e Extraparlamentar, que se referem, respectivamente, às matérias cuja iniciativa é atribuída a membros do Congresso Nacional ou a pessoas e órgãos alheios ao Poder Legislativo.

Por fim temos a iniciativa popular, atribuída ao cidadão e exercida conforme as regras fixadas no art. 61, parágrafo 2º da CRFB/88, conforme abordado anteriormente no presente trabalho.

Já na fase constitutiva do processo legislativo são realizadas a deliberação parlamentar, na qual a Câmara dos Deputados e Senado Federal devem aprovar ou rejeitar o projeto de lei após ampla discussão e votação, e a deliberação executiva, em que, uma vez aprovado pelo Congresso Nacional, ocorrerá a sanção ou veto do projeto de lei pelo Presidente da República.

Por meio de suas Comissões Temáticas, as Casas do Congresso Nacional avaliam aspectos importantes como a constitucionalidade do projeto de lei, além de outros aspectos de índole legal, jurídica, regimental e técnica. A título de exemplo da atuação das Comissões Temáticas, pode-se destacar a Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados e a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, que são as Comissões responsáveis pelo exame da constitucionalidade do projeto de lei.

Terão início na Câmara dos Deputados a discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, conforme estabelece o art. 64, *caput* da CRFB/88.

A revisão do projeto de lei está prevista no art. 65, *caput*, do qual se infere que, uma vez aprovado por uma Casa, o projeto de lei será encaminhado para a outra Casa exercer sua atribuição revisional, em um só turno de discussão e votação. Estando o projeto de lei na Casa revisora, poderá ser aprovado, hipótese em que será enviado para sanção ou promulgação, ou rejeitado, hipótese em que será arquivado.

Importante destacar que pelo princípio da irrepitibilidade dos projetos rejeitados na mesma sessão legislativa, a matéria veiculada no projeto de lei rejeitado, só poderá constituir objeto de novo projeto de lei na sessão legislativa posterior, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional, a teor do art. 67, da CRFB/88.

A Emenda Parlamentar consiste na possibilidade atribuída aos deputados e senadores de proporem modificações ao conteúdo original dos projetos de lei, quer sejam alterações substanciais do conteúdo apresentado ou mera adequação no aspecto técnico legislativo.

O ato de votação consiste numa manifestação decisória coletiva que ocorre nas Casas Legislativas visando a aprovação ou rejeição do projeto de lei, que é encaminhado com os pareceres emanados pelas Comissões legislativas. A votação também é precedida de discussões realizadas em plenário.

Após a votação advém a fase de deliberação executiva, na qual o Presidente da República poderá concordar ou discordar do projeto de lei aprovado no Congresso Nacional, mediante a sanção ou o veto, respectivamente. Tal fase de deliberação pelo Executivo reforça o caráter independente e harmônico entre os Poderes (art. 2º, da CRFB/88).

A existência dessa fase no processo legislativo, com a necessária participação do Poder Executivo, além dos casos de iniciativa, funda-se na ideia de inter-relacionamento entre os Poderes do Estado, objetivando o exercício de controles recíprocos (MORAES, 2014, p. 676).

Por fim temos a fase complementar do procedimento legislativo ordinário, que compreende a promulgação, ou seja, uma certificação de que a lei nasceu, é válida e potencialmente obrigatória, além da publicação, que diz respeito à eficácia da lei, tornando-se obrigatória e exigível a partir de momento em que publicada no órgão de imprensa oficial.

Em síntese, quanto às fases finais do procedimento ordinário temos que:

Com a promulgação se atesta a existência da lei, que passou a existir com a sanção ou com a rejeição do veto, e se ordena a sua aplicação. O Presidente da República promulga a lei, mas, no caso da sanção tácita ou da rejeição do veto, se não o fizer em quarenta e oito horas, cabe ao Presidente do Senado a incumbência. A publicação torna d conhecimento geral a existência do novo ato normativo, sendo relevante para fixar o momento da vigência da lei. (BRANCO; MENDES, 2012, p. 753)

### **3.4 O Processo legislativo colaborativo na Câmara dos Deputados por meio do portal e-Democracia**

O processo legislativo colaborativo consiste em uma forma de realização da Democracia participativa que permite uma ampla participação da sociedade no processo

de formação das leis, isto é, diversos setores da sociedade podem apresentar suas contribuições ao Poder Legislativo no momento em que tramita nas Casas do Congresso Nacional determinado projeto de lei.

Representa um grande avanço no âmbito da Democracia participativa na medida em que amplia o universo de interação entre o Poder Legislativo e sociedade, indo além das formas tradicionais de participação social, que estavam muitas vezes restritas ao momento que antecede o processo legislativo.

Dentro desse processo de expansão da participação da sociedade brasileira na elaboração das normas as plataformas virtuais recentemente disponibilizadas pela Câmara dos Deputados tiveram capital importância, uma vez que são capazes de captar, organizar e sintetizar a opinião popular, transmitindo-a de forma instantânea e segura para a apreciação dos Parlamentares.

Além disso, permitem o embate de ideias e argumentos entre os cidadãos e até mesmo entre estes e os Parlamentares em tempo real. Tais ferramentas propiciam, portanto, o acúmulo de ideias e informações, além da construção coletiva do conhecimento, que é o escopo central do processo legislativo colaborativo.

Outro fator de evidência do caráter inovador do processo legislativo colaborativo reside no fato de que a participação popular mediante as plataformas *online* disponibilizadas pelo Legislativo se dá de forma espontânea, sem que haja uma prévia elaboração de quesitos a serem objeto de análise ou algum tipo de convocação formal dos cidadãos para o debate.

Tal fato coloca em relevo tanto a acelerada expansão do uso da internet como meio principal ou secundário de aquisição do conhecimento, como também o crescente anseio das pessoas de exercer sua liberdade de expressão nos meios virtuais, participando de maneira ativa, direta e imediata das deliberações do Poder Público.

Na Câmara dos Deputados podemos destacar o portal e-Democracia como uma experiência emblemática do processo legislativo colaborativo por via de uma plataforma virtual. Tal ferramenta visa estimular os diversos setores da sociedade a participar do processo legislativo federal por meio da apresentação de ideias e contribuições que serão recebidas levadas à discussão dentro das Casas Legislativas.

Para Faria (2012, p. 185) a grande relevância do portal e-Democracia está em permitir à sociedade brasileira participar do processo legislativo pela *internet* por meio de:

a) compartilhamento de informações, estudos e outros conteúdos, na forma escrita ou audiovisual, que sejam úteis à discussão dos projetos de lei; b) participação do processo deliberativo nos fóruns de discussão; c) organização de redes sociais temáticas para fins legislativos; e d) apresentação de propostas de texto legislativo, construídas de forma colaborativa, a fim de subsidiar o trabalho dos deputados na tomada de decisão.

Desde o lançamento do e-Democracia, em 03 de junho de 2009, importantes temas já foram objeto de discussão, dentre os quais podemos citar: a política de mudança do clima, o Estatuto da Juventude, discussões relacionadas à Amazônia, à política espacial e à regulação dos centros de inclusão digital (FARIA, 2012, p. 185).

O funcionamento do portal e-Democracia está baseado na formação de Comunidades Virtuais Legislativas (CVL's), que são redes sociais temáticas, isto é, cada cidadão escolherá participar da comunidade cujo tema for de seu interesse.

A moderação das Comunidades Virtuais é realizada por um consultor legislativo, auxiliado por uma pequena equipe que compila, organiza, estuda e avalia o conteúdo da discussão, elaborando em seguida um plano de discussão, que consiste numa organização inicial dos temas mais importantes a serem tratados futuramente no texto legislativo.

Cabe ainda ao consultor legislativo realizar a síntese do conteúdo gerado pelas discussões e analisar a viabilidade técnica desse conteúdo apresentado, submetendo então à análise do Parlamentar responsável, a quem compete elaborar um parecer e decidir sobre as sugestões que serão acatadas e incorporadas ao texto substitutivo.

Após a elaboração do parecer e do texto substitutivo este é apresentado perante a respectiva Comissão Legislativa, na qual se dará uma nova fase de análise, inclusive com a possibilidade de incorporação de sugestões apresentadas pelo cidadão no portal e-Democracia que não foram inicialmente acolhidas pelo Relator do Projeto.

A participação no portal e-Democracia se dá por meio de diversos instrumentos, conforme anota Faria (2012, p. 186-187), pode se dar pela participação do usuário em enquetes de múltipla escolha, inserção de estudos e informações estratégicas de interesse da discussão, participação em bate-papos coletivos, ou ainda pelo mero acompanhamento da discussão para fins de obtenção de informação.

Outra ferramenta disponibilizada no e-Democracia que merece destaque é o *Wikilégis*, cujas funcionalidades reforçam a essência da proposta da Câmara dos Deputados de realizar e difundir um processo legislativo colaborativo.

Por meio dessa ferramenta o usuário pode contribuir na redação do projeto de lei, apresentando sua própria versão do texto. Assim, o usuário já insere a sua ideia na plataforma virtual com o texto na forma de lei, expressando-se dentro dos padrões de redação legislativa, em uma simulação do trabalho dos parlamentares.

#### **4 A DEFINIÇÃO DE NOVOS HORIZONTES PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA A PARTIR DO MODELO PARTICIPATIVO DE ELABORAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET**

A experiência brasileira em torno da elaboração do Marco Civil da *Internet* foi amplamente evidenciada, inclusive a nível internacional, enquanto iniciativa pioneira, quer seja pela sua abrangência social, uma vez que conseguiu captar uma pluralidade de contribuições para a formação do texto da Lei nº 12.965/2014, quer seja pelos meios utilizados para a assimilação dessa demanda social, que foram capazes de traduzir a opinião do povo em forma de participatividade social, sistemática e organizada.

A intenção primordial foi a de mobilizar, através da própria *internet*, os diversos setores da sociedade de algum modo envolvidos ou interessados na regulação da *internet*, setores que são representados por usuários, iniciativa privada, representantes de empresas de telecomunicações, Instituições educacionais, representantes do governo, dentre outros.

##### **4.1 O caráter diferenciado e inovador da participação social na discussão e elaboração do Marco Civil da Internet**

A iniciativa por trás dessa experiência contou com a participação do Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Assuntos Legislativos, além da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, que lançaram em 29 de outubro de 2009 o projeto para a construção colaborativa do Marco Civil da *Internet* (CÂMARA DOS DEPUTADOS – E-DEMOCRACIA, 2014).

A etapa pré-legislativa da elaboração do marco regulatório da *Internet* dividiu-se em duas fases para que fosse, ao final, compilado o resultado das participações e criada a minuta do anteprojeto de lei (Cultura Digital – Marco Civil da Internet, 2014).

A primeira fase teve a duração de 45 dias e nela houve o debate de ideias acerca dos assuntos a serem objeto de regulação, conforme um texto-base produzido pelo Ministério da Justiça. Tal texto provisório buscou realizar a contextualização e sistematização dos temas mais importantes a serem regulados.

Ainda na primeira fase o texto-base ficou aberto para que usuários cadastrados no portal “Cultura Digital” inserissem seus próprios comentários, de modo a permitir o intercâmbio de ideias entre governo e os demais usuários sobre assuntos em particular.

Ademais, aqueles usuários que pretendiam apresentar contribuições mais extensas e detalhadas também dispunham de foros de debates em comunidades específicas hospedadas no portal “Cultura Digital”, o que consistiu numa forma de direcionar a ambientes virtuais específicos as discussões mais aprofundadas sobre temas específicos, evitando-se o tumulto na página que hospedou o texto-base.

A partir das contribuições apresentadas pelos usuários, as quais foram lidas e levadas em consideração pela equipe do Marco Civil, o texto-base sobre a regulação da *internet* foi aos poucos sendo modificado, com a inserção de novos parágrafos, tópicos e eixos.

A conclusão da primeira etapa se deu com a compilação dos resultados das participações e elaboração da minuta do anteprojeto de lei.

Na segunda etapa houve uma discussão no mesmo formato utilizado na primeira e com a mesma duração, isto é, 45 dias. O parâmetro adotado nesse momento foi a minuta do anteprojeto de lei.

Após a conclusão da etapa pré-legislativa, que culminou na formulação de uma minuta do anteprojeto de lei, o texto final do Marco Civil da *Internet* foi enviado à Câmara dos Deputados, onde assumiu a forma do Projeto de Lei nº 2.126/2011, de iniciativa do Poder Executivo, iniciando-se um processo legislativo colaborativo.

Durante a tramitação do Projeto de Lei nº 2.126/2011 no Congresso Nacional o debate foi novamente ampliado, tendo sido promovidas, segundo Molon (2014) sete audiências públicas, além de seminários em capitais de quatro das cinco regiões do país, além de Brasília. Ainda segundo Molon (2014), ouviu-se sessenta e dois especialistas e dezenas de instituições acerca dos temas propostos.

Segundo informações obtidas no portal e-Democracia (2014) “a página especial do marco civil da Internet no e-Democracia recebeu aproximadamente 45 mil visitas”, os fóruns receberam mais de 200 postagens e o Wikilegis recebeu 140 propostas de alteração ao texto do Projeto de Lei.

De grande importância nessa etapa dos trabalhos legislativos, portanto, a ferramenta *Wikilegis*, os fóruns de discussão e o portal e-Democracia, cujo funcionamento já foi demonstrado no presente trabalho, pois representam os instrumentos que permitiram a realização de consultas e procedimentos inéditos em termos de interação entre a sociedade e o Poder Público:

Ademais, de forma inovadora e com o intuito de manter o processo transparente e democrático de participação na construção deste importante marco para a Internet no Brasil, disponibilizamos publicamente, no portal e-Democracia desta Casa, um pré-relatório no dia 04 de julho, para que pudéssemos receber sugestões da sociedade até às 18h do dia 06 de julho. Nos três dias em que o pré-relatório ficou disponível para comentários houve 14.673 (quatorze mil, seiscentos e setenta e três) visualizações de página, 109 (cento e nove) contribuições e 3.500 (três mil e quinhentos) visitantes únicos no portal. (CÂMARA DOS DEPUTAS – E-DEMOCRACIA, 2014)

A apreciação do projeto de lei no Senado deu-se de forma muito rápida, uma vez que a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) daquela Casa convocou audiências públicas para discutir o projeto ainda no ano de 2013, enquanto ele ainda tramitava na Câmara dos Deputados, portanto, já o recebeu com uma série de discussões e conclusões prontas.

O projeto do marco civil foi aprovado na Câmara dos Deputados no dia 25 de março de 2014. No Senado, foi aprovado no dia 22 de abril de 2014, tendo sido sancionado pela Presidente da República no dia 23 de abril de 2014.

Nesta senda, percebe-se no âmbito da elaboração da citada norma a perfeita coexistência entre o processo legislativo constitucional e a expressão direta e imediata da vontade popular, nos moldes de um processo legislativo colaborativo.

E é exatamente a partir dessa simbiose entre o processo legislativo juridicamente estabelecido e o crescente anseio social de envolver-se mais diretamente nas decisões políticas, que a experiência participativa objeto do presente estudo mostra-se inovadora.

#### **4.2 As contribuições decorrentes do processo de formação do Marco Civil da *Internet* para o fortalecimento da Democracia participativa brasileira**

Muitos são os elementos que podem ser destacados e apontados como inéditos na experiência que culminou na edição da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da *Internet*). Em decorrência dessa constatação é totalmente válida a afirmação de que tal experiência representou um marco na história da Democracia brasileira, com influência suficiente para alargar os horizontes da compreensão acerca das possibilidades de interação colaborativa entre cidadão e Estado.

O primeiro grande fator de destaque relativo ao legado do processo de formação do Marco Civil da *Internet* para a Democracia brasileira está no fato de ter sido

a primeira lei elaborada a partir da colaboração entre o Poder Público e a sociedade, através de aplicações *online*, as quais se mostraram capazes de captar a pluralidade da opinião popular, e, mais que isso, permitiram a sistematização e a organização dessa plêiade de ideias de forma compatível com o processo legislativo.

Para Pereira (2014), a experiência do Marco Civil da *Internet* trata-se do “maior símbolo de quanto a participação social pode ser bem sucedida para a construção de políticas públicas em nosso país.”

Pereira (2014) ainda acrescenta:

a lei do Marco Civil é um dos maiores símbolos que temos no nosso país de construção participativa. Nunca uma lei foi tão debatida com a sociedade. Nunca antes a sociedade civil foi tão ouvida para a construção de um lei, de uma política pública, quanto foi no Marco Civil da Internet.

Outro fator que merece destaque consiste no fato de que o modelo bem sucedido de participatividade social adotado na elaboração do Marco Civil posteriormente foi usado, em maior ou menor medida, como parâmetro para outros projetos, dentre os quais podemos apontar os Projetos do Código de Processo Civil e do Novo Código Comercial, levadas a debate público pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça.

Também é importante ressaltar o modo como a participatividade social *online* conduziu à quebra dos paradigmas atrelados ao processo legislativo tradicional, demonstrando a viabilidade e proveito do processo legislativo colaborativo.

Com efeito, as discussões colaborativas iniciadas graças à iniciativa da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, que num primeiro momento levou o conteúdo da futura lei a debate público, conforme já exposto, não se limitaram a uma iniciativa de lei popular, mas adentraram o próprio processo legislativo, materializando de forma direta e imediata a opinião pública no âmbito das Casas Legislativas.

Portanto, tal experiência pode ser apontada como um verdadeiro marco na história da Democracia brasileira, uma vez que, como em nenhum outro momento, a elaboração do Marco Civil da *Internet* trouxe uma expressiva participação popular, em grande parte graças às ferramentas *online* disponibilizadas pelo Poder Público ao cidadão.

Importante também que se ressalte que essa participação ou colaboração social mostrou-se relevante na gênese do Marco Civil da *Internet* tanto sob o aspecto quantitativo quanto qualitativo.



