

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1174

(Ano XV)

(28/10/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1174



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. 1174 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 445 *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



Os desdobramentos corrosão da liberdade de informação durante a operação lava-jato

Adel El Tasse, 08.

ARTIGOS

Organização criminosa relativa a crimes de ação penal pública condicionada à representação ou ação penal privada

Eduardo Luiz Santos Cabette e Joaquim Leitão Júnior, 12.

A interpretação do artigo 16 da lei nº 11.340/2006 pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça

Mariana Arpini Lievore, 16.

A regra-matriz de incidência tributária do IPTU progressivo no tempo

Monica Matsuno de Magalhaes, 27.

A junção da teoria da associação diferencial com a teoria da decisão racional do crime de colarinho branco

Priscila Targino Soares Beltrão, 48.

O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor - Uma análise crítica

Bruno Quaresma Vivas, 53.

A terceirização e suas implicações na relação de emprego

Cleuza Borges dos Santos, 59.

A Medida Cautelar de Busca e Apreensão à Luz da Dinâmica Estabelecida pelo Novo Código de Processo Civil

Geraldo Zimar de Sá Júnior, 70.

O combate ao assédio processual como garantia à razoável duração do processo

Mariana Arpini Lievore, 80.

Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual

Amanda Vieira dos Santos, 91.

A usucapião no ordenamento jurídico brasileiro: história, fundamentos, pressupostos e modalidades

David Ferreira Santana, 104.

Salto quântico entre a moral e o direito: a consciência das normas jurídicas

Leonardo Rodrigues Arruda Coelho, 124.

Uma Abordagem Jurídico-Social Acerca da Redução da Maioridade Penal

Geraldo Zimar de Sá Júnior, 146.

Superencarceramento no Brasil: o confronto frente aos impactos do direito na economia

Guilherme Augusto Brito Andrade, 155.

O contrato de timesharing sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor

Guilherme Augusto Brito Andrade, 193.

“Simulador de escravidão”: responsabilização criminal da pessoa jurídica em crimes raciais

Mirela Reis Caldas, 252.

A regularização do trabalho dos motoristas e entregadores de aplicativo

Jannielly Neres Saraiva Soares e Ana Patrícia R. Pimentel, 260

O direito à alimentação adequada. Uma análise convencional.

Rebecca da Silva Pellegrino Paz, 278.

Da absoluta incapacidade – análise à luz do estatuto da pessoa com deficiência

Victor Augusto Aguiar Manfredi, 291.

O inquérito nº 4.781 do Distrito Federal (inquérito das fake news): legalidade e constitucionalidade

David Ferreira Santana, 313.

O timesharing como nova modalidade de direito real sobre coisa alheia

Guilherme Augusto Brito Andrade, 324.

Da filosofia à psicologia comportamental: como decifrar a arte de decidir no processo penal

Ewerton Ferreira Guimarães Lourenço, 355.

OS DESDOBRAMENTOS CORROSÃO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO DURANTE A OPERAÇÃO LAVA-JATO

ADEL EL TASSE: Advogado em Curitiba (PR). Procurador Federal. Professor de Direito Penal, em diversos cursos de graduação e pós-graduação. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Professor no Curso CERS. Mestre e Doutor em Direito Penal. Coordenador no Paraná da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais.¹

A cada semana, novas revelações sobre os métodos utilizados na operação lava-jato, vão deixando escancarado o pior da cultura punitivista e das construções baseadas no afastamento das barreiras dogmáticas do Direito Penal.

Desde integrante do Ministério Público Federal afirmando que determinado réu tinha que “mijar sangue”, passando por combinação entre acusador e juiz, afora a tão sabida fábrica de delações premiadas com suas rentáveis estruturações, agora se ingressa na manipulação dos meios de comunicação.

Informações recém reveladas, obtidas na operação spoofing, tornam evidente que a lava-jato, durante sua atuação, pautou grande parte dos meios de comunicação, selecionando as informações que deveriam ser divulgadas e a forma como deveriam ser tratadas.

De um lado, a prática do release em detrimento do jornalismo investigativo, pela qual a informação pronta e parcial é transmitida como verdade, foi constante nos maiores meios de comunicação e por outro, agora fica evidente que as notas publicadas por Organizações Não Governamentais, teoricamente comprometidas com o combate à corrupção, não passavam de engodo, ou seja, de uma construção a quatro mãos entre ONG e Lava-jato.