Com efeito, milhares de pessoas contribuíram no desenvolvimento do Marco regulatório da *Internet*, desde a sua fase pré-legislativa, na qual se buscava a elaboração de uma minuta do anteprojeto de lei.

Posteriormente, após o seu envio ao Legislativo como projeto de lei, iniciou-se um processo legislativo colaborativo de tramitação do projeto, no qual diversos setores da sociedade debatiam temas como a neutralidade da rede, liberdade de expressão, privacidade e responsabilidade dos provedores.

Por diversas vezes durante os debates foram observados antagonismos entre os interesses das empresas de telecomunicação e os potenciais usuários de seus serviços, em especial no que tangia à questão da neutralidade da rede.

Para além do mérito dessas discussões, observamos que o debate fomentado durante a elaboração do Marco Civil da *Internet* possibilitou a inserção no texto legal, posteriormente, de significativas contribuições, que consistem em sínteses das discussões sobre cada ponto controverso.

Portanto, em razão do modo inovador como se deu o debate entre os diversos setores sociais e entre estes e o Poder Público, bem como em virtude da relevância quantitativa e qualitativa das contribuições sociais na elaboração do Marco Civil da *Internet*, podemos dizer que tal processo materializou-se em uma bem-sucedida experiência de fortalecimento da Democracia no Brasil.

## **5 CONCLUSÃO**

Se as limitações inerentes às mídias tradicionais podem ser apontadas como empecilhos ao exercício da liberdade de expressão de modo imediato e constante na tomada de decisões pelos representantes do povo, o desenvolvimento da tecnologia da informação e comunicação permite a superação dessas barreiras, na medida em que faz surgir ferramentas computacionais com capacidade de conectar pessoas em ambientes virtuais, proporcionando formas de interação direta imediata entre sujeitos localizados em espaços geográficos distintos.

Além disso, conforme já foi abordado acima, o desenvolvimento da tecnologia da informação permite o surgimento de aplicações inteligentes e ambientes virtuais dentro dos quais as relações sociais podem ser sentidas e exploradas sob uma nova perspectiva.

Nesse contexto, a expansão do uso da *internet* e a forma como as pessoas passam a ver no meio virtual uma reprodução ou extensão de suas próprias vidas cotidianas são processos sintomáticos de que há uma crescente demanda na busca por

informações e no exercício da liberdade de expressão por meio da *internet*, demanda que não pode ser ignorada, mormente pelo Poder Público.

Portanto, mais do que tomar conhecimento deste fenômeno da crescente busca pelas ferramentas *online* de expressão e obtenção de informações, deve o Poder Público captar e traduzir esse interesse social na gestão pública de modo a dar-lhe a feição de participatividade social, sistemática e organizada, através da disponibilização de aplicações virtuais nas quais estimula-se o debate em torno de questões atuais ao mesmo tempo em que se amplia o controle social sobre as decisões tomadas pelos representantes do povo.

É nesse sentido que a experiência estudada no presente trabalho representa um reforço da Democracia participativa, ampliando a compreensão sobre participação popular e democratização do processo legislativo.

Ademais, amplia-se também a compreensão sobre o potencial da tecnologia da informação e comunicação prover alternativas para o meio jurídico que viabilizem rotinas seguras, práticas e velozes sem perder de vista a validade jurídica e legitimidade.

Observa-se, portanto, que a participação social na elaboração do Marco Civil da *Internet* apresentou diversas particularidades, em termos de abrangência e inovação, conforme exposto no presente trabalho, que permitem alçá-la a uma posição destacada enquanto objeto de estudo, constituindo também um ponto capital no aperfeiçoamento do processo democrático no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Aparecida de Moura. **A Participação da Sociedade Civil no Processo Legislativo:** a contribuição da Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados. 2003. 69 f.

Monografia (Especialização em Gestão Legislativa) – Universidade de Brasília, Brasília, 2003

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Processo Legislativo e Democracia.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010, 244 p.

BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Victor Rozatti. **Processo Legislativo Colaborativo:** a participatividade pela internet no trâmite do projeto de lei 2.126/2011 (Marco Civil da Internet). Disponível em:

<<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CC0QFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3D37968ad196a5085f&ei=kJ2KVMrDIIGhNr-XgKgF&usg=AFQjCNEav71AX9QsOd8FZz8UIJPJcSKKsQ&bvm=bv.81828268,d.eXY>>  
Acesso em: 15 nov. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** – 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 864 p.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** – 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** – 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 1424 p.

BRASIL. **CÂMARA DOS DEPUTADOS – Comissão de Legislação Participativa**. Disponível em: <[www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/conheca-a-comissao](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/conheca-a-comissao)> Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2014.

BRASIL. **Lei n. 12.965**, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2014.

BRASIL. **MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – Elaboração Legislativa**: Participação social. Disponível em: <[\*\*CÂMARA DOS DEPUTADOS – e-Democracia\*\*. Disponível em: <\[edemocracia.camara.gov.br/web/marco-civil-da-internet\]\(http://edemocracia.camara.gov.br/web/marco-civil-da-internet\)>. Acesso em: 02 jun. 2014.](http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={0EAD7B70-AE9F-4C0B-869D-CDB8AFB2FC02}&BrowserType=NN&LangID=pt-br&params=itemID%3D{B4EC52D1-92C1-4B0B-92EF-D233154CB17D}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}> Acesso em: 16 nov. 2014.</a></p></div><div data-bbox=)

CARVALHO, Caio. **O Marco Civil foi aprovado. E agora, o que vai mudar na internet brasileira**. Disponível em: <<http://canaltech.com.br/materia/internet/O-Marco-Civil-foi-aprovado-E-agora-o-que-vai-mudar-na-internet-brasileira/>> Acesso em: 17 nov. 2014.

Cultura Digital. **Marco Civil da Internet**: seus direitos e deveres em discussão. Disponível em: <[culturadigital.br/marcocivil](http://culturadigital.br/marcocivil)> Acesso em: 02 jun. 2014.

FARIA, Cristiano Ferri Soares de. **O Parlamento aberto na era da internet**: Pode o povo colaborar com o legislativo na elaboração das leis? Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ua=ct=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fbd.camara.gov.br%2Fbd%2Fbitstream%2Fh>

andle%2Fbdcamara%2F7867%2Fparlamento\_aberto\_faria.pdf%3Fsequence%3D2&ei=852KVJyGFcOdgwTu94PwCg&usg=AFQjCNHPckafDogNh\_B-miXPE4EI3KM4vA&bvm=bv.81828268,d.eXY Acesso em: 16 nov. 2014.

**MARCO CIVIL JÁ.** Disponível em: <marcocivil.org.br> Acesso em: 02 jun. 2014.

MOLON, Alessandro Lucciola. **MOLON – MAIS E MELHOR PARA O RIO.** Entenda a Lei do Marco Civil da Internet. Disponível em: <www.molon1313.com.br/entenda-o-marco-civil-da-internet> Acesso em 02 jun. 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 30ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, 984 p.

PEREIRA, Marivaldo. **Marco Civil:** participação social na construção de políticas públicas. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/marco-civil-participacao-social-na-construcao-de-politicas-publicas/> Acesso em: 16 nov. 2014.

PINTO, Julio Roberto de Souza. **Poder Legislativo Brasileiro – Institutos e Processos.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, 224 p.

**PORTAL EBC.** Disponível em: <www.ebc.com.br/tags/marco-civil-da-internet> Acesso em: 02 jun. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 925 p.

## ARTIGO 25 DA CISG: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

**LUCAS SOARES OLIVEIRA DE MELO:**

Discente e Graduando da Faculdade de  
Direito/UFAM

**Prof. Dr. ADRIANO FERNANDES FERREIRA**

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar, sob a ótica doutrinária e jurisprudencial, o conceito de violação contratual essencial com fulcro no artigo 25 da CISG e seus atributos a fim de compreender a forma de contrato entre as partes e os reflexos no comércio internacional. É válido ressaltar a complexidade do artigo 25 no plano internacional. Sendo assim, esse artigo apresentará os meios pelos quais tornam a relação contratual de grande relevância para o estudo.

**Palavras-chaves:** Artigo 25. Violação contratual. CISG.

### 1. INTRODUÇÃO

A implementação pelo Brasil da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (CISG) em 2013 resultou em relações de vendas em outros países onde uma das partes, o vendedor ou o comprador, tem propriedade local de estabelecimento no Brasil.

A implementação da CISG dificulta a aplicação da lei devido à necessidade de harmonizar o costume internacional com o direito interno brasileiro.

Considerando que os primeiros países a ratificar a CISG enfrentaram disputas quanto à sua interpretação no final da década de 1980, ainda não se sabe o impacto das decisões de tribunais internacionais na formação da interpretação aberta trazida pela CISG.

A violação fundamental do contrato em nível internacional com base no art. 25 da CISG, pretende ser um conjunto de ferramentas analíticas utilizadas na aplicação do conceito básico de quebra que inclui os seguintes elementos: quebra de contrato, culpa grave e previsível.

Dada a importância da quebra fundamental do contrato para a Convenção, este trabalho visa abordar a interpretação daquele instituto do ponto de vista legal e doutrinário, bem como a expressão do campo artístico internacional e no país. 25 da CISG.

Assim, analisa-se o importante conceito de violação contratual, perpassando os principais pontos de conflito entre a doutrina e a lei a respeito dessa questão. Em seguida, são consideradas as inadimplências importantes, pois são importantes para a rescisão do contrato.

## **2. VIOLAÇÕES GRAVES DO CONTRATO COMPRA DE BENS (CISG)**

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias (CISG) foi estabelecida para unificar a lei e promover a justiça no comércio transfronteiriço em relação à venda de mercadorias.

Antes da análise, é necessário estudar os termos do art. 25 da CISG:

A violação do contrato por uma das partes é considerada grave se causar à outra parte um dano que a prive do resultado que poderia esperar do contrato, a menos que a parte infratora não tenha antecipado e uma pessoa razoável nas mesmas circunstâncias não teria previsto tal resultado.

A partir desse artigo, confirma-se que o veículo tem quebra de contrato, por isso é importante. Primeiramente, é imprescindível que a parte tenha descumprido suas obrigações contratuais. Em seguida, é necessário que, por quebra de contrato, a parte lesada tenha sido substancialmente privada do que esperava do contrato como um direito. E pretende-se que a parte que causou a violação tenha meios razoáveis para prever o resultado da violação, e que uma pessoa nas mesmas circunstâncias e com o mesmo entendimento e inferência também previsse.

BUTLER e SCHLECHTRIEM dizem que uma violação fundamental do contrato é simplesmente entendida como "atingir o cerne do contrato, dando à parte inocente o direito de tratar o contrato como rescindido", porque não há mais vontade de cumprir os termos do contrato do que foi acordado após quebra de contrato.

O artigo 25 da CISG determina a infração grave de forma automática, ou seja, sem qualquer consideração de direito interno, inclusive apenas postergando a reclamação. Pelo seu texto, este trabalho cumpre a obrigação exigida pelo art. 7, 1, a CISG para determinar a interpretação da Convenção de acordo com seu status internacional, o que impediria os meios de solidariedade que os membros locais buscam.

A definição de infração fundamental está prevista no art. 25 da CISG, não há respaldo semelhante em nenhuma legislação interna. No entanto, as leis modernas, como o Código Alemão de Regulamentação de Modernização de Obrigações, o Código de Vendas Escandinavo ou o Código Civil Holandês são todas baseadas na mesma diretiva

CISG e usam o entendimento de que uma violação fundamental ou os mesmos conceitos-chave são necessários para obter a rescisão.

### **3. ANÁLISE DOS REQUISITOS DO ART. 25 da CISG**

#### **3.1 Violação do acordo contratual**

A ocorrência de uma quebra de contrato é uma forma única de quebra sob a CISG. Embora o art. 25 não diz nada sobre o que constitui uma quebra de contrato, as outras disposições da CISG são compreensíveis. Por exemplo, o incumprimento pode certamente resultar do incumprimento de uma obrigação contratual, mas nos termos do artigo 9.º, o incumprimento também pode resultar no incumprimento de obrigações decorrentes da utilização de acordo entre as partes. Além disso, a violação de uma obrigação correspondente estabelecida em um contrato pode ser considerada grave, desde que a obrigação siga os termos da CISG ou esteja profundamente envolvida na venda de mercadorias.

Segundo a FERRARI, o aspecto mais importante da definição de violação fundamental do Contrato é a violação de uma obrigação decorrente do contrato, seja na forma pactuada pelos sujeitos ou no uso referido no art. 9 da CISG. Porque se violado, não ocorrerá o uso da arte. 25.

Os autores LOPES e MORAIS fundamentam que, no campo da Convenção, as obrigações são verificadas como aquelas do vendedor e aquelas do comprador, "afinal essa é uma convenção específica para o comércio internacional de mercadorias, como seu próprio nome destaca". Os sujeitos da relação contratual de uma determinada transação de compra e venda internacional estão constantemente a mercê de várias obrigações legais distintas, com o seu surgimento em variadas fontes: estipulações contratuais e acordos implícitos, práticas e usos, as disposições da CISG, outros conjuntos de regras internacionais e legislações internas. Todavia, a definição de violação essencial do art. 25 da CISG, diz respeito somente a obrigações advindas do contrato ou da Convenção, pela dedução de outras disposições com fulcro na CISG, usando a mesma base lógica.

A presunção de quebra de contrato e, portanto, a assunção de recursos disponíveis e a assunção de obrigações também são referidas como suposições do comprador e do vendedor. As razões do descumprimento são irrelevantes para o objetivo da infração, uma vez que a Convenção não aplica um padrão de culpa. Assim, o descumprimento da CISG é o descumprimento de qualquer obrigação contratual, seja pelo comprador, seja pelo vendedor, seja essa obrigação expressamente celebrada entre as partes ou decorrente de disposições da convenção. A CISG adota um sistema único que não distingue

inadimplência de outras inadimplências, classificando as inadimplências de acordo com a gravidade da situação.

Por um lado, as obrigações contratuais podem ser as obrigações padrão normalmente estipuladas no contrato de venda ou as obrigações padrão estipuladas na convenção. Os exemplos incluem: entrega de mercadorias e documentos no lugar certo e na hora certa, entrega de mercadorias em conformidade, pagamento do preço ou recebimento de mercadorias entregues.

Tendo em vista o princípio da autonomia das partes, os direitos e obrigações estipulados na Convenção possuem certa flexibilidade.

Por outro lado, as partes também podem estabelecer uma obrigação especial, desde que seja parte de um contrato que se enquadre no âmbito de aplicação da Convenção. São exemplos destas obrigações: notificação e aconselhamento; informação confidencial; respeito pelos direitos de propriedade industrial da outra parte no fabrico dos bens entregues ao abrigo do contrato; abstenção de exportar ou reimportar bens para determinados países; respeitar o contrato de distribuição entre as partes, ou conforme acordado no contrato de não concorrência.

Em caso de descumprimento, as partes podem acionar o sistema de remédios da Convenção, que é um ato de garantia às partes de preservar a relação contratual em caso de descumprimento. Dessa forma, a gravidade da violação é a chave para distinguir a violação substantiva da violação simples, e a classificação afeta diretamente as medidas corretivas tomadas.

É importante ressaltar que o descumprimento pode ser qualquer obrigação contratual, seja primária ou subsidiária, desde que a obrigação esteja intimamente relacionada à troca de bens, ou as partes tenham remetido para as regras da CISG ensinadas pela FERRARI. Da mesma forma, a DIMATTEO ensina que, dependendo das circunstâncias, qualquer cláusula contratual pode ser considerada material e cujo descumprimento é essencial. Ou seja, a necessidade do descumprimento independe de envolver não entrega, atraso, não pagamento, conformidade de mercadorias e outras formas de descumprimento.

### **3.2 Privação substancial**

De acordo com o artigo 25.º, o incumprimento deve resultar em "um prejuízo para a outra parte que a prive substancialmente daquilo que lhe é legítimo esperar nos termos do contrato". Perda é definida como qualquer resultado adverso presente ou futuro, pecuniário ou não, decorrente de uma violação.



No entanto, o ponto aqui não é o dano, mas o grau de privação. Tal dano necessariamente prejudica as expectativas contratuais legítimas da parte lesada a tal ponto que os remédios normais não satisfazem as expectativas dessa parte. As expectativas legítimas da parte lesada nos termos do contrato ajudarão a avaliar a extensão do dano causado pela privação. Para avaliar as expectativas legítimas das partes, o tribunal examinará primeiro a linguagem do contrato. Se isso não bastasse, as circunstâncias do contrato também devem ser consideradas de acordo com os artigos 8 e 9 da CISG.

A redação da arte, conforme ensinada por SCHROETER. O artigo 25 da CISG estabelece que, ao contrário do que precede o projeto de normas de 1978, o caráter essencial da infração independe da extensão do dano causado pela infração. O interesse dos autores era de acreditar que um objetivo precisava ser adicionado para definir dano substancial.

No entanto, Ferrari acrescentou, depende de um compromisso das expectativas contratuais competentes da parte prejudicada, ou seja, seu interesse no cumprimento de suas obrigações. Para que uma violação seja material, a privação de consequências deve ser severa o suficiente para inibir o interesse da parte prejudicada em cumprir o contrato, ou mesmo para concluir que a parte não espera mais ser satisfeita por remédios menos severos, como indenização, danos, redução de preços e reparação das mercadorias

A expectativa é um elemento mais objetivo do que a vontade ou os interesses da vítima, que podem ser extraídos de contratos específicos. Isso não quer dizer que o dano ameaçado pela quebra do contrato não afeta a importância das obrigações contratuais, mas, de acordo com o texto da Convenção, o dano não precisa ser provado, basta que o próprio contrato estabeleça que os termos básicos são por forma específica de obrigação ou desempenho.

No que se refere à análise das consequências esperadas do dano, o Parecer nº 5 do Comitê Consultivo da CISG recomenda que a interpretação deva levar em consideração o idioma do contrato, as circunstâncias da relação contratual entre as partes, a finalidade a que se destina os bens adquiridos e, finalmente, a questão de saber se o defeito pode ser remediado.