Essas denúncias têm sido recebidas na sociedade brasileira com certa neutralidade, mas, na verdade, são gravíssimas, pois, deixam manifesto como, a partir do preconceito de parte da população brasileira com a classe política, em especial de esquerda, foi possível fazer ruir rapidamente diferentes estruturas civilizatórias.

¹ E-mail: adel@eltasse.com.br

A questão é singela, o poder punitivo sempre tende ao descontrole, visto que as pessoas a exercê-lo, desejam sua ampliação, pois, o seu exercício confere a sensação de ser especial, diferente, acima do bem e do mal, com o domínio sobre outros seres humanos, o que dentro da história humana tem sido um traço importante, o qual analisei detalhadamente no livro *“O que é a Impunidade”*, concluindo pela sua relevância na própria busca humana da sensação de superioridade e domínio para, psicologicamente, enganar a certeza da mortalidade.

Por essa tendência ao descontrole, verificada, de forma contundente, em alguns momentos, como na experiência nazi-fascista europeia, é estruturado o conceito de Direito Penal científico, com conteúdos dogmáticos impositivos a todos e não possíveis de afastamento, sequer pela legislação, mesmo que constitucional.

A compreensão dessa ideia é essencial como salvaguarda do Estado Democrático e da efetiva dignidade humana, pois, as barreiras dogmáticas de Direito Penal, justamente, tem o escopo de frear o poder punitivo, impedindo, nos momentos nos quais o discurso punitivista produz a irracionalidade social, seja autorizada a intervenção excessiva sobre as pessoas, bem como, haja corrosão das instituições e rebaixamento civilizatório.

No livro *“Contra Lava Jato”*, publicado ainda em 2018, já analisava como as bases estruturantes de referida operação nada apresentavam de inovadoras, sendo repetições das técnicas utilizadas desde tempos remotos para corroer as estruturas, ainda que mínimas, de proteção das pessoas contra o poder punitivo.

O caminho é o da geração discursiva de um mal com força descomunal, ampliando continuamente a retórica de sua presença, poder e necessidade de combate, para, então, apresentar o poder punitivo como solução e, claro, como o mal tem poderes descomuns, os poderes de quem exerce o poder punitivo também o deve ser amplificado ao máximo, sob pena de sua fragilidade tornar impossível combater o mal.

Após a segunda guerra mundial, a compreensão dessa estratégia de incremento do poder punitivo, fez o Direito Penal assumir papel significativo na preservação da democracia, com sua estruturação científica, superando o direito positivo, especificamente em relação às barreiras dogmáticas de proteção das pessoas.

Na lava-jato, a questão real nunca foi a corrupção, pois, sabidamente este grave problema social depende de enfrentamento por diferentes estratégias, inclusive as não punitivas, como as educacionais, a partir do profundo aprendizado e desenvolvimento dos valores éticos. De qualquer sorte, a corrupção serviu ao papel de mal a ser combatido, permitindo gerar comoção social, assemelhada ao pânico com as bruxas durante a Idade Média.

A maximização contínua do discurso de luta do bem contra o mal foi permitindo invadir as diferentes instituições civilizatórias do País. Houve claro emparedamento das instâncias judiciais recursais. Silenciamento do discurso crítico pela perseguição direta a quem o fizesse, inclusive nos meios acadêmicos. E, agora se sabe sem dúvidas o que sempre foi objeto de suspeitas, pelo controle da divulgação da informação.

A demonstração contundente de diálogos da lava-jato, combinando notas públicas com ONGs e construindo releases a pautar os grandes meios de comunicação não pode ser normalizada, pois, diante de atuação corrosiva de instituições fundamentais para que a própria civilidade exista e seja garantida a pluralidade de opiniões e o debate livre, essenciais para a democracia.

A propósito, ações dessa natureza, de controle dos meios de comunicação, foram essenciais à assunção do Estado Alemão pelos nazistas e, em sociedades contemporâneas, conscientes do mal que podem produzir, não podem ser aceitas ou tratadas como menores.

Com efeito, a experiência lava-jato deixou patente certa facilidade em produzir a irracionalidade social no Brasil e, a partir dela, destroçar as instituições garantidoras da democracia e do avanço civilizatório.

As verificações anteriores conduzem à reflexão da necessidade da retomada de algumas questões relevantes para a preservação do Estado Democrático no Brasil e proteção das pessoas contra o abuso no exercício do poder.

Primeiro e evidente, não há tempo a esperar para a retomada, com profundidade, da cientificidade do Direito Penal, com o total repensar do modelo atualmente existente nas faculdades de direito, pelo qual a maior parte prioriza a preparação para o exame da OAB e provas de concurso, em simples repetição conceitual, renegando a formação efetiva ao esquecimento.

Quando, um profissional do direito, em uma defesa perante a Corte Máxima, confunde Maquiavel com Saint-Exupéry, deixando evidente que não leu nem um nem outro, o problema não é ele, pois, o que se vê é a manifestação de uma patologia, a do destroçamento da formação nas faculdades de direito, onde as pessoas não leem, não debatem, não pensam ciência, apenas, decoram conceitos, nomes e frases.

O Direito Penal talvez seja uma das principais vítimas desse ensino universitário puramente informativo, pois, a sua essencialidade se perde, a qual está em sua função de contenção do poder punitivo e, portanto, na sua estruturação científica proclamatória de barreiras dogmáticas.

Nessa toada, há relevância em que Juízes e Tribunais superem a lógica punitivista implantada nos últimos anos e passem a analisar de forma acurada, nos casos concretos, se todas as barreiras dogmáticas que permitem franquear o exercício da parte menos irracional do poder punitivo, foram atendidas, não admitindo em hipótese alguma, desrespeitos a elas ou ao devido processo legal, suplantando em definitivo as construções que destroçam todo o sistema de garantias, em nome de uma simples proclamação retórica de razoabilidade.

Além disso, há de se pensar os meios de comunicação, todos eles, desde a grande mídia até as redes sociais, pois, nada difere as fake news destas, da notícia parcial gerada por simples replicar de releases ou de notas sob encomenda, daquela.

Em hipótese alguma qualquer mecanismo de censura pode ser aceito, mas, para que a liberdade seja plena, é fundamental o enfrentamento dos monopólios nos meios de comunicação, da manipulação de informação e construção parcial de notícias. A não censura se coaduna perfeitamente com a existência de legislação que impeça a formação de monopólios nos meios de comunicação, incentive o jornalismo investigativo e estructure valores éticos essenciais na divulgação de fatos.

A fixação de responsabilidade nas redes sociais também se coaduna com a inexistência de censura, quando são combatidos o discurso do ódio, a sua utilização para o cometimento de crimes ou a divulgação de informações sabidamente falsas.

Os diferentes povos, quando se conscientizarem de haver cometido atrocidades, valeram-se da experiência para corrigir erros e reconstruir-se, com o objetivo de criar mecanismos para impedir no futuro a repetição dos mesmos erros.

Superada a “cruzada lava-jato” restou a contundência de vários danos à estrutura democrática e a consciência disso somente pode conduzir ao reconstruir, com finalidade de criar mecanismos impeditivos de que ocorrido possa ser repetido.

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RELATIVA A CRIMES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO OU AÇÃO PENAL PRIVADA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

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

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR²

(coautor)

O crime de "Organização Criminosa" é previsto de acordo com o artigo 2º, combinado com, 1º., § 1º., da Lei 12.850/13.

Trata-se de crime de empreitada ou empreendimento em que os autores unem esforços para a finalidade da prática de infrações penais de forma estruturada, ordenada e com divisão de tarefas.

O ilícito em estudo é de ação penal pública incondicionada ³ até porque, sendo um chamado "crime vago" (sem vítima(s) determinada(s)) ⁴ seria impossível colher representação ou requerimento de quem quer que fosse.

² Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obras jurídicas e autor de artigos jurídicos. Ex-Diretor Adjunto da Academia da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Ex-Assessor Institucional da Polícia Civil de Mato Grosso. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso e atualmente lotado no Grupo de Atuação Especial Contra o Crime Organizado (GAECO).

³ Cf. FREIRE, Antônio Flávio Rocha, GARCEZ, William. Organizações Criminosas Lei 12.850/13. In: JORGE, Higor Vinicius Nogueira, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, GARCEZ, William. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 976.

⁴ Cf. CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 3ª. ed. Leme: Mizuno, 2023, p. 688. "(...) a vítima é a sociedade em geral, que é atingida pela violação do bem jurídico da paz pública. Não há vítima determinada".

Surge então uma dúvida que não tem sido enfrentada com a devida atenção pela doutrina:

Acaso uma “Organização Criminosa” seja criada com a finalidade da prática de crimes de ação penal pública condicionada ou de ação penal privada, poderia haver a persecução penal pela “Organização Criminosa” mesmo sem representação ou requerimento com relação aos crimes objetivados? Ou seria necessário que ao menos uma manifestação de algum ofendido ocorresse com uma representação ou requerimento, satisfazendo a chamada “condição de procedibilidade”?