Uma vez que as expectativas de ambas as partes determinam quanto elas perderão se ocorrer um default, é importante que ambas as partes entendam seus respectivos interesses (monetários e não monetários). Em consequência, as partes podem atribuir pesos específicos a determinadas obrigações, expressa ou implicitamente, pelo que o seu incumprimento será considerado essencial.

O parecer nº 21 do Comitê Consultivo da CISG afirma, por sua vez, que as partes podem concordar sobre o que consideram ser a substância de um contrato. O Conselho observou que "se uma obrigação é essencial é uma questão de interpretação nos termos do Artigo 8 da CISG. Se o contrato for interpretado sem esclarecer o que constitui uma violação fundamental, o objetivo da venda torna-se relacionado".

Porém, SCHROETER questiona até que ponto as partes podem fazer valer determinada obrigação por meio de cláusulas contratuais na medida em que se trata de um interesse contratual fundamental para fins artísticos. Artigo 25 CISG. ZELLER destacou que embora as partes possam afirmar a importância das obrigações no contrato, essa importância não é determinante, mas sim as consequências e prejuízos que o descumprimento do contrato pode causar ao lesado. Ferrari, no mesmo sentido, entende que a essência de tratar determinado termo como contrato é desconsiderar as consequências da violação daquele termo em determinada situação, e isso é o único e o único do art. O artigo 25 da CISG permite consideração. Os casos que lidam com esta abordagem não são interpretados como indicando que as partes têm o direito de modificar as disposições da Convenção sob o Artigo 6º da CISG, mas como aplicação do art. Artigo 25 CISG.

Finalmente, HUBER aponta que decorre de palavras artísticas. 25 CISG que o teste é objetivo e não subjetivo. O que realmente importa não é o que a parte prometida realmente esperava, mas o que ela tinha o direito de (razoavelmente) esperar, ou seja, o que um terceiro razoável esperaria dadas as circunstâncias.

A CISG não define o que é uma lesão ou fornece exemplos de lesões para as quais uma infração é essencial.

### **3.3 Previsibilidade**

De acordo com a Convenção, não basta cumprir uma violação substancial que a parte lesada seja substancialmente privada do que poderia esperar do contrato. Depois de fazer essa reclamação, a parte infratora pode responder afirmativamente.

O artigo 25 da CISG estabelece que uma violação não será material se a parte infratora não previr consequências que privem a outra parte do que ela tinha direito de esperar do contrato, e uma pessoa razoável do mesmo tipo e no mesmo circunstâncias não teriam previsto essas consequências.

O primeiro requisito para negar a irregularidade é puramente subjetivo e visa exclusivamente verificar se o infrator realmente previu o dano causado pelo ato ilícito. A previsibilidade real dos danos causados por uma violação dependerá do conhecimento da parte infratora dos fatos que envolvem a transação. Fatores como inexperiência, nível de

sofisticação e capacidade organizacional do infrator deve ser levado em consideração na comprovação da previsibilidade do dano. Esses fatores demonstram a capacidade da parte infratora de antecipar e reconhecer problemas na transação.

A experiência ou falta de experiência da parte não infratora também pode ser relevante. A conduta da parte não infratora pode afetar a capacidade da parte infratora de agir razoavelmente. É possível que a parte não infratora tenha falhado em fornecer informações relevantes ou simplesmente reter informações que foram fundamentais para uma conclusão adequada do resultado.

O segundo requisito de previsibilidade para rejeitar uma reivindicação de violação é objetivo e exige que a parte infratora demonstre que uma pessoa razoável do mesmo tipo não teria previsto o resultado do dano à parte não infratora nas mesmas circunstâncias. Uma vez que as partes nos contratos envolvendo vendas internacionais são consideradas comerciantes, uma "pessoa razoável" pode ser entendida como um comerciante razoável.

Assim, um comerciante razoável incluiria todos os comerciantes que atendem aos padrões de seu comércio e que não são intelectualmente ou profissionalmente inferiores. O termo "like-for-like" refere-se a um comerciante do mesmo setor que desempenha as mesmas funções ou operações que a parte infratora. A exigência de que um comerciante razoável esteja nas "mesmas circunstâncias" refere-se às condições de mercado, tanto regional quanto global.

BIANCA sugere que todas as circunstâncias relevantes do caso sejam consideradas para determinar a intenção de uma pessoa razoável, fundamentando esse argumento no artigo 8º, 3º da CISG, que fornece exemplos específicos dos tipos de circunstâncias relevantes que devem ser levados em consideração ao determinar a intenção das partes, incluindo: conduta, costumes estabelecidos entre as partes, uso comercial e posterior comportamento das partes.

Resulta da redação do artigo que apenas o efetivo conhecimento subjetivo do inadimplente não deve ser levado em consideração. Cumulativamente, temos que perguntar se a pessoa média com o mesmo tipo de contrato nas mesmas circunstâncias teria previsto o resultado. Esta avaliação objetiva é baseada na regra do art. 8, CISG. Com base na análise do histórico legislativo da CISG, o ônus da prova da previsibilidade da perda recai sobre o infrator.

O elemento de previsibilidade tem efeitos positivos e negativos. A sua presença pode revelar uma parte que previu as consequências da resolução do contrato; e sua ausência pode proteger contra o mesmo efeito uma parte que não os previu.

O artigo 25 da CISG não especifica o prazo dentro do qual o infrator deve prever as consequências da violação. Por outro lado, alguns estudiosos sugerem considerar as informações comunicadas entre as partes após a celebração do contrato.

Porém, a visão majoritária considera o momento da celebração do contrato como o momento da celebração do contrato. Na opinião do SCHLECHTRIEM, os interesses das partes do contrato neste ponto são razoáveis, portanto, é um momento apropriado para verificar se a parte infratora sabia ou poderia prever as consequências da violação do contrato ou não. A FERRARI ressalta que permitir a revisão das comunicações feitas após a celebração do contrato geralmente alterará o equilíbrio de interesses das partes conforme estabelecido no contrato, o que é completamente inadequado.

No entanto, as palavras finais do artigo 25 da CISG deixam clara a distinção entre responsabilidade e rescisão, o que causou e ainda causa alguma confusão de interpretação. Por esta razão, o seguinte artigo visa examinar atitudes teóricas em relação à interpretação do art. 25 CISG.

#### **4. FATORES RELEVANTES NA DETERMINAÇÃO DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL**

Robert Koch, um dos maiores especialistas em direito comercial internacional, em sua obra "O conceito de violação fundamental do contrato sob a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias (CISG)", além de estudar os elementos básicos da inadimplência no princípio, outros fatores são muito importantes na análise desse instituto, os quais, embora não sejam constitutivos do próprio conceito. Esses fatores, que serão discutidos abaixo, também são comuns em arbitragens de default fundamental e decisões judiciais.

##### **4.1 Natureza da obrigação contratual**

Segundo Robert Koch, a natureza da obrigação contratual é um dos fatores que determinam a existência de um Default Fundamental. Se as partes, implícita ou explicitamente, determinarem que o contrato será rescindido em caso de inadimplemento de qualquer das partes, todos os termos do contrato deverão ser cumpridos e qualquer alteração ou descumprimento poderá ser considerada violação material. Sem essa disposição, a obrigação de respeitar rigorosamente o contrato também pode ser verificada pela linguagem, costumes e circunstâncias que envolvem o comércio.

Considere, por exemplo, os casos em que uma disposição contratual exige entrega pontual ou em que uma determinada qualidade foi especificada e qualquer alteração não atenderia aos propósitos do comprador. Nesses casos, independentemente da determinação expressa e de que o vendedor tenha sido notificado, basta que o vendedor

tenha conhecimento da natureza dessas características ou requisitos para que a não conformidade seja considerada essencial.

Esse fator está diretamente relacionado aos requisitos essenciais do contrato, que, se não observados, levariam ao desinteresse da parte contratual em permanecer vinculado à relação contratual.

Ressalte-se que a característica de Inadimplemento Fundamental está, entretanto, sujeita à comprovação de dano substancial.

#### **4.2 Gravidade e consequência do inadimplemento**

A gravidade e as consequências da falha é outro fator a ser analisado para determinar a falha subjacente. O dano sofrido por uma das partes pode ser classificado da seguinte forma: o valor total do contrato mais o prejuízo pecuniário, a derrota do motivo que levou à celebração do contrato e a perspectiva da existência de viés reparador.

Os debates doutrinários sobre a importância da perda monetária sofrida pelo inadimplente na determinação da inadimplência fundamental são intensos.

#### **4.3 Impossibilidade de cumprir o contrato**

Outro aspecto importante a analisar é a impossibilidade de cumprir os termos do contrato. Neste caso, ambas as partes podem se atrasar, por exemplo, impossibilidade de entregar a mercadoria ou até mesmo pagar o valor acordado. Independentemente do prazo acordado para o cumprimento da obrigação, se uma das partes verificar a impossibilidade de manter o acordo pela outra parte, poderá rescindir o contrato por motivos sérios e objetivos.

É o caso da compra de produtos exclusivos, como uma obra de arte. Se a obra for danificada, ou seja, destruída, a outra parte poderá rescindir o contrato antes mesmo do término do prazo contratual. Não há necessidade de aguardar o prazo estipulado, para que não ocorram maiores prejuízos e a parte possa satisfazer seus interesses com outro fornecedor ou comprador.

#### **4.4 Falta de interesse em cumprir o contratado**

A falta de interesse das partes na execução do contrato é um dos fatores apresentados por Robert Koch como essenciais para a determinação da Inadimplência Fundamental. Portanto, se uma das partes se recusar a entregar o produto ou pagar, essas recusas constituiriam um inadimplemento fundamental.

Da mesma forma, exigências como contraprestação ou garantias incompatíveis com a obrigação podem ser caracterizadas como manifestação de desinteresse na manutenção do contrato, constituindo-se, assim, na hipótese prevista no artigo 25 da CISG.

#### **4.5 Falta de confiança na outra parte no cumprimento da obrigação**

Outro aspecto que precisa ser analisado é a confiança existente entre as partes.

A confiança é essencial em qualquer relação contratual. No caso de contratos de longa duração ou sucessivos, o incumprimento numa das fases ou num determinado período pode provocar na segunda fase a falta de certeza e confiança necessárias à manutenção da relação contratual.

Questiona-se se, tratando-se de pequenos desvios que não causaram prejuízos substanciais, pode ser proferida decisão judicial de uma das partes com fundamento na falta de confiança decorrente do incumprimento do estritamente contratualizado, porque se foi intencional. No entanto, entende-se que nesta situação poderia ser imposta uma caução especial ou multa sem recorrer à última medida de liminar.

Ressalte-se que o acordo visa preservar a relação contratual e os casos de solução devem ser analisados como tal. Portanto, um pequeno atraso não pode ser considerado motivo para permitir a rescisão unilateral do contrato com base no artigo 25 da CISG. Se a falta de confiança pode ser remediada exigindo garantias especiais, como garantias de conformidade ou de desempenho, não há que se falar em falha fundamental.

A falta de garantias adicionais e a desconfiança causada pelo seu descumprimento podem, por sua vez, levar a uma falha fundamental.

#### **4.6 Disponibilidade para solucionar o problema**

Como já dissemos, a CISG busca preservar os contratos. Assim, quando analisamos os comentários ao projeto de Convenção, surge grande controvérsia sobre a possibilidade de declarar um tratado em revelia de princípio, quando este se dispõe à revelia para dirimir divergências. Isso porque diversos doutrinadores entendem que os requisitos do artigo 48(1), ou seja, a capacidade de reparar o dano sofrido pela parte em prazo razoável sem causar transtornos, devem ser atendidos para que o inadimplemento seja declarado fundamental para uma parte, outros e sem criar incerteza quanto ao recebimento de valores adiantados ao vendedor.

Isso significa que a recusa do vendedor em resolver o problema dentro de um prazo razoável resulta em Inadimplência Fundamental.

#### **4.7 Possibilidade de restabelecimento do equilíbrio contratual**

Na tentativa de superar algumas preocupações doutrinárias sobre uma abordagem que incide sobre a existência de um pedido de restabelecimento do equilíbrio contratual como uma das razões de exclusão da possibilidade de arguir a Inadimplência Fundamental, alguns juristas consideram apenas a possível "cura" de um dado padrão.

Eles determinam o atraso não à luz do remédio proposto pelo vendedor, mas verificando a possibilidade de remédio de qualquer forma. Em sua opinião, não é infração fundamental se esta puder ser compensada, ainda que não a pedido do faltoso, mas com base em solução indicada por juiz ou árbitro.

## **5. JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL**

Com base na jurisprudência, a entrega de mercadorias não conformes não é considerada um atraso fundamental se o comprador ainda puder usá-las, conforme recomendado no precedente do Oberlandesgericht de Frankfurt, citado abaixo:

It is possible that there is no fundamental breach in cases in which the buyer eventually can make some use of the defective goods. An examination [by the court] of this kind also is compelled in cases in which the non-conformity consists in a lack of correspondence between the goods and a sample or model presented at the conclusion of the contract (CISG, Article 35(2)(c)).

Consequently, the buyer normally is required to report explicitly on the defects and the unacceptability of any further use, since otherwise the examination would not be possible as to whether or not there had been a fundamental breach as is required for avoidance.

De acordo com Leonardo Graffi, a jurisprudência considera como um dos critérios relevantes na determinação da quebra fundamental do contrato a abordagem da perda econômica, a perda econômica real sofrida pela parte lesada.

Para determinar qual o montante que conduz à infração fundamental, os critérios da jurisprudência são os mais diversos, para alguns tribunais é a percentagem de bens não conformes, ou o custo da reparação, para outros o critério determinante da infração fundamental é a possibilidade de revenda das mercadorias.

No entanto, mesmo que a mercadoria não apresente as características exigidas, no que se refere à sua utilização, a infração fundamental é caracterizada incorretamente.

O tribunal de Düsseldorf decidiu nesse sentido. O tribunal observou que, no caso da entrega de substâncias diferentes das tonalidades especificadas no contrato, não houve

atraso fundamental porque as mercadorias, embora insatisfatórias, não atenderam à finalidade para a qual foram projetadas. O tribunal, então, considerou o caso com base na inconformidade parcial, o que dá ao comprador o direito de escolher os remédios previstos no art. 46 a 50 CISG. No entanto, devido à inércia do comprador em fixar o prazo adicional, neste caso perdeu o direito de exigir do vendedor as referidas alternativas, restando-lhe apenas a faculdade de reclamar a reparação dos danos.

O descumprimento das especificações do contrato pode levar a uma violação fundamental se o modelo da mercadoria entregue for diferente do pactuado pelas partes, conforme decisão da Corte Internacional de Arbitragem Comercial. No caso da compra de dois veículos alemães por uma empresa russa, o Tribunal considerou que houve violação fundamental do contrato porque um dos modelos adquiridos pelo comprador foi fabricado em 1981 e, portanto, não cumpriu o acordo entre as partes que nenhum modelo seria fabricado antes de 1988.

## **6. CONCLUSÃO**

A CISG, como instrumento de unificação dos contratos de venda internacional de mercadorias, é um grande avanço na certeza do direito internacional. No entanto, uso semelhante é interrompido pelo emprego de conceitos, cujo conteúdo é obrigatoriamente preenchido pelo tradutor, que se vale da doutrina que lhe é mais próxima, ou seja, aquela reservada à interpretação do direito interno.

A inadimplência básica estipula minimizar os grandes prejuízos que as partes incorrem nas relações comerciais internacionais. A organização tenta cuidadosamente minimizar os danos sofridos pelo infrator, para permitir a rescisão total do contrato após a reparação e para compensar os danos causados pela rescisão do contrato.

Embora a redação do Artigo 25 seja um tanto imprecisa, em última análise, ele fornece ferramentas para identificar possíveis violações. Desde que os tribunais, árbitros e árbitros entendam os elementos de quebra, redução substancial e previsibilidade e sejam capazes de colocá-los no contexto das regras de interpretação previstas nos artigos 7, 8 e 9 da CISG, qualquer incerteza e imprevisibilidade pode desaparecer.

A ideia de uma falha fundamental que justifique uma solução, em relação à entrega com defeito, traz dois aspectos indiscutíveis: a relevância (gravidade) do defeito e a perda de usabilidade. A parte prejudicada não ficará satisfeita com perdas, danos ou bens que não sirvam mais ao seu propósito, sejam eles bens comuns ou bens especiais.

Ao examinar casos de direito internacional, essa direção doutrinária foi confirmada, levando em consideração o terceiro fator presente em todos os casos de violações



fundamentais: a existência da violação da boa-fé, princípio norteador da causa de todas as CISGs.

## REFERÊNCIAS

SCHLECHTRIEM, Peter, BUTLER, Petra. **UN Law on International Sales - The UN Convention on the International Sale of Goods**. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2009.

LOOKOFOSKY, Joseph. *The Scandinavian Experience*: In: FERRARI, Franco. 1980

**Uniform Sales Law - Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences**. Milano, Italien: Giuffrè, 2003. p. 95-127.

LOPES, Christian S. B; MORAIS, Fernando V. T. M. **Inadimplemento e suas consequências na Convenção de Viena**. In: AMARAL, Paulo A. D. do; RODRIGUES, Raphael S. (Coords). *CAD 20 anos: tendências contemporâneas do direito*. Belo Horizonte; Editora D'Plácido, 2017

DIMATTEO, Larry A. et al. **The interpretive turn in international sales law: an analysis of fifteen years of CISG jurisprudence**. *Northwestern Journal of International Law and Business*, Illinois, v. 24, iss. 2, p. 299-440, Winter 2004, p. 308.

SCHROETER, Ulrich G. **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods - Full Text, Part III Sale of Goods, Ch. I General Provisions, Article 25**. In:

SCHLECHTRIEM, Peter. SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods**. 4 ed. Londres: Oxford University Press, 2016, p. 422.