Embora, como já dito, o tema não seja bem estabelecido pela doutrina, parece-nos que a resposta não comporta maiores dificuldades. Alguns argumentos podem pôr cobro às dúvidas, concluindo-se pela possibilidade de apuração do crime de “Organização Criminosa” independentemente de representação ou requerimento pelos crimes visados pelo grupo.

Um primeiro aspecto se refere ao fato de que o crime de organização criminosa é de ação penal pública incondicionada, então para a sua apuração não há necessidade de representação, apenas prova da existência de crimes visados, os quais existem com ou sem representação, já que não se pode confundir o direito material com o direito de ação ou com a mera condição de procedibilidade. Agora, para punir, em concurso material, os delitos, por exemplo, de estelionato (ação em regra condicionada) apurados, necessitará da representação em cada um deles.⁵ Perceba-se que a lei não distinguiu a “Organização Criminosa” formada para a prática de infrações penais de ação penal pública incondicionada, condicionada ou privada. Menciona apenas o intento de praticar infrações penais, sejam elas quais forem, de modo que onde a lei expressa e eloquentemente não distingue, não cabe ao intérprete inventar distinções.

Outro argumento importante: Trata-se de crime de empreitada ou empreendimento. Assim, não é exigível nem mesmo a efetiva prática de algum crime visado pela organização, bastando sua formação com o intuito da prática dos crimes. Ora, se nem mesmo a efetiva prática de um único estelionato, por exemplo, é exigível para caracterizar a “Organização Criminosa”, muito menos o será a representação num caso de estelionato que se chegou a cometer. Na verdade, estamos diante daquilo que se tem

⁵ A Lei 12.850/13, em seu artigo 2º., no preceito secundário, institui o concurso material de crimes quando os delitos visados são perpetrados efetivamente ao prever a pena de “reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, *sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas*”. Cf. FREIRE, Antônio Flávio Rocha, GARCEZ, William. Organizações Criminosas Lei 12.850/13. In: JORGE, Higor Vinicius Nogueira, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, GARCEZ, William. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 976.

convencionado chamar de “Crime de Obstáculo”, ou seja, infrações penais criadas pelo legislador, com o fito de “evitar a prática de outros delitos”. O crime em estudo é eminentemente preventivo. A repressão da “formação da organização criminosa” se faz “com o objetivo de evitar que esta venha a executar seus fins espúrios que consistem em outras infrações penais”.⁶ Ainda neste ponto vale salientar o seguinte:

Não se deve confundir o crime em estudo com os chamados crimes acessórios ou parasitários, os quais dependem da existência de uma infração penal antecedente para se configurarem (v.g. receptação – artigo 180, CP). O crime do artigo 2º, da Lei do Crime Organizado não depende de nenhuma outra infração antecedente, ele é um “crime principal”, infração penal autônoma. Nem mesmo depende, como já visto, para sua consumação perfeita, do efetivo cometimento de infrações almejadas. Ademais, se estas foram cometidas, ao reverso do caso dos crimes parasitários, não o antecederão, mas o sucederão, ou seja, se há um crime antecedente, será o de organização criminosa e não os demais crimes almejados por ela.⁷

Vale dizer que o crime de “Organização Criminosa” antecede e não depende do destino dos crimes visados de forma que nem mesmo a inexistência destes últimos altera em nada a configuração do primeiro. A única coisa que afastaria a configuração da “Organização Criminosa” seria que a prática pretendida pelos agentes não constituísse “infração penal”, fosse um “fato atípico”. Nesse caso, não somente não haveria crime, como estaríamos diante do Direito de Livre Associação e Reunião constitucionalmente tutelado. Pode-se afirmar com segurança que o crime de “Organização Criminosa”, assim como todos os crimes que versam também sobre “associações criminosas” impõem exatamente o limite do Direito de Associação, que é nada mais do que a legalidade dos fins associativos (inteligência do artigo 5º, XVII, CF).⁸

Observe-se que mesmo diante de crimes acessórios ou parasitários, os quais dependem da existência de um crime *antecedente*, nem sempre o destino desse crime anterior exigido gera efeitos sobre o crime acessório (v.g. furto e receptação). Se há absolvição por falta de provas de autoria no furto, a receptação não se altera, já que o furto existiu. Se há arquivamento do Inquérito Policial igualmente. Se o autor do crime principal (v.g. furto) é inimputável, isso também não altera a configuração do crime acessório (v.g. receptação). Somente a decisão absolutória por inexistência do fato criminoso ou o arquivamento da investigação nestes termos, fará com que o crime acessório também

⁶ Cf. CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 3ª. ed. Leme: Mizuno, 2023, p. 688 – 689.