ZELLER, Bruno. **Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. 2a edição. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 08.

ZELLER, Bruno. **Fundamental breach and the CISG: a unique treatment or failed experiment?** *The vindobona journal of international commercial law and arbitration*, Vol. 8 (1), pp. 81-94, 2004.

HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG: a new textbook for students and practitioners**. 1 ed. Munique: Sellier, 2007.

HUBER, Peter. **CISG – The Structure of Remedies, The Rabel Journal of Comparative and International Private Law**, Hamburgo, v. 71, p.13-34, janeiro 2007, p. 18.

GRIGIĆ, Boris. 'C.M. Bianca, M.J. Bonnell, **Commentary on the International Sales Law** The 1980 Vienna Sales Convention, XVII 886 Pp., Giuffrè, Milan1987, L. 100,000'. *Netherlands International Law Review*, vol. 38, n. 2, pp. 266–267, 1991.

KOCH, Robert. **Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**. [S.l.]: Pace Ed.: Nova York 1999.

KOCH, Robert. **The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations. Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**, Pace ed., Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1998, Kluwer Law International(1999), disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch.html>>. Acesso em 08 fev. 2023

GRAFFI, Leonardo. **Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention**. International Business Law Journal, n. 3, 2003, 338-349. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>>. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Decreto nº 538/2012, de 18 de outubro de 2012. **Senado**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2023.

SERAFIM, Júlia Neugebauer Burnay. **O instituto da violação essencial do contrato à luz da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG): uma análise doutrinária e jurisprudencial do art. 25 da CISG**. Orientador: Prof. Caetano Dias Correa. 2021. 85 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/223756>. Acesso em: 14 jan. 2023.

BADIA, Ana Lúcia Seifriz. **A entrega de mercadorias defeituosas na cisg e a quebra fundamental: uma análise doutrinária e jurisprudencial**. Orientadora: Profa. Dra. Claudia Lima Marques. 2015. 84 f. Monografia (Pós-Graduação) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/143234>. Acesso em: 12 jan. 2023.

VALADARES, Ana Cristina Zadra. **O inadimplemento fundamental da convenção de viena sobre vendas internacionais de mercadorias de 1980**. Orientador: Professor Bruno Wanderley Junior. 2007. 102 f. Dissertação (Mestrado) Direito Internacional e Comunitário da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_ValadaresAC\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ValadaresAC_1.pdf). Acesso em: 24 jan. 2023.

KROSKA, Renata Caroline. Da desnecessidade de inadimplemento essencial para aplicação do Art. 74 da CISG e dos danos efetivamente recuperáveis. **Revista de Direito Internacional**. Vol. 11. N. 1. P. 4-27, out, 2014. Disponível em: 10.5102/rdi.v11i1.2821. Acesso em: 05 fev. 2023.

## **A LEI DA SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL (SAF) NO FUTEBOL BRASILEIRO: SEUS IMPACTOS ESTRUTURAIS E FINANCEIROS NOS CLUBES PROFISSIONAIS.**

**GABRIEL DOS SANTOS BAPTISTA:**

bacharelado em Direito pela  
Universidade Estácio de Sá<sup>196</sup>

Prof. Me. Dra. ELINE LANZILLOTTA

Orientadora

Prof. Me. Dra. MANUELA CHAGAS MANHÃES

Coorientadora

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo abordar a lei 14.193/2021 e as alterações previstas aos clubes que escolherem optar pelo novo regime criado pela lei, as novas formas de captação de renda, bem como de maneira breve, o formato de constituição de maioria dos grandes clubes de futebol brasileiro das series A e B no ano de 2021, o dano causado por más administrações, que levaram tais clubes a possuírem dividas até mesmo bilionárias, fazendo com que aderir ao regime de sociedade anônima do futebol fosse a salvação desportiva e financeira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Associações sem fins lucrativos; Sociedades anônimas; Sociedade anônima do futebol; Debêntures FUT; Regime de tributação específica;

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO; 2. DESENVOLVIMENTO; 2.1 As associações e suas vertentes; 3 ESTRUTURAMENTO MAJORITÁRIO DOS CLUBES PROFISSIONAIS; 3.1 Breve panorama financeiro; 3.2 Punições da CBF e FIFA aos clubes devedores; 3.3 Caso Cruzeiro; 3.4 Benefícios tributários dos clubes enquanto associações; 4 AS SOCIEDADES ANÔNIMAS; 5 A SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL; 5.1 Origens legislativas; 5.2 Formação da SAF; 5.3 As debêntures FUT; 5.4 A possibilidade de recuperação judicial ou extrajudicial; 5.5 Regime de tributação específica (TEF); 5.6 Outros destaques da lei; 6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

### **1 INTRODUÇÃO**

O presente estudo visa de forma resumida abordar o âmbito financeiro dos clubes de futebol brasileiro, que deixaram de ser um apenas uma paixão de muitos e organizados de maneira amadora, para se tornarem produtos comerciais altamente rentáveis, com a profissionalização dos atletas e árbitros, contratos de marketing e patrocínio em cifras astronômicas, repatriação de atletas que foram jogar fora do país recebendo salários

---

196 E-mail: gabrielbatista1748@gmail.com

milionários ou até mesmo a valorização de jovens de categorias de base com status de jogadores famosos, reforçando ainda mais o sonho de todos os jovens se tornarem jogadores.

Demonstrando que mesmo grandes clubes tradicionais do país, reconhecidos mundialmente por suas conquistas esportivas e revelação de grandes atletas tanto para a seleção brasileira, maior ganhadora de copas do mundo, sendo considerada o país do futebol, quanto para clubes europeus, que passaram a não só admirar os jovens do futebol nacional.

Embora que os clubes, majoritariamente ainda sejam constituídos em forma de associações sem fins lucrativos, com benesses tributárias resguardados pelo legislador até na constituição federal. Se tornaram “vítimas” de péssimas administrações financeiras, as quais fizeram com que ao longo dos anos, acumulassem dívidas que em alguns casos chegam a cifras bilionárias, colocando em xeque, o presente o futuro dos endividados.

Como será visível no caso do Cruzeiro, além de todo o prejuízo financeiro, também houve o prejuízo esportivo, e histórico, com punições desportivas e rebaixamento, o clube adotou o novo regime, sendo um dos pioneiros no país.

Bem como, as alterações decorrentes da lei 14.193/2021, a lei da sociedade anônima do futebol no território nacional, popularmente conhecida como lei da SAF do futebol, que trouxe alterações estruturais para os clubes de futebol, e inovações nos âmbitos esportivos, tributários e empresariais.

Inicialmente, faz-se necessário conceituar e identificar, qual o modelo de associação se enquadra ainda hoje grande parte dos clubes de futebol profissional brasileiro, como base, foram utilizadas algumas equipes das series A e B do campeonato brasileiro de 2021, ano da criação da lei 14.193/2021, sendo sua maioria idealizados no modelo de associações sem fins lucrativos.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 As associações e suas vertentes**

Importantes fatos ocorriam no Brasil e mundo do Século XIX, e uma das grandes importações brasileiras daquele tempo, por forte influência dos turistas estrangeiros que aqui passaram a frequentar e habitar, foi o futebol, esporte originalmente europeu, chegou ao Brasil por Charles Miller e caiu no gosto da população.

Esporte que se popularizou e espalhou rapidamente por influência da mídia, turistas e até mesmo praticantes de outros esportes famosos na época, como o remo, dando origem inclusive a um dos grandes e principais clubes do estado do Rio de Janeiro, o Clube

de Regatas do Flamengo, onde remadores do famoso bairro do Flamengo, com intuito de trocar do atual clube, o Fluminense e competir com os demais grupos existentes em bairros rivais, fundaram a nova equipe.<sup>197</sup>

Assim, conforme já fossem reunidos e organizados em grupos de para a prática do remo, passaram também a se organizar na mesma forma, para a prática do até então novo esporte, contra os demais grupos, germinando assim um primeiro conceito da formação de clubes desportivos, e evidenciando a sua forma de organização estrutural, de associações sem fins lucrativos, o que até os tempos atuais ocorre de maneira predominante com quase todos os clubes do futebol profissional brasileiro.

O legislador resguardou o capítulo II do código civil de 2002 para tratar das associações, e no artigo 53, nos traz o conceito legal de associação, sendo: “Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos”. 198 (BRASIL, 2002).

Carlos Roberto Gonçalves (2022, p.282 e 283) em sua obra, nos ensina sobre o conceito das associações, sendo:

As associações são pessoas jurídicas de direito privado constituídas de pessoas que reúnem os seus esforços para a realização de fins não econômicos. Nesse sentido, dispõe o art. 53 do atual diploma civil: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”. A definição legal ressalta o seu aspecto eminentemente pessoal (*universitas personarum*).

Não há, entre os membros da associação, direitos e obrigações recíprocos, nem intenção de dividir resultados, sendo os objetivos altruísticos, científicos, artísticos, beneficentes, religiosos, educativos, culturais, políticos, esportivos ou recreativos. A Constituição Federal garante a liberdade de associação para fins lícitos (CF, art. 5º, XVII). 199

Primeiro ponto a ser destacado é de que tanto o texto legal, quanto o entendimento doutrinário, nos traz o consenso de que a união de pessoas com o mesmo

---

197 FLAMENGO, CR. O início do Futebol. Disponível em: [O Início do Futebol - Flamengo](#). Acesso em: 26 out 2022.

198BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [L10406compilada\(planalto.gov.br\)](#) Acesso em: 20 set. 2022.

199 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Parte Geral – v. 1 / Carlos Roberto Gonçalves. – 20. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022. Págs. 282 e 283.

intuito de organização já e suficiente para caracterização das associações, desde que todos os envolvidos não tenham intenção principal lucro pessoal.

Por mais que a expressão “fins não econômicos” prevista no artigo 53 do código civil, nos remeta a uma ideia de vedação para qualquer tipo de lucro ou ganho, patrimonial e financeiro, não há impedimento para que a associação em si realize negócios através da sua atividade fim, e eventualmente aumente e expanda seus patrimônios, realize transações e demais atividades econômicas, entretanto, as atividades com finalidade exclusivamente lucrativa não podem ser exercidas, uma vez que os associados não podem obter ganhos e lucros oriundos da atividade exercida pela associação.

Maria Helena Diniz, em uma de suas obras reforça a ideia de que se os associados se reúnam e constituam patrimônio comum para a associação, através de seus esforços ou de membros, com objetivo de obter resultados diversos de obter lucro por conta da atividade exercida e ainda dividir entre si, o status de associação não é perdido, mesmo que em decorrência da atividade, ocorra eventual lucro, em razão da venda de produtos ou qualquer outra forma lícita de arrecadação, e o patrimônio venha à aumentar.<sup>200</sup> (DINIZ, 2022), de maneira complementar, (DINIZ, 2022, p.95):

Tem-se a associação quando não há fim lucrativo ou intenção de dividir o resultado, embora tenha patrimônio, formado por contribuição de seus membros para a obtenção de fins culturais, educacionais, esportivos, religiosos, beneficentes, recreativos, morais etc. Não perde a categoria de associação mesmo que realize negócios para manter ou aumentar o seu patrimônio, sem, contudo, proporcionar ganhos aos associados, p. ex., associação esportiva que vende aos seus membros uniformes, alimentos, bolas, raquetes etc., embora isso traga, como consequência, lucro para a entidade. Pelo Enunciado 534 do CJF (aprovado na VI Jornada de Direito Civil), “as associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa. 201

Os interessados em constituírem uma associação, além de observarem o dispositivo legal no artigo 53 do código civil, precisarão firmar um contrato social dentre os associados, chamado de estatuto, contendo o disposto no art. 54 do referido código. Maria Helena (DINIZ, 2022, p.96), traz uma primeira visão de associação:

A associação é uma modalidade de agrupamento, dotada de personalidade jurídica, sendo pessoa jurídica de direito privado, voltada à realização de finalidades culturais, sociais, pias, religiosas, recreativas etc., cuja existência legal

---

200 DINIZ, Maria H. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. v.1. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598698. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598698/>. Acesso em: 22 set. 2022.

201 DINIZ, Maria H. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. v.1. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598698. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598698/>. Acesso em: 22 set. 2022. Pág.95.

(Dasein) surge com o assento de seu estatuto, em forma pública ou particular, no registro competente, desde que satisfeitos os requisitos legais, tendo ela objetivo lícito e estando regularmente organizada.<sup>202</sup>

A doutrinadora ainda, traz a necessidade do registro do estatuto de maneira publicizada, e alerta que em caso de uma associação sem registro, será considerada ilegal, e que as relações contratuais firmadas serão discriminadas conforme estatuto, porém, as representações passiva ou ativamente em juízo serão feitas por seu administrador. <sup>203</sup> (DINIZ, 2022)

Cumpridos os requisitos legais, estatuto devidamente registrado e a personalidade de associação adquirida, a associação passará a contar com personalidade própria, ou seja, se tornar independentemente de seus associados capacidade patrimonial, para constituir, alienar, aumentar ou vender patrimônios comuns da própria associação, ser detentora de direitos e obrigações, sem que haja embaraço entre patrimônio “próprio” e de seus associados membros.

Conforme será visível no próximo capítulo, alguns dos clubes mais antigos do país, ao longo do seu processo histórico de formação, através de seus então membros fundadores se preocuparam em garantir a legalidade suas agremiações, seguindo os ordenamentos então vigentes, se adequando conforme as alterações legislativas temporais e também doutrinarias, “cumprimento” todos os então requisitos atualmente conhecidos para a caracterização e efetivação de uma associação, adquirindo personalidade jurídica e fazendo jus aos seus deveres, benefícios e obrigações legais.

### **3 ESTRUTURAMENTO MAJORITÁRIO DOS CLUBES PROFISSIONAIS BRASILEIROS**

Desde a chegada do futebol ao Brasil, seu desenvolvimento, apelo popular, e ascensão meteórica por todo o território, os grupos sociais dos grandes estados passaram organizar entre si, para criarem seus próprios clubes e assim possuírem uma forma de representação tanto internamente dentro dos estados, quanto em âmbito nacional contra as demais agremiações.

Embora grande parte equipes do futebol brasileiro, criadas muito antes do atual código civil de 2002, se formaram inicial e majoritariamente por atletas de outras modalidades, e por pessoas de grupos com a mesma intenção fim, da prática do novo esporte e a disputa entre si, se caracterizando na espécie estrutural das associações que

---

<sup>202</sup> Idem. Pág. 96.

<sup>203</sup> Idem.

muitos anos depois seria conceituada e definida tanto pelo legislador quanto por doutrinadores.

Clubes como: Fluminense FC, São Paulo FC, Esporte clube Vitória e o Náutico Capibaribe, alguns dos mais antigos do país, fundados entre os anos 1890 e 1930, foram pioneiros em seus respectivos Estados, formados pelos mais distintos grupos sociais e étnicos, com intuito de se tornarem referências e “donos” de paixões nacionais que seriam capazes de se tornar uma espécie de segunda religião e família para muitos apaixonados.

Não só somente o objetivo final e finalidade esportiva, mas, estas equipes também possuem em comum a sua forma estrutural de constituição, sendo de associações, tendo que se adequar a legislação vigente, reunindo seus membros e associados para em conjunto determinarem normas, deveres, objetivos, traçando metas e criarem um estatuto social, em conformidade aos requisitos legais.

O artigo 54 do código civil de 2002, elenca uma série de requisitos necessários para a efetiva constituição do estatuto da associação, que funcionará como uma espécie de “constituição” e regimento a ser seguido tanto pelos associados quanto para os membros interessados, e ainda, determinará as diretrizes a serem seguidas sejam: esportiva, social, estrutural e juridicamente.

Observando os preceitos indicados pelo rol do artigo 54, sendo todos estes requisitos para criação do estatuto, o qual deverá seguir em conformidade com a lei, no aspecto da atividade exercida não ser considerada ilícita, mediante conjunto de cláusulas de efeito vinculativo entre os associados, de forma maneira escrita, e pendente da aprovação unânime de todos os associados presentes da reunião de formação do então documento, sendo este o estatuto da associação.

Sobre o aspecto constitutivo de uma associação, (DINIZ, 2022, P.96) conceitua que:

O ato constitutivo da associação consiste num conjunto de cláusulas contratuais vinculantes, ligando seus fundadores e os novos associados que, ao nela ingressarem, deverão submeter-se aos seus comandos. Nele deverão estar consignados sob pena de nulidade: a) a denominação, os fins e a sede da associação; b) os requisitos exigidos para admissão, demissão e exclusão dos associados; c) os direitos e deveres dos membros componentes; d) as fontes de recursos financeiros para sua manutenção para evitar “lavagem” de dinheiro (Lei n. 9.613/98) e delitos disfarçados por atos beneficentes; e) o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos; f) as condições para a alteração do estatuto e para a dissolução da entidade, dispendo sobre o destino do patrimônio social; g) a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas. Logo, deverá ser constituída, por escrito, mediante redação de um estatuto, lançado no registro geral (CC, arts. 54, I a VII, e 45), contendo declaração unânime da vontade dos associados de se congregarem para formar uma coletividade, não



podendo adotar qualquer das formas empresárias, visto que lhe falta o intuito especulativo.<sup>204</sup>

Como parâmetro, o estatuto do São Paulo FC registrado em cartório, logo em seu capítulo inicial, tratou de traçar as diretrizes fundamentais do clube, tanto quanto sua forma, destinação, papel e deveres de sócios, associados, composição de mesa diretora, eleições, forma de ingresso e exclusão tanto de sócios e associados. Os parágrafos 1º e 2º do capítulo I do estatuto social, tem a definição dos objetivos do clube, sendo estes: “A promoção e desenvolvimento do desporto em todas as modalidades e em especial o futebol, a formação de atletas e paratletas independente da categoria para participar de competições de qualquer âmbito representando o clube”<sup>205</sup> e ainda “ promover, desenvolver, difundir e aprimorar a cultura nas suas mais diferentes modalidades, bem como desenvolver atividades que fortaleçam o convívio social e familiar.”<sup>206</sup>

Por mais que o clube venha obter ganhos financeiros, através de premiações, venda de atletas, patrocínio, direito de imagem, ou qualquer outra forma lícita permitida por lei e estatuto do clube, o objetivo fim, é o esportivo e social, fomentando na formação de atletas, e ainda exercendo um papel social de inserção do esporte através convívio dentre os envolvidos direta ou indiretamente, possibilitando que jovens possam mudar de vida, a de sua família e serem espelho para os demais ao seu redor.

Ainda, o parágrafo 9º do estatuto, resguarda a instituição da vontade pessoal tanto dos associados, quanto dos membros que compõe os cargos de gerência ou presidência durante períodos de mandato, fazendo com que todo resultado financeiro obtido pelo clube será destinado integralmente para desenvolvimento e manutenção dos objetivos sociais do clube<sup>207</sup>. Garantindo assim, que além ser estruturado em forma de associação, os então membros se preocuparam em evidenciar o caráter de associação sem fins lucrativos.

O estatuto do clube paulista ao determinar punições e sanções por má conduta praticada pelos associados, sejam membros regulares ou aqueles que exerçam por período

---

204 DINIZ, Maria H. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. v.1. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598698. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598698/>. Acesso em: 22 set. 2022. Pág. 96.

205 SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE. Estatuto social, parágrafo §1º do capítulo I, Disponível em: [Estatuto e Regimento - SPFC \(saopaulofc.net\)](#). Acesso em: 22 set. 2022.

206 SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE. Estatuto social, parágrafo §2º do capítulo I, Disponível em: [Estatuto e Regimento - SPFC \(saopaulofc.net\)](#). Acesso em: 22 set. 2022.

207 SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE. Estatuto social, par 9º. cap I, Disponível em: [Estatuto e Regimento - SPFC \(saopaulofc.net\)](#). Acesso em: 22 set. 2022

algum cargo de confiança ou chefia no clube, além de tentar garantir a manutenção do status de associação do clube, visa respaldar a associação de eventuais danos causados por seus associados, independentemente da posição hierárquica alcançada dentro do clube, visto que a maioria das hipóteses de punição são aplicadas após o direito de ampla defesa do "acusado" e se caso procedente, mediante votação da comissão disciplinar com a presença dos demais associados que as compõe.

Concomitantemente com os artigos 57, 58 e 59 do código civil dispõem tanto a forma de exclusão de um associado, respeitando seu direito de ampla defesa e previsão estatutária, o direito de o associado exercer suas funções, salvo em casos previstos também no estatuto ou dispositivo legal, e bem como a competência do privativa da assembleia geral.<sup>208</sup> (BRASIL, 2002).

Doutrinariamente ainda ocorre a divisão das associações entre os ramos de atuação as quais elas possam exercer, das ramificações existentes, a que melhor define os clubes de futebol é definida por (DINIZ, 2022, p.98). como:

As associações desportivas, que têm sua autonomia resguardada constitucionalmente quanto à sua organização e funcionamento (CF/88, art. 217, I). São entidades básicas que procuram organizar, ensinar e fomentar a prática dos desportos. P. ex., aeroclube (Dec.-lei n. 205/67), para ensino e prática da aviação esportiva; clube de caça e de tiro ao voo, objetivando alcançar o espírito associativista para a prática desse esporte, desde que se obtenha licença especial para seus associados transitarem com arma de caça e de esporte, para uso, em suas sedes, durante o período permitido e dentro do perímetro determinado (Lei n. 5.197/67, arts. 6º, 11 e 12).<sup>209</sup>

Tanto doutrinariamente quanto por definição do texto legal, os clubes brasileiros se enquadram como em formato associações pelo seu papel exercido socialmente, o qual originariamente é a prática esportiva, sua expansão no meio de inserção do clube e uma forma de acesso tanto para os torcedores, e para os que vivem perto do local onde se localizam, sendo ainda um instrumento social.

### **3.1 Breve panorama financeiro**

Até o ano de 2020, o último ano antes da então criação e efetivação da lei 14.193/2021, popularmente lei da SAF, dos 20 clubes da primeira divisão do campeonato brasileiro, apenas 3 fecharam a temporada com superávit financeiro, ou seja, quando as

---

<sup>208</sup> BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [L10406compilada \(planalto.gov.br\)](http://L10406compilada(planalto.gov.br)). Acesso em: 25 set. 2022.

<sup>209</sup> DINIZ, Maria H. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. v.1. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598698. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598698/>. Acesso em: 25 set. 2022. Pág.98.

somas das receitas são maiores que as despesas, aumentando ainda mais as dívidas acumuladas historicamente.<sup>210</sup>

Desde os tempos de criação, com o passar dos anos, a popularização do esporte pelo mundo e pelo país, a geração de ouro da seleção brasileira, o qual fez muitos se apaixonarem pelo futebol, e o crescente apelo popular para consumir produtos, jogos, ou qualquer outra forma de se conectar com o clube, fizeram com que os clubes até então amadores, se profissionalizassem e buscassem se organizar de maneira mais profissional como empresas, elegendo para cargos pessoas com conhecimento de gestão, contatos ou maior condição financeira, a fim de beneficiar o clube.

Mesmo com a surpreendente pandemia de COVID-19, que além de gerar perdas inestimáveis de vidas, também prejudicou empresas e os clubes de futebol, que tem como uma parte de suas receitas, a venda de ingressos para jogos, programas de socio torcedor, valor da cota de venda de Pay-Per-View as assinaturas, as quais foram prejudicadas pela paralisação mundial causada pela pandemia. Tal celeuma, agravou um velho problema, a falta de gestão e responsabilidade financeira dos dirigentes de clubes brasileiros.<sup>211</sup>

As receitas de um clube de futebol podem ser divididas em dois grupos para um melhor entendimento, as receitas que possuem uma base fixa, dentre elas: o valor pago pela fornecedora de material esportivo como patrocínio, a venda do direito de transmissão dos jogos e conteúdos que contenham o clube, o valor de contratos de patrocínio firmados em ano anterior e com quantia fixa anual. <sup>212</sup>

E as variáveis, provenientes de: bilheteria dos jogos, venda dos direitos dos atletas, programa socio torcedor, venda de produtos licenciados, patrocínios eventuais, receitas provenientes da parte associativa e social, premiações das competições tanto por conquista de título ou por meta estipulada. <sup>213</sup>

---

<sup>210</sup> MATTOS, Rodrigo. Contas de clubes têm dívidas de R\$ 10 bi e abismo para Flamengo e Palmeiras. **UOL**. 06 de maio de 2021. Disponível em: [Contas mostram dívidas de R\\$ 10 bi e abismo para Flamengo e Palmeiras \(uol.com.br\)](#). Acesso em: 25 set. 2022.

<sup>211</sup> FILHO, Adalberto. Em ano de pandemia, faturamento dos clubes da elite cai 9% em média. **CNN**. 04 de maio de 2021. Disponível em: [Em ano de pandemia, faturamento dos clubes da elite cai 9% em média | CNN Brasil](#). Acesso em: 25 set. 2022.

<sup>212</sup> AFP. Os clubes de futebol e suas diversas fontes de dinheiro. **UOL**. 30 de agosto de 2017. Disponível em: [Os clubes de futebol e suas diversas fontes de dinheiro - 30/08/2017 - UOL Esporte](#). Acesso em: 25 set. 2022.

<sup>213</sup> Idem.

Embora pareçam muitas receitas, também possuem despesas, e como em uma empresa, ou simplesmente na gestão do lar, o equilíbrio entre elas é vital para uma boa saúde financeira, entretanto, por ser tratar de um clube de futebol, que mexe com a paixão de milhões, os dirigentes visando somente deixar sua marca na história ou até mesmo por posteriores interesses próprios, e obter glórias esportivas, se preocupam somente em usar o orçamento anual disponível para reforçar ou complementar o plantel da equipe, deixando a gestão em segundo plano, como o pagamento de dívidas, sejam de curto ou longo prazo para garantir saúde financeira e um futuro estável tanto para a próxima gestão quanto para o clube

**FIGURA 1 - TABELA ILUSTRATIVA DAS DÍVIDAS DE 2020 E 2021 DOS CLUBES DA SÉRIE A**

		<b>DÍVIDA DOS MAIORES CLUBES BRASILEIROS EM 2021</b>		
		em R\$ milhões		
posição	time	2020	2021	variação em 1 ano (%)
1	 Atlético-MG*	1.209,0	1.260,0	4 ↑
2	 Cruzeiro	962,6	1.020,4	6 ↑
3	 Corinthians	949,2	912,0	-4 ↓
4	 Internacional	882,9	864,2	-2 ↓
5	 Botafogo	941,1	862,9	-8 ↓
6	 Vasco	828,3	709,8	-14 ↓
7	 Fluminense	649,1	664,2	2 ↑
8	 São Paulo	575,0	642,5	12 ↑
9	 Santos	568,5	509,1	-10 ↓
10	 Palmeiras	565,2	434,1	-23 ↓
11	 Flamengo	748,9	428,2	-43 ↓
12	 Grêmio	396,2	401,8	1 ↑
13	 Red Bull Bragantino	144,0	274,9	91 ↑
14	 Sport	178,8	230,5	29 ↑
15	 Bahia	267,9	225,3	-16 ↓
16	 Athletico-PR	200,3	191,4	-4 ↓
17	 América-MG	86,4	91,7	6 ↑
18	 Fortaleza	38,0	36,2	-5 ↓
19	 Ceará	26,5	31,8	20 ↑
20	 Atlético-GO	33,3	8,8	-74 ↓

\*Atlético-MG: o valor foi projetado pela Sports Value de acordo com o balancete de 6 meses de 2021 e premiações do 2º semestre. O Atlético não publicou o balanço até 30 de abril - como os demais clubes  
fonte: balanços das empresas levantados pela Sports Value

**PODER 360**

Fonte: Poder 360 (2022)

Conforme o montante de dívidas acumuladas aos longos dos anos pelos clubes, responsabilidade financeira nunca foi um forte dos dirigentes dos grandes clubes, que acarretaram além de milionárias dívidas, processos trabalhistas, rescisões de contratos com

atletas e rebaixamentos, que além de impactarem a história esportivamente, também causa severos danos no aspecto financeiro, afinal, nenhuma empresa quer sua marca atrelada a um exemplo de má gestão e menor exposição na grande mídia e quantidade de torcedores.

O efeito bola de neve causado por dirigentes ruins pode ser fatal para as finanças, quase todas as receitas já citadas anteriormente são dependentes do desempenho esportivo do clube, pois como um ciclo, quanto mais vitórias, mais torcedores empolgados em consumir “conteúdos” do clube, conseqüentemente mais vendas de ingressos e produtos, e mais poder de barganha de novos contratos de patrocínio.

O Flamengo e Palmeiras e passaram décadas de suas vidas penando financeiramente, nos últimos 5 anos assumiram o protagonismo do futebol brasileiro por conta da completa reforma administrativa implementada por ambas as diretorias, se estruturando internamente de maneira similar a uma empresa e colocando seus associados influentes ou com experiências anteriores em cargos fundamentais e estratégicos para cada departamento, o que resultou em um enorme ganho produtivo extra campo, atrelando conhecimento e contatos pessoais ao nome do clube, abrindo novas portas de patrocínios e gerando novas garantias para o mercado. 214

Um destaque negativo se dá pelo atual campeão brasileiro e da supercopa do Brasil, que mesmo com o dinheiro das premiações dos títulos conquistados, ainda assim aumentou sua dívida acumulada, levando o clube mineiro a chegar na cifra bilionária, se tornando forte candidato a se tornar mais uma equipe adepta do modelo de sociedade anônima para evitar punições esportivas por conta da dívida, calote ou até mesmo uma eventual falência esportiva, em razão do funcionamento do clube de tornar inviável, o que seria uma tragédia para seus torcedores.

Os clubes de futebol profissional brasileiro, são regulados pela Confederação Brasileira de Futebol (CBF), a Confederação Sul-Americana de Futebol (Conmebol) em nível continental e todos os estes pela Federação Internacional de Futebol (Fifa), instituições estas, que possuem estatutos e normas próprias, regulando seus campeonatos e os times as quais participem, e ainda, determinam sanções e punições para aqueles que descumpram o previsto no estatuto, buscando lisura e boa-fé entre os clubes, independente de rivalidade e protegendo também os atletas.

---

214 RUOCO, André. Estudo comprova sucesso nas gestões de Palmeiras e Flamengo no futebol. **R7**. Minas Gerais, 20 de junho de 2017. Disponível em: [Estudo comprova sucesso nas gestões de Palmeiras e Flamengo no futebol - Esportes - R7 Futebol](#). Acesso em: 26 de set. 2022.

As entidades citadas, em seus estatutos, determinam punições para os clubes que não tenham um bom histórico de pagador, seja com outro clube ou com atletas, gerando punições para a pessoa física quanto para pessoa jurídica, com o intuito de gerar um campeonato justo para todos, lisura esportiva, e um ambiente de boa-fé tanto entre os clubes quanto nas relações entre funcionários e clubes de futebol.

### **3.2 Punições da CBF e FIFA aos clubes devedores**

A CBF em seu estatuto, na seção III, artigos 119 ao 121, criou, definiu competência e estrutura da Câmara Nacional de Resolução de Disputas (CNRD), com objeto de gerar uma maior celeridade na resolução dos conflitos entre atletas e clubes e os demais entes do futebol brasileiro.<sup>215</sup> (CBF,2017)

O artigo 141 que trata sobre a ordem desportiva da entidade, discriminando as hipóteses de atuação de ofício da entidade ou quando solicitada por parte legitimada, solicitando o cumprimento das regras estabelecidas pela entidade. O parágrafo 1º do referido artigo, traz o rol daqueles que podem sofrer as sanções administrativas e respondem a todo o conteúdo previsto no estatuto. Contendo XV incisos, cada uma com uma punição mais severa que a outra, podendo chegar do rebaixamento para divisão anterior até a proibição definitiva do exercício de atividades relacionadas ao futebol.

Logo no artigo 3º do regulamento de 2022, composto por XIII incisos, é possível vislumbrar as hipóteses de competência para a atuação da CNRD, em destaque, para o inciso primeiro:

“I – entre clubes e atletas, envolvendo o vínculo desportivo do atleta, a manutenção da estabilidade contratual ou a solicitação de transferência nacional, em especial nos casos em que houver requerimento de uma das partes ou de terceiros interessados relativo ao registro do atleta, à aplicação de sanções esportivas ou ao pagamento de valores decorrentes de rescisão de contrato;”<sup>216</sup>

Os atletas e funcionários dos clubes que forem irresponsáveis e inadimplentes frente as suas obrigações trabalhistas, poderão se valer da CNRD, fazendo com que em casos comprovados de violação, sofram ainda sanções no âmbito esportivo, sem prejuízo de posterior ação na justiça do trabalho, uma vez que a competência da CNRD não afasta a possibilidade e ação na justiça comum.

---

<sup>215</sup> CBF. Estatuto 2017 Confederação Brasileira de Futebol. Disponível em: [20190409135630\\_807.pdf \(cbf.com.br\)](#). Acesso em 28 de set. 2022.

<sup>216</sup> CNRD. Regulamento 2022 da CNRD, disponível em: [20220923095301\\_64.pdf \(cbf.com.br\)](#). Acesso em 28 de set. 2022.

O parágrafo 3º do artigo 40 do regulamento de 2022, da CNRD, prevê as formas de punições cabíveis a pessoa jurídica perdedora da ação processual, cabendo conforme o inciso “II – proibição de registrar novos atletas, por período determinado não inferior a seis meses nem superior a dois anos;”<sup>217</sup> e em casos mais graves, a “VI – desfiliação ou desvinculação, respeitada a legislação nacional.”<sup>218</sup>

Em caso de descumprimento da primeira sentença condenatória por parte do CNRD, o clube poderá ter sua condenação majorada e cumulada com outra sanção, e em caso de reiterado descumprimento, poderá em caso extremo sofrer as punições do artigo 42, paragrafo 2º do mesmo regulamento, como as piores punições: “II – proibição de atuar em qualquer atividade relacionada ao futebol, de acordo com os regulamentos da CBF e da FIFA, e respeitada a legislação nacional”<sup>219</sup>; e “IV – proibição do exercício da atividade de intermediário no âmbito da CBF”<sup>220</sup>

Já a FIFA possui forma atuação e sanções semelhantes aos aplicados pela CBF em território nacional, como: perda de pontos, que pode ser cumulativa, proibição do registro de atletas e até rebaixamento para divisão inferior da atua. São majoritariamente por clubes estrangeiros para cobrar eventual crédito de clube brasileiro, como em caso da compra de um atleta que jogue fora do país por um clube brasileiro, o vendedor, terá a FIFA, como um meio de se socorrer em caso de inadimplemento, uma vez que a entidade é o órgão máximo do futebol.

Os clubes até então estruturados como associações, em caso extremo de endividamento, poderá ter seu patrimônio comum penhorado para quitação dos débitos, e em algumas circunstâncias, caso valor seja insuficiente tamanho estrangulamento das contas, bloqueio judicial e a fama de mal pagador, poderá culminar em sucessivos rebaixamentos até a “última” divisão de futebol profissional, jogando o clube em um ostracismo sem fim.

### 3.3 Caso Cruzeiro

O Cruzeiro, clube rival do Atlético-MG, é o exemplo atual mais recente que possuímos de como dirigentes pensando somente em si podem ser destrutivos e fatais para o clube, onde esportivamente até 2019, com conquistas seguidas da copa do brasil,

---

<sup>217</sup> CNRD. Regulamento 2022 da CNRD, (Art40. Par 3º, Inc II). Disponível em: [20220923095301\\_64.pdf \(cbf.com.br\)](#). Acesso em 28 de set. 2022.