⁷ Op. Cit., p. 688.

⁸ “Art. 5º, XVII, CF - é plena a liberdade de associação **para fins lícitos**, vedada a de caráter paramilitar” (grifo nosso).

deixe de existir (“accessorim sequitur principale”).⁹ Porém, nem mesmo estamos, como já visto, diante de um crime acessório que depende de um crime antecedente. Estamos frente a um crime principal, em que a cogitação dos crimes visados já configura perfeitamente a infração penal em estudo. De modo que, como já frisado, nem mesmo a inexistência do crime anterior (salvo a questão da atipicidade penal) influi na configuração do ilícito de “Organização Criminosa”. Dessa forma é mais do que óbvio que o fato de os crimes visados pela organização serem de ação penal condicionada ou mesmo privada não altera a natureza da ação penal do crime do artigo 2º, da Lei 12.850/13. Não há exigência de representação, requerimento ou qualquer outra condição de procedibilidade para o ilícito previsto no artigo 2º, da Lei de Organização Criminosa. A ação penal se inicia normalmente por denúncia do Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, não sendo cogitável sequer o manejo de Queixa – Crime quando os ilícitos visados forem de ação penal privada, a não ser que se esteja falando da ação penal privada subsidiária da pública nos casos em que esta é cabível (artigo 5º, LIX, CF c/c artigo 100, § 3º, CP e artigo 29, CPP). É óbvio que se os crimes visados forem de ação penal privada e chegarem a ser cometidos, serão processados desta maneira e iniciarão a persecução (fase de investigação) mediante requerimento e ação penal por Queixa – Crime. Da mesma forma, os crimes que dependem de representação, se efetivamente cometidos, dependerão dessa condição de procedibilidade para sua persecução e ação penal. Mas, isso tudo se refere aos crimes visados e não ao crime de “Organização Criminosa”. Este é de ação penal pública incondicionada e absolutamente nada pode mudar essa sua natureza.

Em havendo o cometimento de crimes de ação penal pública condicionada em organização criminosa, estes serão processados conjuntamente com o crime de organização por força de conexão probatória e teleológica (artigo 76, II e III, CPP). Agora, no caso de crimes de ação penal privada, embora existente também a mesma conexão, não será possível o processo conjunto, já que os titulares da ação penal são diversos, impondo-se a separação dos processos.

É de observar que menção às situações envolvendo crimes de ação penal privada é feita apenas a título de argumentação, pois dificilmente se encontrará uma infração dessas que tenha pena máxima superior a 4 (quatro anos). No entanto, será possível, embora também em menor número, ocorrer ilícitos transnacionais de ação penal privada, como, por exemplo, em casos de crimes contra a propriedade industrial (inteligência do artigo 1º, § 1º, da Lei 12.850/13). Ademais, tudo o que foi dito a respeito do crime de “Organização Criminosa”, se pode aplicar, “mutatis mutandis” ao ilícito de “Associação

⁹ Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Direito Penal Parte Especial*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 314. No mesmo sentido: GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Parte Especial*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 523.

Criminosa”, previsto no artigo 288, CP no seio do qual não se exige que as infrações visadas tenham pena máxima maior que 4 (quatro) anos.

Conclui-se, portanto, que o crime de “Organização Criminosa” pode ser configurado quando os crimes visados forem de ação penal pública incondicionada, condicionada ou mesmo privada. Sua configuração e a natureza de sua ação penal (pública incondicionada) não se alteram devido aos crimes visados porventura serem dependentes de representação ou de ação penal privada. Dessa forma, nada impede a investigação e processo de pessoas envolvidas em uma “Organização Criminosa” que tem por objeto a prática de crimes de ação penal condicionada à representação ou mesmo privada, ainda que não haja cumprimento de condições de procedibilidade para tais crimes visados ou mesmo não tenham sequer sido cometidos ainda. Em havendo o efetivo cometimento, os agentes responderão em concurso material pela “Organização Criminosa” e pelos crimes cometidos, mas quanto aos segundos, satisfazendo suas condições de procedibilidade e regras específicas da ação penal.

REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Direito Penal Parte Especial*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 3ª. ed. Leme: Mizuno, 2023

FREIRE, Antônio Flávio Rocha, GARCEZ, William. Organizações Criminosas Lei 12.850/13. In: JORGE, Higor Vinicius Nogueira, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, GARCEZ, William. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador: Juspodivm, 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Parte Especial*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 16 DA LEI Nº 11.340/2006 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MARIANA ARPINI LIEVORE:

Graduada em Direito pela UNESC – Centro Universitário do Espírito Santo. Especialista em Direito Constitucional com Ênfase em Direitos Fundamentais pela Faculdade CERS10 .

RESUMO : O presente artigo apresenta a evolução jurisprudencial dos Tribunais Superiores em relação à interpretação do art. 16 da Lei nº 11.340/2006. No ponto de vista de seus objetivos, realizou-se uma pesquisa exploratória mediante o levantamento de bibliografia e decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O estudo conclui que deve ser atribuída interpretação ao art. 16 da Lei Maria da Penha, no sentido de ser uma formalidade essencial a designação de audiência, para que a vítima, que haja manifestado previamente interesse em retratar sua representação, possa expressar-se perante o juízo, até o recebimento da denúncia. A previsão normativa visa proteger a mulher vítima de violência doméstica e familiar, considerada integrante de um grupo vulnerável, que merece especial atenção do Estado, além de combater a violência de gênero, o que será alcançado quando a vontade da ofendida for respeitada, enfrentando-se o machismo estrutural que ainda assola a sociedade.

Palavras-chave: Artigo 16. Lei nº 11.340/2006. Audiência. Renúncia. Representação. Recebimento. Denúncia. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça.

INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha criou mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabeleceu medidas de proteção, assistência e punição, as quais se baseiam no gênero da vítima. A lei descreve as formas de violência doméstica e familiar praticadas contra a mulher (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral) e prevê medidas protetivas de urgência, como o afastamento do agressor da convivência doméstica, a fixação de limite mínimo de distância e até mesmo a prisão preventiva.

Sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro criou mecanismos efetivos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e busca respostas do Estado, além

10 E-mail: marianarpini@hotmail.com

de configurar um pacto de não tolerância pela sociedade, pois esse tipo de violência constitui uma forma de violação de direitos humanos.

Apesar dos diversos questionamentos, inclusive quanto à constitucionalidade de alguns de seus dispositivos, não há dúvidas que a Lei nº 11.340/2006 inaugurou uma nova fase de ações afirmativas em favor da mulher na sociedade brasileira, em uma reconhecida luta pela igualação e pela dignificação - que está longe de acabar.

O art. 16 da Lei Maria da Penha foi uma das normas que teve sua constitucionalidade discutida. Seu texto disciplina o procedimento para que a vítima se retrate nos crimes de ação penal pública condicionada, extinguindo a designação de audiência específica.

A intenção do legislador foi a de evitar que a vítima sofra ameaças ou pressões para se retratar e, se a ofendida já fez a representação no início da persecução, esta se presume válida, não havendo que se falar em designação do ato de ofício pelo magistrado.

O tema é de grande relevância para o Direito, uma vez que está presente no cotidiano jurídico, especialmente na seara processual penal, motivo pelo qual será analisado sob o aspecto de sua aplicação pela doutrina e jurisprudência, abrangendo as áreas de Direito Processual Penal, Penal e Constitucional.

O presente estudo visa apresentar o posicionamento dos Tribunais Superiores, em especial, no que toca à iniciativa da vítima quanto ao desejo de renúncia à representação, como condição para designação da audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/2006, afastando-se qualquer interpretação em sentido contrário, bem como a necessidade da formalidade prevista no referido dispositivo legal para que o ato seja considerado válido.

Para tanto, buscou-se uma revisão de bibliografia aprofundada e ampla sobre o assunto, com base em julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, doutrinas que tratam sobre o tema, além de normas constitucionais e legais do ordenamento jurídico brasileiro.

A importância da análise do tema se dá a fim de demonstrar o papel do Poder Judiciário como responsável em assegurar a eficácia da Lei Maria Penha, a fim de atender sua finalidade precípua de, eliminar, ou ao menos, reduzir os números de violência doméstica, observando-se os direitos da vítima.

O texto visa contribuir e enriquecer o debate sobre a interpretação do art. 16 da Lei nº 11.343/2006, que ultimamente surgiu com maior intensidade entre os operadores jurídicos, especialmente ante as decisões que têm sido proferidas pelos Tribunais Superiores.

1 LEI MARIA DA PENHA

No Brasil, a violência doméstica e familiar contra a mulher não era prioridade das autoridades e da sociedade em geral até a entrada em vigor da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, a qual, regulamenta a previsão do § 8º do art. 226 da Constituição da República de 1998, sobre o repúdio a este tipo de violação de direitos (MELLO, PAIVA, 2022).