<sup>218</sup> Idem. Art.40. Par 3º, Inc VI.

<sup>219</sup> Idem. .Art42. Par 2º, Inc II.

<sup>220</sup> Idem. Art.42. Par 2º, Inc IV.

o qual paga a maior premiação financeira a o seu vencedor, para rebaixado em 2019 com uma folha de pagamento inchada e a dívida até então quase dobrada. O repórter Gabriel Duarte em matéria sobre o clube mineiro para o site do globo esporte destaca que:

A dívida cruzeirense supera os R\$ 803 milhões com a seguinte conta: R\$ 682.034.508 milhões (passivo circulante, que são dívidas que o Cruzeiro precisa pagar no prazo de um ano) mais R\$ 207.269.643 (passivo não circulante, que são dívidas que podem ser pagas em um prazo maior que um ano) menos R\$ 72.560.830 (receita a apropriar circulante), R\$ 12.608.455 (receitas futuras) e R\$ 648.658 (caixa e equivalentes). Assim, o valor da dívida chega aos R\$ 803.486.208.<sup>221</sup>

Após o descenso, a equipe mineira, passou por mudanças internas, uma sequência de associados que possuíam cargos internos solicitara desligamentos, e após pressões internas, externas, devido aos protestos de torcedores, torcida organizada e o cancelamento massivo de adeptos ao programa de socio torcedor, fizeram com que o até então presidente bem como, o responsável pelo departamento de futebol, as duas "pessoas fortes" fossem afastadas, e uma eleição emergencial para eleger presidente foi convocada e realizada.

Dentre esse enorme montante de dívidas, o Cruzeiro, possui dívidas trabalhistas e com outros clubes, referente ao pagamento de parcela de venda ou compra de jogadores, com isto, passível de sofrer acionamento por parte do credor na CBF ou diretamente na FIFA e responder ao processo nos órgãos das entidades, caso condenado, punido com as sanções dos artigos supracitados tanto do estatuto da CBF ou FIFA, quanto do regulamento da CNRD.<sup>222</sup>

Sem conseguir o almejado acesso para a serie A do campeonato brasileiro em 2020, o clube viu mais uma vez sua dívida crescer, e a situação agravada com a perda de 6 pontos no campeonato, como punição imposta pela FIFA após o não pagamento do valor do empréstimo de um jogador do clube Al Wahda, que acionou a FIFA solicitando o pagamento do débito, dando início a uma serie de sequenciais punições semelhantes as quais sofreriam o Cruzeiro, por dívidas com outros clubes e até ex-atletas<sup>223</sup>. Outra

<sup>221</sup> DUARTE, Gabriel. Cruzeiro divulga balanço de 2019 com déficit de R\$ 394 milhões; dívida total é de R\$ 803 milhões. **Globo esporte**. Minas Gerais, 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://ge.globo.com/futebol/times/cruzeiro/noticia/cruzeiro-divulga-balanco-de-2019-com-deficit-de-r-394-milhoes-em-um-ano-divida-total-e-de-r-804-milhoes.ghtml>. Acesso em: 29 set. 2022.

<sup>222</sup> COCCETRONE, Gabriel. Nova punição em "caso Denílson" pode levar Cruzeiro para Série C. Entenda. **UOL**. 30 de jun de 2021. Disponível em: [Nova punição em "caso Denílson" pode levar Cruzeiro para Série C. Entenda - 13/07/2021 - UOL Esporte](#). Acesso em: 15 out. 2022.

<sup>223</sup> COCCETRONE, Gabriel. Nova punição em "caso Denílson" pode levar Cruzeiro para Série C. Entenda. **UOL**. 30 de jun de 2021. Disponível em: [Nova punição em "caso Denílson" pode levar Cruzeiro para Série C. Entenda - 13/07/2021 - UOL Esporte](#). Acesso em: 15 out. 2022.



punição sofrida no mesmo ano foi a proibição temporária do registro de novos jogadores contratados, desta vez, por condenação de não pagamento de uma das parcelas acordadas do jogador Arrascaeta em 2015.<sup>224</sup>

No meio da maior crise de sua história, e sem nunca na história ter enfrentado um rebaixamento, viu sua esperança de dias melhores ressurgir nos meados de 2021, com o processo de estudo de crise realizado pela nova gestão, com a contratação de empresas para realizar auditorias financeiras, traçar planos e metas para saneamento das dívidas a curto prazo e assim resolver as pendências mais urgentes buscando evitar novas punições esportivas como ocorrerá por débitos.

A esperança definitiva para o ressurgimento se fez com a então aprovação da lei 14.193/2021, e os rumores de que um grupo financeiro estrangeiro, liderado pelo ex-jogador Ronaldo Nazário, possuíam interesse em adquirir eventual sociedade anônima cruzeirense, o rumor se confirmou após a XP investimentos, renomada instituição financeira ser contratada pelo clube para assessoramento e início do processo de transformação em SAF e venda para o interessado. No final de 2021, através da Tara Sports, o ex-jogador de fato adquiriu 90% dos direitos da então Sociedade Anônima de Futebol do Cruzeiro, ou Cruzeiro Esporte Clube SAF, meses após o estudo contratado, assinatura da intenção de compra, todo o planejamento, apresentação do novo modelo a ser implementado para os associados e membros.<sup>225</sup>

Por ainda se tratar de uma associação e possuir estatuto vigente, todo o processo, bem como a aprovação da criação da sociedade anônima do clube se fez por votação em assembleia com conselheiros (associados que ocupam cargos nos conselhos internos do clube), e associados "comuns", aprovando a alteração estatutária autorizando a possibilidade de venda de ações do clube.

### 3.4 Benefícios tributários dos clubes enquanto associações

Por se tratar de associações sem fins lucrativos, não obstante, em razão do elevado valor social, cultural e financeiro, exercido pelos clubes de futebol tanto em âmbito municipal, estadual e federal, o legislador sempre tratou com um carinho especial temas envolvendo as equipes, sejam através de uma ajuda com a burocracia para construção do

---

224 PRESS, Gazeta. Cruzeiro não paga dívida por Arrascaeta e recebe nova punição da Fifa. **ESPN**. 30 de jun de 2021. Disponível em: [Cruzeiro não paga dívida por Arrascaeta e recebe nova punição da Fifa \(espn.com.br\)](https://www.espn.com.br). Acesso em: 15 out. 2022.

225 DUARTE, Gabriel. Ronaldo Fenômeno anuncia compra do Cruzeiro por R\$ 400 milhões. **Globo esporte**. Minas Gerais, 18 de dezembro de 2021. Disponível em: [Ronaldo Fenômeno anuncia compra do Cruzeiro por R\\$ 400 milhões | cruzeiro | ge \(globo.com\)](https://globo.com). Acesso em: 15 out. 2022.

estádio de futebol, centro de treinamento, até questões mais abrangentes que beneficiariam toda a coletividade futebolística.

O legislador, na constituição federal de 1988, resguardou e evidenciou no artigo 217 caput, a intenção de trazer para o Estado, o papel de fomentador dos desportos em âmbito nacional, sejam realizados de maneira profissional ou não, (BRASIL,1988)226, garantindo também no primeiro parágrafo, a autonomia tanto organizacional quanto forma de funcionamento, para os dirigentes e suas respectivas associações. (BRASIL,1988)227.

A lei 9.615/98, popularmente conhecida como lei Pelé, responsável por reger e traçar diretrizes para o pratica desportiva profissional em âmbito nacional, no artigo 27 deixou na mão dos interessados, o poder de escolher qual forma seria mais interessante para constituição do clube. (BRASIL,1998). 228

O artigo 15º da lei 9.532/97, caput e parágrafo 1º também versa sobre isenções tributárias sobre para: “associações civis que prestem os serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a que se destinam, sem fins lucrativos.”, tais isenções sem aplicam “ao imposto de renda da pessoa jurídica e à contribuição social sobre o lucro líquido [...]”. (BRASIL,1997) 229

A constituição federal de 1988, no artigo 150, VI, alínea C, dispôs sobre a vedação da união, estados e municípios instituírem impostos sobre “c) patrimônio, renda ou [...] das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;” (BRASIL,1988)230, consagrando assim, os clubes que se instituíram sobre a forma de associações sem fins lucrativos.

Não obstante, por possuírem quadro de funcionários, muito além dos atletas, que são remunerados por suas funções e cargos, deverão observar as legislações trabalhistas e seus devidos encargos, como as contribuições para seguridade social, porém, foram contemplados pela MP 2.158-35/2001, que fixou no artigo 13 caput e inciso IV, a alíquota

---

226 BRASIL. Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022] Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 16 out. 2022.

227 BRASIL. Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022] Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 16 out. 2022.

228 BRASIL. Lei nº 9615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em: [L9615 - Consolidada \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 16 out. 2022.

229 BRASIL. Lei nº 9532, de 10 de dezembro de 1997. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Disponível em: [L9532 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 16 out. 2022

230 BRASIL. Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022] Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 17 out. 2022.

de 1% para PIS/PASEP para as associações, e no artigo 14, a isenção sobre o COFINS.<sup>231</sup> (BRASIL,2001).

#### 4 AS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Independentemente de sua classificação, todas as sociedades para o direito empresarial possuem requisitos em comum para sua formação, assim, como os negócios jurídicos, descritos no artigo 104 do código civil de 2002, "agente capaz; objeto lícito, possível, determinável ou determinado; e forma prescrita ou não defesa em lei". <sup>232</sup>

Em conjunto, para Negrão, é indispensável para caracterização de uma sociedade, a presença de: "*Affectio Societatis*; Constituição de capital social; A pluralidade de sócios e ainda a participação em conjunto as perdas e lucros"<sup>233</sup>. Complementa e explica "[...] *affectio societatis* ou *animus contrahendi societatis* a disposição de o contraente participar de sociedade, contribuindo ativamente à consecução de objeto comum, com vistas à partilha de lucros.". <sup>234</sup> (NEGRÃO,2021, p16 e 17)

Instituto do direito empresarial, as sociedades anônimas, são uma das espécies de sociedade empresária, descritas no artigo 983 do código civil, com apenas dois artigos no referido código, sendo estes o artigo 1.088 e 1.089, as SA's são regidas por lei específica, a lei 6.404/1976, que continua em vigor até hoje, com pouquíssimas alterações apesar da data de criação. O artigo 80 da Lei 6.404/76 dispõe requisitos básicos para constituição de uma sociedade anônima:

Art. 80. A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares: I - subscrição, pelo menos por 2 (duas) pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto; II - realização, como entrada, de 10% (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro; III - depósito, no Banco do Brasil S/A., ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, da parte do capital realizado em dinheiro. Parágrafo único. O disposto no número II

---

<sup>231</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 215835, de 24 de agosto de 2001. Altera a legislação das Contribuições para a Seguridade Social - COFINS, [...]. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 17 out. 2022

<sup>232</sup> BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [L10406compilada \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br) Acesso em: 17 out. 2022.

<sup>233</sup> NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito empresarial. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786553620247. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620247/>. Acesso em: 18 out. 2022. Pág.16 e 17.

<sup>234</sup> Idem.

não se aplica às companhias para as quais a lei exige realização inicial de parte maior do capital social.<sup>235</sup>

Outro importante aspecto constitutivo, é de que as sociedades anônimas são institucionais ou estatutárias, ou seja, realizadas mediante um estatuto que deverá seguir durante sua formação o ordenamento do código civil, a lei 6.404/1976 e presente os requisitos supracitados para sua caracterização como sociedade, ser levado ao registro legal no órgão competente. O estatuto deverá ser redigido na maneira escrita, uma vez que o registro na junta competente é requisito necessário para constituição de fato dela, conforme o Art. 1.150 do código civil.<sup>236</sup> (BRASIL,2002)

No que tange sobre a responsabilidade dos sócios que compõem a sociedade, a sociedade anônima é uma de responsabilidade limitada, pois em casos de execução de credores das obrigações da sociedade, o patrimônio pessoal dos sócios se difere do comum, composto pelo capital social. Para André Santa Cruz Ramos:

Assim, da mesma forma que todos os sócios devem contribuir para a formação do capital social, é também requisito especial de validade do contrato a garantia de que todos os sócios participem dos resultados sociais, cabendo aos sócios disciplinar a matéria no ato constitutivo (art. 997, inciso VII, do Código Civil).<sup>237</sup> (RAMOS,2020, p.612)

Por ser tratar de uma das espécies de sociedades de capitais, as sociedades anônimas são consideradas sociedades de ações, aquelas em que tem seu capital social diluído em ações, aos quais seus adquirentes se chamam acionistas, e responderam proporcionalmente ao limite quantitativo adquirido que foi integralizado.

Sobre as sociedades de capitais, André Santa Cruz expõe: “em que o importante é tão somente o capital investido pelo sócio, a entrada de pessoas estranhas ao quadro social independe do consentimento dos demais sócios.”<sup>238</sup> (RAMOS, 2020, p 539).

Embora tanto as associações quanto as sociedades sejam reguladas por um estatuto, nas associações, tal instrumento é idealizado pelos seus associados e membros mediante reunião geral, e embora devam observar preceitos legais, são idealizados de uma

---

235 BRASIL. LEI nº 6404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: [L6404consol \(planalto.gov.br\)](http://l6404consol.planalto.gov.br). Acesso em: 18 out. 2022

236 BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [L10406compilada \(planalto.gov.br\)](http://L10406compilada.planalto.gov.br) Acesso em: 18 out. 2022.

237 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial: volume único / André Luiz Santa Cruz Ramos. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. Pág. 612.

238 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial: volume único / André Luiz Santa Cruz Ramos. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. Pág.539.

maneira mais próxima e real daqueles que futuramente terão que obedecer às “regras”, condições e determinações ali descritas, sendo o estatuto, uma espécie produto do resultado do consenso associativo.

Enquanto as sociedades anônimas, por se tratar de um instituto caracteristicamente comercial, detém dentro do estatuto, cláusulas que podem gerar lucros para os acionistas, ou seja, mesmo ambos, possuindo estatutos, os conteúdos possuem especificidades exclusivas dando evidência para a forma comercial das sociedades frente ao “esportivo” das associações.

Outro ponto entre ambos é sobre as formas de captação de renda, enquanto na associação as arrecadações irão variar conforme a atividade desempenhada por ela e seu desempenho, como por exemplo dos times de futebol, os ganhos financeiros dependem do desempenho esportivo, se tornando um ciclo vicioso, já que em tese, com mais dinheiro, maior o poder de investimento estrutural e humano, gerando no fim, retorno do investimento.

Já as SA's, além de possuírem as ações constituídas pelo capital social, também podem se valer de alguns dos valores mobiliários como as debentures, o doutrinador Ricardo Negrão, em sua obra nos elenca e explica sobre alguns dos valores mobiliários, sendo esses: “As debêntures – também chamadas simplesmente de obrigações – são instrumentos de captação de recursos às sociedades por ações que concedem direito de crédito ao seu possuidor.”<sup>239</sup> (NEGRÃO, 2021, p.46)

Partes beneficiárias são títulos de crédito, literais, autônomos, onerosos ou gratuitos, sempre nominativos, estranhos ao capital social que conferem direito de crédito eventual contra a companhia, consistente na participação, de até 10% dos lucros anuais. Somente podem ser emitidos por companhias fechadas. [...] Os bônus de subscrição são títulos nominativos emitidos pelas companhias de capital autorizado, no limite do aumento consentido pelo estatuto, conferindo o direito de subscrever ações do capital social, mediante sua apresentação e o pagamento do preço de emissão. A lei concede preferência ao acionista em sua aquisição [...] podem ser onerosos ou gratuitos, outorgados como vantagem adicional aos subscritores de emissões de ações ou de debêntures.<sup>240</sup> (NEGRÃO, 2021, p.47)

---

<sup>239</sup> NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito empresarial. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786553620247. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620247/>. Acesso em: 18 out. 2022. Pág.46.

<sup>240</sup> NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito empresarial. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786553620247. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620247/>. Acesso em: 18 out. 2022. Pág.47

Já sobre os *commercial papers* ou papeis comerciais, expõe:

Também chamados notas promissórias de emissão pública são, como denota o nome, promessas de pagamento vencíveis no prazo de trinta a trezentos e sessenta dias, emitidas com exclusividade pelas sociedades por ações. O prazo máximo é reduzido para cento e oitenta dias quando a emitente for companhia fechada.<sup>241</sup> (NEGRÃO, 2021, p.47)

Seguindo o ensinamento de Santa Cruz, um dos objetivos dos sócios, é obter lucros para si, mediante a existência da sociedade e atividade por ela exercida, mesmo com a existência da função social da empresa, o lucro sempre será almejado. <sup>242</sup> (RAMOS, 2020).

O artigo 4º e parágrafo 1º, da lei das sociedades por ações (LSA) explica a diferença entre as sociedades de capital aberto e fechado, tal diferenciação se faz pela permissão de negociar seus valores mobiliários emitidos, no mercado de valor mobiliário, a referida permissão é concedida pela CVM.<sup>243</sup> (BRASIL, 1976)

O legislador nos apresenta a Comissão de valores mobiliários (CVM), como local onde devem ser registradas os valores mobiliários as quais as companhias detêm interesse em negociar, para melhor compreensão, André Santa Cruz define em sua obra, a CVM como “um ente estatal específico com a finalidade de assumir o controle e a fiscalização das operações do mercado de capitais no Brasil”<sup>244</sup> (RAMOS, 2020, p.642)

As ações de uma sociedade podem ser divididas de maneira principal, pela forma de transferência ou em decorrência dos direitos e obrigações vinculadas a ela, podemos vislumbrar uma dessas formas de divisões no artigo 15º da LSA “As ações, conforme a natureza dos direitos ou vantagens que confirmam a seus titulares, são ordinárias, preferenciais, ou de fruição.”<sup>245</sup> (BRASIL, 1976), sobre a forma de transferência, podem ser nominativas ou escriturais, se diferenciam pela necessidade registro em livro específico, por cada transferência realizada, enquanto as nominativas não possuem essa necessidade.