Conforme Dias (2015), a referida legislação ficou conhecida popularmente como Lei Maria Da Penha, fazendo referência a Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de duas tentativas de homicídio por parte de seu marido. Na primeira oportunidade, em 29 de maio de 1983, ele desferiu um disparo de arma de fogo, que resultou em paraplegia da ofendida e cerca de uma semana depois de receber alta hospitalar, o agressor tentou eletrocutá-la. O caso teve grande repercussão, foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e o Brasil foi condenado em 2001, por negligência e omissão frente à violência doméstica.

Isso porque, internacionalmente, a República Federativa do Brasil é signatária da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), a qual foi adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 06 de junho de 1994, e possui a seguinte finalidade destacada por Gonçalves (2013):

Esse tratado regulamenta a proibição da violência contra a mulher no âmbito regional – assegurando-lhe diversos direitos e liberdades e impondo aos Estados-parte inúmeras obrigações, também conferindo visibilidade a uma temática historicamente obscurecida, conforme já sinalizado. Aborda a violência no âmbito privado, apresentando referenciais teóricos e práticos para a questão da violência doméstica.

A regulamentação dessa proteção tem por finalidade superar o machismo estrutural, fruto do patriarcado, pois, segundo Moraes (2009) “hoje parece medonho em sua ignorância e brutalidade que o fator biológico de o homem ser superior à mulher foi o principal argumento utilizado em toda a história da humanidade para justificar os poderes marital e patriarcal”.

Em sua obra, Capez (2023) ressalta que era necessária a edição de uma lei que conferisse tratamento especial à violência de gênero, para atender o primado constitucional da isonomia, e esclarece que a Lei Maria da Penha possui um rol meramente exemplificativo das formas de violência que podem ser praticadas contra a mulher.

Nesse contexto, a ação penal nos crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher é pública incondicionada, com iniciativa do Ministério Público, seguindo a regra geral do Código de Processo Penal. Entretanto, caso o delito demande representação (ação penal pública condicionada), esta, independente de formalidade, é condição de procedibilidade da ação penal (ANDREUCCI, 2017).

Nas ações penais públicas condicionadas à representação, diferente da previsão do art. 102 do Código Penal e do art. 25 do Código de Processo Penal, que autorizam a retratação da representação até o oferecimento da denúncia, o art. 16 da Lei Maria da Penha dispõe que a ofendida poderá renunciar até o recebimento da denúncia, em audiência específica, e é essa temática que será objeto de aprofundamento no presente artigo.

2 A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 16 DA LEI Nº 11.340/2006

A Lei Maria da Penha disciplina, no artigo 16, procedimento próprio para que a vítima possa eventualmente se retratar de representação já apresentada:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Extrai-se do referido dispositivo legal a existência de uma formalidade própria para que a vítima possa renunciar à representação já oferecida. Veja-se que, essencialmente, são duas as condições necessárias e concomitantes para a realização da audiência: (1) a prévia manifestação da vítima levada ao conhecimento do juiz, expressando seu desejo de se retratar e (2) a confirmação da retratação da vítima perante o magistrado, antes do recebimento da denúncia, em audiência especialmente designada para tanto.

Em caso submetido a julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, foi reconhecida a irregularidade da retratação realizada pela vítima, em razão de ter sido efetivada em Cartório:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. LESÃO CORPORAL NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E ESTUPRO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA PELA RETRATAÇÃO DA VÍTIMA. RESE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO NA ORIGEM. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 16 DA LEI Nº 11.340/06 E NOS ARTS. 25 DO CPP E 102 DO CP. IRRETOCÁVEL O

ENTENDIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A Lei Maria da Penha disciplina procedimento próprio para que a vítima possa eventualmente se retratar de representação já apresentada. Dessarte, dispõe o art. 16 da Lei n. 11.340/2006 que, "só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade" (HC 371.470/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 25/11/2016). 3. Considerando que, no caso em apreço, a retratação da suposta ofendida ocorreu somente em cartório, sem a designação de audiência específica necessária para a confirmação do ato, correto posicionamento da Corte de origem ao elucidar tal ilegalidade e cassar a decisão que rejeitou a denúncia com base unicamente na retratação. 4. É uníssona a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que, depois de oferecida a denúncia, a representação do ofendido será irretratável, consoante o disposto nos arts. 102 do Código Penal e 25 do Código de Processo Penal. Assim, imperiosa a manutenção do julgado também nesse ponto, acerca do crime previsto no art. 213 c/c art. 224, ambos vigentes à época no Código Penal. 5. Considerando que o Tribunal Estadual não teceu qualquer consideração sobre a ausência de justa causa quanto ao crime de estupro, em virtude da relação amorosa entre o paciente e a vítima, inviável a apreciação direta por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instâncias. 6. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 138.143/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 3/9/2019, DJe de 10/9/2019.)