---

<sup>241</sup> idem. Pág.47

<sup>242</sup> RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial: volume único / André Luiz Santa Cruz Ramos. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

<sup>243</sup> BRASIL. LEI nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: [L6404consol \(planalto.gov.br\)](http://L6404consol.planalto.gov.br). Acesso em: 18 out. 2022

<sup>244</sup> RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial: volume único / André Luiz Santa Cruz Ramos. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. Pág. 642.

<sup>245</sup> BRASIL. LEI nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: [L6404consol \(planalto.gov.br\)](http://L6404consol.planalto.gov.br). Acesso em: 18 out. 2022

Ainda sobre as divisões das ações, para o aspecto comercial, André Santa Cruz e Ricardo Negrão convergem no pensamento “[...] a divisão de suas ações em classes, nomeadas pelas letras do alfabeto, cada qual conferindo certos direitos e deveres aos seus titulares”<sup>246</sup> (RAMOS,2020, p.669), e Negrão:

Dentro dessa classificação, as bolsas de valores utilizam uma codificação para identificar os títulos negociados. São encontradas no mercado com as siglas ES (escriturais), ON (ordinárias nominativas) e PN (preferenciais nominativas). Estas últimas podem ser divididas por classes (A, B, C, D etc.), gerando códigos como PNA, PNB etc.<sup>247</sup> (NEGRÃO, 2021, p.43)

## **5 A SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL (SAF)**

### **5.1 Origens legislativas**

O presente estudo, visa abordar a Lei 14.193/21, que culminou na criação de um novo tipo societário específico, entretanto, faz-se necessário explicar que a origem do conceito da sociedade anônima do futebol que apareceu no projeto de Lei 5.082/16 na câmara dos deputados, por Otavio Leite então deputado federal, que tem como sua ementa: “Cria a via societária, e estabelece procedimentos de governança e de natureza tributárias, para modernização do futebol, e dá outras providências.”<sup>248</sup>, o artigo primeiro, traz a luz a sociedade anônima do futebol, sendo: “Art. 1º. A Sociedade Anônima do Futebol - SAF terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas”<sup>249</sup>

A posteriori, devido à falta de tramitação do primeiro projeto lei, a SAF, reapareceu repaginada no projeto de lei 5.516/19, conhecida como “PL S.A.F”, de autoria do senador Rodrigo Pacheco, em 15 de outubro de 2019, tem como sua ementa e explicação própria:

Cria o Sistema do Futebol Brasileiro, mediante tipificação da Sociedade Anônima do Futebol, estabelecimento de normas de governança, controle e transparência,

---

<sup>246</sup> RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial: volume único / André Luiz Santa Cruz Ramos. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. Pág. 669.

<sup>247</sup> NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito empresarial. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786553620247. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620247/>. Acesso em: 18 out. 2022. Pág.43.

<sup>248</sup> BRASIL. Projeto lei 5.082/16. Cria a via societária, e estabelece procedimentos de governança [...]. Relatoria Otavio Leite. Disponível em: <[prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node0w6ylai0igwzs1gsw7frjrc9pi2545396.node0@camara.leg.br](http://prop_mostrarintegra;jsessionid=node0w6ylai0igwzs1gsw7frjrc9pi2545396.node0@camara.leg.br)>. Acesso em 19 out. 2022

<sup>249</sup> Idem.

instituição de meios de financiamento da atividade futebolística e previsão de um sistema tributário transitório. 250

O relator Rodrigo Pacheco, como uma das justificativas do projeto lei 5.516/19, explica que:

Para além de ser um dos mais importantes fenômenos culturais-sociais deste País, o futebol revelou-se atividade econômica de grande relevância nacional: os principais clubes geram bilhões de reais em faturamento, empregam milhares de pessoas (direta e indiretamente) e movimentam verdadeiras indústrias de bens de consumo e prestação de serviços. [...] Para transformar a realidade do futebol no Brasil, afigura-se necessário oferecer aos clubes uma via societária que legitime a criação desse novo sistema, formador de um também novo ambiente, no qual as organizações que atuem na atividade futebolística, de um lado, inspirem maior confiança, credibilidade e segurança, a fim de melhorar sua posição no mercado e seu relacionamento com terceiros, e, de outro, preservem aspectos culturais e sociais peculiares ao futebol [...]. 251

O artigo primeiro do PL 5.516/19, tratou de especificar a ordem de regimento subsidiário a qual as sociedades anônimas do futebol seguiriam em caso de ausência de previsão na PL, sendo “[...] naquilo que esta Lei não dispuser, às da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, a companhia cuja atividade principal consista na prática do futebol em competições profissionais.”<sup>252</sup>. A parte final do artigo, o legislador deixou conceituado sua visão daquelas que seriam se aprovado o PL, as sociedades anônimas, a e nova forma estrutural disponível.

Assim como na PL 5.516/19, a Lei 14.193/21 de início no primeiro artigo, conceituou as sociedades anônimas, se aproveitando o conceito anterior e acrescentando o “feminino”, consagrando assim, direito aos clubes que possuem equipes profissionais de futebol feminino, a possibilidade de aderirem ao novo regime, “[...] a companhia cuja atividade principal consiste na prática do futebol, feminino e masculino, em competição profissional [...]”<sup>253</sup> (BRASIL, 2021)

---

250 BRASIL. Projeto lei 5.516/19. Cria o Sistema do Futebol Brasileiro, mediante tipificação da Sociedade Anônima do Futebol estabelecimento de normas de governança, controle e transparência, instituição de meios de financiamento da atividade futebolística e previsão de um sistema tributário transitório. Relatoria Rodrigo Pacheco. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8025061&ts=1634829035884&disposition=inline>>. Acesso em: 19 out. 2022.

251 Idem.

252 Idem.

253 BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: [L14193 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br/_arquivos/leis/14193.pdf). Acesso em: 19 out. 2022



Entretanto, a Lei 14.193/21, embora utilize grande parte do mesmo conceito do projeto de lei, estabeleceu a criação de uma ramificação exclusiva para a prática desportiva, dentro do instituto das sociedades anônimas, e conseqüentemente, um novo tipo societário.

Dentre as inovações previstas na PL5.516/19 que posteriormente foram lapidadas e implementadas pela Lei 14.193/21, cabem destaques para a criação das Debêntures-fut; a possibilidade de Recuperação Judicial e Extrajudicial do Clube ou Pessoa Jurídica Original e o regime de tributação específica do futebol (TEF).

## 5.2 Formação da SAF

Logo de início no 2º artigo legislador trouxe as três hipóteses de constituição da SAF:

I -pela transformação do clube ou pessoa jurídica original em Sociedade Anônima do Futebol; II - pela cisão do departamento de futebol do clube ou pessoa jurídica original e transferência do seu patrimônio relacionado à atividade futebol; III - pela iniciativa de pessoa natural ou jurídica ou de

fundo de investimento. 254

No ponto de vista desportivo, o inciso I do parágrafo segundo, sem dúvidas foi de suma importância, ao garantir a manutenção da participação nas competições em que se encontravam o clube enquanto associação, antes do processo de mudança "nas mesmas condições em que se encontravam no momento da sucessão, competindo às entidades de administração a devida substituição sem quaisquer prejuízos de ordem desportiva."<sup>255</sup> (BRASIL,2021)

Resguardando ainda os dirigentes interessados de adentrarem ao novo modelo de sociedade empresária, e evitar alguma espécie de prejuízo esportivo, e até mesmo financeiro, tendo em visto que eventual eliminação de competição ou imbróglio na justiça desportiva acarretaria mais despesas e desgaste desnecessário no decorrer de competições, e ainda, faria com que o interesse pela mudança fosse quase nulo.

Sobre a cisão, André Santa Cruz "a cisão pode ser definida, sucintamente, como transferência de patrimônio de uma sociedade para outra"<sup>256</sup> (RAMOS, 2020, p.764)

---

254 Idem.

255 Idem.

256 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial: volume único / André Luiz Santa Cruz Ramos. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. Pág.764.

maneira similar Ricardo Negrão nos explica “É o processo pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para este fim ou já existentes [...]”. 257. (NEGRÃO, 2021 p.53).

Em entrevista para o repórter Rodrigo Mattos, sobre o processo até então inovador, para muitos, pioneiro por qual estava passando o Cruzeiro, Paulo Assis, CEO do Cruzeiro, explicou como se fez parte do processo e transformação do clube: “A constituição do CNPJ era importante. Constituir uma SAF não era tão simples. Como é uma situação nova, poderia haver dúvida da junta comercial quanto à lei. A criação do CNPJ representa o surgimento da empresa apta para poder operar...”.258

O clube mineiro precisou realizar reunião com seus associados e discutir as mudanças estatutárias necessárias para transformação em SAF e implementação do novo regime, além de todo estudo realizado por uma empresa especializada no mercado financeiro para colaborar com a avaliação de valor do mercado do clube e uma eventual precificação no valor das ações que seriam emitidas, para possibilitar captação de recursos e uma possível, aquisição majoritária das ações fazendo com que o clube passasse a ter um “dono”.

Além do Cruzeiro, agora SAF, atualmente nas series A e B de 2022 do campeonato brasileiro, Cuiabá EC, o Botafogo FR, o América Mineiro e o CR Vasco da Gama, também passaram a utilizar o modelo de sociedade anônima do futebol ou invés do modelo associativo. 259

### 5.3 As debêntures FUT

Assim como uma das espécies de valor mobiliário de uma SA, resguardada pela Lei 6.404/76, as SAF, foram consagradas com um modelo exclusivo de debêntures para chamar de sua, com algumas peculiaridades, a nova espécie criada pela Lei 14.193/21, tem como objetivo o financiamento e fomento das atividades desenvolvidas pela SAF, em

---

257 NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito empresarial. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786553620247. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620247/>. Acesso em: 19 out. 2022. Pág. 53.

258 MATTOS, Rodrigo. Cruzeiro avisa CBF para transferir vaga na Série B à SAF e prepara venda. **UOL**. 08 de dez de 2021. Disponível em: [Cruzeiro avisa CBF para passar vaga na Série B à SAF e prepara venda \(uol.com.br\)](https://www.uol.com.br/cruzeiro/2021/12/08/cruzeiro-avisa-cbf-para-transferir-vaga-na-serie-b-a-saf-e-prepara-venda/). Acesso em: 19 out. 2022.

259 MOURA, Athos. Quantos clubes já se tornaram SAF no Brasil; veja a lista. Globo. Rio de Janeiro. 05 de maio de 2022. Disponível em: [Quantos clubes já se tornaram SAF no Brasil; veja a lista | Panorama Esportivo | O Globo](https://globo.com/brasil/quantos-clubes-ja-se-tornaram-saf-no-brasil-veja-a-lista-panorama-esportivo-1.7011111). Acesso em: 19 out. 2022.

especial o futebol e suas derivações<sup>260</sup>, (BRASIL,2021) como subentende-se do parágrafo primeiro do artigo 26 “[...] deverão ser alocados no desenvolvimento de atividades ou no pagamento de gastos, despesas ou dívidas relacionados às atividades típicas da Sociedade Anônima do Futebol previstas nesta Lei, bem como em seu estatuto social”.<sup>261</sup>. Sobre o artigo 26:

Art26 [...] I - remuneração por taxa de juros não inferior ao rendimento anualizado da caderneta de poupança, permitida a estipulação, cumulativa, de remuneração variável, vinculada ou referenciada às atividades ou ativos da Sociedade Anônima do Futebol; II - prazo igual ou superior a 2 (dois) anos; III - vedação à recompra da debênture-fut pela Sociedade Anônima do Futebol ou por parte a ela relacionada e à liquidação antecipada por meio de resgate ou pré-pagamento, salvo na forma a ser regulamentada pela Comissão de Valores Mobiliários; IV - pagamento periódico de rendimentos; V - registro das debênture-fut em sistema de registro devidamente autorizado pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários, nas suas respectivas áreas de competência. 262

Destaca-se a fixação mínima da taxa de juros não inferior ao rendimento da caderneta de poupança, como primeiro atrativo para os interessados em adquirirem, podendo ainda, ser cumulada com “variável, vinculada ou referenciada às atividades ou ativos da Sociedade Anônima do Futebol”<sup>263</sup>, ou seja, o uso de percentual de arrecadação com eventuais patrocínios ou ingresso das partidas.

Uma nova forma de renda, para agregar as formas tradicionais de arrecadação dos clubes de futebol, fazendo com que o eventual “investimento” pelo comprador, seja recompensado mediante valorização do clube no mercado, em razão de possível ganho esportivo pelo uso do dinheiro para comprar atletas, estruturar internamente as instalações, contratações de melhores profissionais para departamentos diretamente ligados aos desempenhos dos atletas e outros.

A vedação de recompra por parte da SAF que emitiu a debenture ou de qualquer membro que possua envolvimento, traz uma forma de tentativa de balizamento e garantia de isonomia para com os outros times da liga, pois, por mais rico que seja o grupo de investidores adquirentes da SAF, assim como, as sociedades anônimas “tradicionais”, a fiscalização e registro das novas espécies de debentures serão feitas pela CVM.

---

260 BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: [L14193 \(planalto.gov.br\)](https://planalto.gov.br). Acesso em: 19 out. 2022

261 Idem.

262 Idem.

263 Idem.

## 5.4 Da possibilidade de recuperação judicial ou extrajudicial

Outra implementação importante a partir do regime SAF é a possibilidade de o clube utilizar uma das hipóteses do regime de recuperação, a popular falência, diferentemente do modelo enquanto associações que não possuem essa “última opção” como salvação financeira. “Art. 25. O clube, ao optar pela alternativa do inciso II do caput do art. 13 desta Lei, e por exercer atividade econômica, é admitido como parte legítima para requerer a recuperação judicial ou extrajudicial, submetendo-se à Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005”<sup>264</sup> (BRASIL,2021).

A lei 11.101/05, no artigo 5º elenca o que não pode ser exigido do devedor em recuperação judicial, “concomitantemente, o artigo 6º em seu parágrafo quarto, ficou por dispor a duração do prazo de suspensão dessas cobranças, após devidamente aprovado o pedido de recuperação, “[...] prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal.”<sup>265</sup>

Para um clube que até certo momento se vê sem saída para quitação de seus débitos, sejam a curto ou longo prazo, e na iminência de sofrer sanções desportivas, além das judiciais, contará com um respiro a mais de 6 meses para angariar fundos e quitar pendências com credores, pode ser a diferença necessária pelo menos a curto prazo, para evitar um rebaixamento, e uma sangria financeira maior em um clube muito endividado.

Ademais, como em casos de recuperação é nomeado um administrador judicial, o clube que muitas das vezes está sem credibilidade com o mercado financeiro por se encontrar em situação complicada, a figura do interventor, por ser um terceiro estranho ao cotidiano do clube e dá até então diretoria, pode ser vista com bons olhos por credores.

## 5.5 Regime de tributação específica (TEF)

O regime de tributação específica (TEF), disposto no artigo 31, foi inicialmente vetado pelo presidente da república, entretanto, o congresso nacional votou pela derrubada do veto presidencial, fazendo com que o referido artigo voltasse a integrar a lei.

Além da criação de um novo regime, ficou determinado no parágrafo primeiro que o recolhimento de cinco impostos de e contribuições que incidiriam sobre o novo modelo

---

<sup>264</sup> BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: [L14193 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 20 out. 2022

<sup>265</sup> BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: [L14193 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 20 out. 2022

das sociedades anônimas, que passariam a ser realizadas por uma única guia, tal unificação pode ser vista como uma forma de agilizar e auxiliar os dirigentes nesse processo novo de mudança, simplificando e evitando eventuais erros humanos, o recolhimento mediante guia única será mensal 266 (BRASIL,2021), e conforme o parágrafo terceiro, o pagamento “[...] deverá ser feito até o vigésimo dia do mês subsequente àquele em que houver sido recebida a receita.”<sup>267</sup>, sobre o novo regime dispõe o artigo 31 da lei 14.192/21:

Art. 31. A Sociedade Anônima do Futebol regularmente constituída nos termos desta Lei fica sujeita ao Regime de Tributação Específica do Futebol (TEF). § 1º O regime referido no caput deste artigo implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições, a serem apurados seguindo o regime de caixa: I – Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ); II – Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Contribuição para o PIS/Pasep); III – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); IV – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins); e V – contribuições previstas nos incisos I, II e III do caput e no § 6º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.<sup>268</sup>

O legislador, como mais uma forma de gerar atrativos, para que os dirigente se interessem e adotem o novo regime além da inovação com as debentures-fut., fixou a alíquota de 5% a título de tributos e contribuições, sobre as receitas mensais recebidas pela SAF durante o período de cinco anos após sua constituição, a partir do sexto ano, a alíquota será reduzida para 4% sobre as mesmas receitas (BRASIL,2021), tratou também de dispor o que é considerado receitas mensais sendo “a totalidade das receitas recebidas pela Sociedade Anônima do Futebol, inclusive aquelas referentes a prêmios e programas de sócio-torcedor, excetuadas as relativas à cessão dos direitos desportivos dos atletas.”<sup>269</sup> (BRASIL,2021)

Sobre a TEF, em entrevista para Rodrigo Mattos, Fred Luz, socio diretor da Alvarez & Marsal, explica em uma simulação, sobre o funcionamento pratico, do novo regime tributário: “[...] o Athletico-PR, por exemplo, teria um aumento de até 50% de impostos no

---

266 BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: [L14193 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br/legis/l14193.htm). Acesso em: 20 out. 2022

267 Idem.

268 Idem.

269 BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: [L14193 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br/legis/l14193.htm). Acesso em: 20 out. 2022

modelo final, com taxaço de venda de jogadores. Seus impostos pagos saltariam de R\$ 17,2 milhões para R\$ 26,2 milhões” 270

A incidência da alíquota até sobre a cessão dos atletas, deverá ser levada em conta pelos dirigentes antes de optarem pela mudança, uma vez que a venda de atletas é uma das grandes fontes de renda das equipes, e diferentemente do modelo associativo, após mudança para SAF o clube teria menos lucro em eventuais transferências.

## 5.6 Outros destaques da lei

No artigo 2º da lei, os parágrafos 3 e 4, ficaram com o papel de proteger a instituição já existente de alguma mudança brusca sobre o aspecto histórico já construído, as cores e símbolos que muita das vezes já remetem a memória de populares tal equipe, uma vez que servem como forma de identidade para a equipe ,pois, qualquer alteração de características do clube, fica pendente da aprovação do “titular das ações ordinárias da classe A, independentemente do percentual da participação no capital votante ou social”271. Cabe destaque para o texto do inciso VII, do 2º parágrafo do mesmo artigo “a Sociedade Anônima do Futebol emitirá obrigatoriamente ações ordinárias da classe A para subscrição exclusivamente pelo clube ou pessoa jurídica original que a constituiu.” 272

De maneira similar, mas do aspecto financeiro, a fim de resguardar credores e até mesmo funcionários de possíveis calotes, em fase de recuperação judicial ou não, tendo em vista o hiper endividamento de grande parte dos clubes, o legislador nos incisos I e II do artigo 10 da lei, atribuiu responsabilidades aos para quitação de débitos e pendências já constituídos pelos clubes enquanto associações, devendo observar a reserva legal mínima estipulada, sendo:

Art10. [...] I - por destinação de 20% (vinte por cento) das receitas correntes mensais auferidas pela Sociedade Anônima do Futebol, conforme plano aprovado pelos credores, nos termos do inciso I do caput do art. 13 desta Lei; II - por destinação

---

270 MATTOS, Rodrigo. Quanto seu clube pagará a mais em imposto se virar empresa. **UOL**. 15 de outubro de 2021. Disponível em: [Quanto seu clube pagará mais em imposto se virar empresa \(uol.com.br\)](https://www.uol.com.br). Acesso em: 26 out. 2022.

271 BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: [L14193 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 20 out. 2022

272 BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: [L14193 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 20 out. 2022

de 50% (cinquenta por cento) dos dividendos, dos juros sobre o capital próprio ou de outra remuneração recebida desta, na condição de acionista.<sup>273</sup>

## 6 CONCLUSÃO

O modelo de constituição por meio de associação por um clube de futebol, passa uma sensação de proximidade maior do torcedor para com ele, uma vez, que o foco dos envolvidos devem ser em desenvolver, fomentar, reinvestir e buscar formas de investimento para as atividades exercidas pelo clube e não de benefício financeiro próprio, bem diferente, do modelo de sociedade anônimas do futebol, que não só criou novas formas de captação de renda, como possibilitou de que clubes se tornassem fontes lucrativas para os detentores de ações, deixando em segundo plano, o ponto de vista esportivo e até mesmo social.

Enquanto as SAF' s, embora não visem extinguir a "estrutura associativa" do ponto de vista de ainda possuir associados com algumas vantagens frente ao "torcedor comum", e a possibilidade de alcançar a presidência, a figura do presidente do clube passa a ter um papel mais figurativo, frente ao que possui enquanto associações, uma vez que ao aparecer a figura do acionista majoritário, ou popular "dono" assim como em uma empresa, ele quem terá a palavra final para tomar as decisões como melhor entender.

No âmbito financeiro, as SAF' s possuem atrativos já expostos no decorrer do capítulo anterior, como a injeção de capital no momento de aquisição, a possibilidade de sucessivos investimentos financeiros, a venda de ações, incrementando as já tradicionais rendas dos clubes profissionais das séries A e B, em clubes de grande apelo nacional e internacional, que estejam endividados a mudança pode ser uma boa saída, já que o histórico ajuda com a "precificação" do clube e potenciais interessados, por outro lado, clubes mais regionais, ao poderão estar mais suscetíveis ao riscos de se tornar uma mera fonte de lucro para detentores de ações.

A incidência da cobrança de alíquota sobre os rendimentos do clube, inclusive sobre a cessão de jogadores tem que ser levada em consideração, principalmente por clubes que detém como grande parte de renda a revelação e venda de jogadores, pois mesmo que em percentual pequeno, perto das grandes cifras envolvendo o futebol, esse fator sempre deverá ser considerado.

Percebemos que levou os clubes brasileiros, aos grandes endividamentos, foram por muita das vezes as más administrações de seus dirigentes, que mesmo com as premiações de títulos conquistados, venda de atletas e produtos ou serviços para as

---

<sup>273</sup> Idem.

torcidas, não trataram de equilibrar as contas, e somente pensaram em deixar seu legado esportivo, contudo com o passar dos anos de administrações similares a situação chegou à pontos críticos.

Portanto, se para alguns clubes a SAF seja a salvação do ponto de vista financeiro e até mesmo histórico para evitar o ostracismo futebolístico, fazendo figurar como apenas mero coadjuvante, a perda da autonomia tanto de torcedores quanto de dirigentes sobre as diretrizes do clube deverá ser levada em consideração, uma vez que possui, caráter empresarial, o acionista majoritário, sem algum prévio conhecimento de futebol e da história do clube, poderá visar somente o lucro que possa obter e não conquistas de títulos.

## REFERÊNCIAS

360, Poder. Flamengo e Palmeiras lideram faturamento dos times em 2021. 04 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/flamengo-e-palmeiras-lideram-faturamento-dos-times-em-2021/>. Acesso em: 25 set. 2022

AFP. Os clubes de futebol e suas diversas fontes de dinheiro. UOL. 30 de agosto de 2017. Disponível em: < [Os clubes de futebol e suas diversas fontes de dinheiro - 30/08/2017 - UOL Esporte](#)>. Acesso em: 25 set. 2022.

AFP. Os clubes de futebol e suas diversas fontes de dinheiro. UOL. 30 de agosto de 2017. Disponível em: < [Os clubes de futebol e suas diversas fontes de dinheiro - 30/08/2017 - UOL Esporte](#)>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022] Disponível em: < [Constituição \(planalto.gov.br\)](#)>. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022] Disponível em: < [Constituição \(planalto.gov.br\)](#)>. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022] Disponível em: < [Constituição \(planalto.gov.br\)](#)>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < [L10406compilada \(planalto.gov.br\)](#)>. Acesso em: 18 out. 2022.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < [L10406compilada \(planalto.gov.br\)](#)>. Acesso em: 20 set. 2022.



BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < [L10406compilada \(planalto.gov.br\)](http://L10406compilada(planalto.gov.br))>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < [L10406compilada \(planalto.gov.br\)](http://L10406compilada(planalto.gov.br))>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br))>. Acesso em: 19 out. 2022

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br))>. Acesso em: 19 out. 2022

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br))>. Acesso em: 19 out. 2022

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br))>. Acesso em: 19 out. 2022

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br))>. Acesso em: 19 out. 2022

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br))>. Acesso em: 19 out. 2022

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br))>. Acesso em: 20 out. 2022

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br))>. Acesso em: 20 out. 2022

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br))>. Acesso em: 20 out. 2022

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br))>. Acesso em: 20 out. 2022

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br))>. Acesso em: 20 out. 2022

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br))>. Acesso em: 20 out. 2022

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br)) >. Acesso em: 20 out. 2022

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br)) >. Acesso em: 20 out. 2022

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br)) >. Acesso em: 20 out. 2022

BRASIL. LEI nº 14.193, de 14 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol [...]. Disponível em: < [L14193 \(planalto.gov.br\)](http://L14193(planalto.gov.br)) >. Acesso em: 20 out. 2022

BRASIL. LEI nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: < [L6404consol \(planalto.gov.br\)](http://L6404consol(planalto.gov.br)) >. Acesso em: 18 out. 2022

BRASIL. LEI nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: < [L6404consol \(planalto.gov.br\)](http://L6404consol(planalto.gov.br)) >. Acesso em: 18 out. 2022

BRASIL. LEI nº 6404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: < [L6404consol \(planalto.gov.br\)](http://L6404consol(planalto.gov.br)) >. Acesso em: 18 out. 2022

BRASIL. Lei nº 9532, de 10 de dezembro de 1997. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Disponível em: < [L9532 \(planalto.gov.br\)](http://L9532(planalto.gov.br)) >. Acesso em: 16 out. 2022

BRASIL. Lei nº 9615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em: < [L9615 - Consolidada \(planalto.gov.br\)](http://L9615-Consolidada(planalto.gov.br)) >. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Medida Provisória nº 215835, de 24 de agosto de 2001. Altera a legislação das Contribuições para a Seguridade Social - COFINS, [...]. Disponível em: < [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://Constituicao(planalto.gov.br)) >. Acesso em: 17 out. 2022

BRASIL. Projeto lei 5.082/16. Cria a via societária, e estabelece procedimentos de governança e de natureza tributárias, para modernização do futebol, e dá outras providências. Relatoria Otavio Leite. Disponível em: < [prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node0w6ylai0igwzs1gsw7frjrc9pi2545396.node0 \(camara.leg.br\)](http://prop_mostrarintegra;jsessionid=node0w6ylai0igwzs1gsw7frjrc9pi2545396.node0(camara.leg.br)) >. Acesso em 19 out. 2022.

BRASIL. Projeto lei 5.082/16. Cria a via societária, e estabelece procedimentos de governança e de natureza tributárias, para modernização do futebol, e dá outras providências. Relatoria Otavio Leite. Disponível em: < [prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node0w6ylai0igwzs1gsw7frjrc9pi2545396.node0 \(camara.leg.br\)](http://prop_mostrarintegra;jsessionid=node0w6ylai0igwzs1gsw7frjrc9pi2545396.node0(camara.leg.br)) >. Acesso em 19 out. 2022

BRASIL. Projeto lei 5.516/19. Cria o Sistema do Futebol Brasileiro, mediante tipificação da Sociedade Anônima do Futebol estabelecimento de normas de governança, controle e transparência, instituição de meios de financiamento da atividade futebolística e previsão de um sistema tributário transitório. Relatoria Rodrigo Pacheco. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8025061&ts=1634829035884&disposition=inline>>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. Projeto lei 5.516/19. Cria o Sistema do Futebol Brasileiro, mediante tipificação da Sociedade Anônima do Futebol estabelecimento de normas de governança, controle e transparência, instituição de meios de financiamento da atividade futebolística e previsão de um sistema tributário transitório. Relatoria Rodrigo Pacheco. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8025061&ts=1634829035884&disposition=inline>>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. Projeto lei 5.516/19. Cria o Sistema do Futebol Brasileiro, mediante tipificação da Sociedade Anônima do Futebol estabelecimento de normas de governança, controle e transparência, instituição de meios de financiamento da atividade futebolística e previsão de um sistema tributário transitório. Relatoria Rodrigo Pacheco. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8025061&ts=1634829035884&disposition=inline>>. Acesso em: 19 out. 2022.

CBF. Estatuto 2017 Confederação Brasileira de Futebol. Disponível em: [20190409135630\\_807.pdf \(cbf.com.br\)](https://www.cbf.com.br/20190409135630_807.pdf). Acesso em 28 de set. 2022.

CNRD. Regulamento 2022 da CNRD, (Art40. Par 3º, Inc II). Disponível em: <[20220923095301\\_64.pdf \(cbf.com.br\)](https://www.cbf.com.br/20220923095301_64.pdf)>. Acesso em 28 de set. 2022.

CNRD. Regulamento 2022 da CNRD, (Art40. Par 3º, Inc VI). Disponível em: <[20220923095301\\_64.pdf \(cbf.com.br\)](https://www.cbf.com.br/20220923095301_64.pdf)>. Acesso em 28 de set. 2022.

CNRD. Regulamento 2022 da CNRD, (Art42. Par 2º, Inc II). Disponível em: <[20220923095301\\_64.pdf \(cbf.com.br\)](https://www.cbf.com.br/20220923095301_64.pdf)>. Acesso em 28 de set. 2022.

CNRD. Regulamento 2022 da CNRD, (Art42. Par 2º, Inc IV). Disponível em: <[20220923095301\\_64.pdf \(cbf.com.br\)](https://www.cbf.com.br/20220923095301_64.pdf)>. Acesso em 28 de set. 2022.

CNRD. Regulamento 2022 da CNRD, disponível em: <[20220923095301\\_64.pdf \(cbf.com.br\)](https://www.cbf.com.br/20220923095301_64.pdf)>. Acesso em 28 de set. 2022.

COCETRONE, Gabriel. Nova punição em "caso Denílson" pode levar Cruzeiro para Série C. Entenda. UOL. 30 de jun de 2021. Disponível em: < [Nova punição em "caso Denílson" pode levar Cruzeiro para Série C. Entenda - 13/07/2021 - UOL Esporte](#)>. Acesso em: 15 out. 2022

COCETRONE, Gabriel. Nova punição em "caso Denílson" pode levar Cruzeiro para Série C. Entenda. UOL. 30 de jun de 2021. Disponível em: < [Nova punição em "caso Denílson" pode levar Cruzeiro para Série C. Entenda - 13/07/2021 - UOL Esporte](#)>. Acesso em: 15 out. 2022.

DINIZ, Maria H. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. v.1. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598698. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598698/>. Acesso em: 22 set. 2022

DINIZ, Maria H. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. v.1. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598698. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598698/>. Acesso em: 22 set. 2022. Pág.95.

DINIZ, Maria H. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. v.1. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598698. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598698/>. Acesso em: 22 set. 2022. Pág.96.

DINIZ, Maria H. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. v.1. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598698. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598698/>. Acesso em: 22 set. 2022.

DINIZ, Maria H. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. v.1. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598698. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598698/>. Acesso em: 22 set. 2022. Pág.96.

DINIZ, Maria H. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. v.1. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598698. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598698/>. Acesso em: 25 set. 2022. Pág.98.

DUARTE, Gabriel. Cruzeiro divulga balanço de 2019 com déficit de R\$ 394 milhões; dívida total é de R\$ 803 milhões. Globo esporte. Minas Gerais, 20 de maio de 2020. Disponível em: < <https://ge.globo.com/futebol/times/cruzeiro/noticia/cruzeiro-divulga-balanco-de-2019-com->

[deficit-de-r-394-milhoes-em-um-ano-divida-total-e-de-r-804-milhoes.ghtml](#)>. Acesso em: 29 set. 2022.

DUARTE, Gabriel. Ronaldo Fenômeno anuncia compra do Cruzeiro por R\$ 400 milhões. Globo esporte. Minas Gerais, 18 de dezembro de 2021. Disponível em:< [Ronaldo Fenômeno anuncia compra do Cruzeiro por R\\$ 400 milhões | cruzeiro | ge \(globo.com\)](#)>. Acesso em: 15 out. 2022.

FILHO, Adalberto. Em ano de pandemia, faturamento dos clubes da elite cai 9% em média. CNN. 04 de maio de 2021. Disponível em: <[Em ano de pandemia, faturamento dos clubes da elite cai 9% em média | CNN Brasil](#)>. Acesso em: 25 set. 2022.

FLAMENGO, CR. O início do Futebol. Disponível em:<[O Início do Futebol - Flamengo](#)>. Acesso em: 26 out 2022

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Parte Geral – v. 1 / Carlos Roberto Gonçalves. – 20. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022. Págs. 282 e 283.

MATTOS, Rodrigo. Contas de clubes têm dívidas de R\$ 10 bi e abismo para Flamengo e Palmeiras. UOL. 06 de maio de 2021. Disponível em:< [Contas mostram dívidas de R\\$ 10 bi e abismo para Flamengo e Palmeiras \(uol.com.br\)](#)>. Acesso em: 25 set. 2022.

MATTOS, Rodrigo. Cruzeiro avisa CBF para transferir vaga na Série B à SAF e prepara venda. UOL. 08 de dez de 2021. Disponível em:< [Cruzeiro avisa CBF para passar vaga na Série B à SAF e prepara venda \(uol.com.br\)](#)>. Acesso em: 19 out. 2022.

MATTOS, Rodrigo. Quanto seu clube pagará a mais em imposto se virar empresa. UOL. 15 de outubro de 2021. Disponível em: <[Quanto seu clube pagará mais em imposto se virar empresa \(uol.com.br\)](#)>. Acesso em: 26 out. 2022.

MOURA, Athos. Quantos clubes já se tornaram SAF no Brasil; veja a lista. Globo. Rio de janeiro. 05 de maio de 2022. Disponível em:< [Quantos clubes já se tornaram SAF no Brasil; veja a lista | Panorama Esportivo | O Globo](#)>. Acesso em: 19 out. 2022.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito empresarial. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786553620247. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620247/>. Acesso em: 18 out. 2022. Pág.16 e 17.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito empresarial. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786553620247. Disponível em:



RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial: volume único / André Luiz Santa Cruz Ramos. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. Pág. 669.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial: volume único / André Luiz Santa Cruz Ramos. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. Pág.764.

RUOCO, André. Estudo comprova sucesso nas gestões de Palmeiras e Flamengo no futebol. R7. Minas Gerais, 20 de junho de 2017. Disponível em: <[Estudo comprova sucesso nas gestões de Palmeiras e Flamengo no futebol - Esportes - R7 Futebol](#)>. Acesso em: 26 de set. 2022.

SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE. Estatuto social, par 9º. cap I, Disponível em: <<http://www.saopaulofc.net/o-clube/estatuto-e-regimento> >. Acesso em: 22 set. 2022

SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE. Estatuto social, parágrafo §1º do capítulo I, Disponível em:<<http://www.saopaulofc.net/o-clube/estatuto-e-regimento/>>. Acesso em: 22 set. 2022.

SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE. Estatuto social, parágrafo §2º do capítulo I, Disponível em: <<http://www.saopaulofc.net/o-clube/estatuto-e-regimento>>. Acesso em: 22 set. 2022.