Em seu voto, o Ministro Relator destacou que não foram observados os ditames legais, ante a ausência de designação de audiência específica, necessária para a confirmação do ato.

Outra discussão que surgiu foi a respeito da obrigatoriedade da designação da audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/2006, oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça se manifestou contrário, nos termos que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA CONTRA MULHER. LEI MARIA DA PENHA. PROCEDIMENTO PRÓPRIO. RENÚNCIA À REPRESENTAÇÃO. MOMENTO. AUDIÊNCIA ESPECIALMENTE DESIGNADA. ART. 16 DA LEI N. 11.340/2006. ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CASO DOS AUTOS. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA APRESENTADA NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO, À DESTEMPO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. "A Lei Maria da Penha disciplina procedimento próprio para que a vítima possa eventualmente se retratar de representação já apresentada. Dessarte, dispõe o art. 16 da Lei n. 11.340/2006 que, 'só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade" (HC 371.470/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/11/2016). 2. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que a realização da audiência prevista no artigo 16 da Lei n. 11.340/2006 somente se faz necessária se a vítima houver manifestado, de alguma forma, em momento anterior ao recebimento da denúncia, ânimo de desistir da representação. 3. No caso dos autos, não há notícias acerca da ocorrência de audiência especialmente designada para a retratação da vítima, até porque esta só veio quando da apresentação da resposta à acusação, ou seja, a destempe. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.946.824/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 17/6/2022.)

O Ministro Joel Ilan Paciornik ressaltou que o entendimento da Corte Superior de Justiça é no sentido de que a realização da audiência prevista no artigo 16 da Lei nº 11.340/2006 somente se faz necessária se a vítima houver manifestado, independentemente de formalidade específica, em momento anterior ao recebimento da denúncia, ânimo de desistir da representação.

Ocorre que, na hipótese submetida a julgamento, a notícia de que a vítima desejava se retratar foi extemporânea, tendo ocorrido apenas quando da apresentação da resposta à acusação, de forma que já restava precluída.

A fim de pacificar o referido entendimento, os recursos REsp 1964293/MG e Resp 1977547/MG foram indicados como representativos da controvérsia e os autos foram afetados ao rito dos recursos repetitivos, a partir dos quais a Corte Cidadã fixou o Tema Repetitivo 1167:

A audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/2006 tem por objetivo confirmar a retratação, não a representação, e não pode ser

designada de ofício pelo juiz. Sua realização somente é necessária caso haja manifestação do desejo da vítima de se retratar trazida aos autos antes do recebimento da denúncia.

Os julgadores concluíram que é imprescindível que a ofendida, por sua própria vontade, desista da representação anteriormente manifestada e sua vontade seja levada ao conhecimento do juízo, para que seja designada a audiência específica prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha.

Inclusive, afirmaram que a intenção do legislador, ao inserir o referido dispositivo na Lei nº 11.340/2006, foi a de evitar, ou ao menos reduzir, a possibilidade de retratação pela vítima *“em virtude de ameaças ou pressões externas, garantindo a higidez e autonomia de sua nova manifestação de vontade em relação à persecução penal do agressor”*.

Invocaram, ainda, a previsão inserta nos arts. 107 e 110 do Código Civil, os quais preconizam que exarada uma manifestação de vontade por indivíduo considerado capaz, consciente, lúcido, livre de erros de concepção, coação ou premente necessidade, esta é válida até que sobrevenha declaração do mesmo indivíduo em sentido contrário.

Avaliaram os Ministros que, os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher merecem uma análise mais sensível, uma vez que o estado psíquico da ofendida pode ser agravado, caso seja suscitada dúvida de sua primeira declaração. Ademais, deve ser levado em conta que essas mulheres, várias vezes, estão inseridas em um contexto de dependência financeira e/ou emocional, de forma que a vítima pode se questionar se deve mesmo comunicar as violações sofridas.

Na decisão, destacou-se ainda que tais circunstâncias revitimizam as mulheres, pois as obrigam a reviver os traumas decorrentes dos abusos, afastando-se da garantia de igualdade material e enfraquecendo os objetivos da Lei Maria da Penha, em especial o de proteger esse grupo vulnerável.

Nesse sentido, concluíram que tornar obrigatória e indispensável a realização da audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/2006, com o único objetivo de confirmar representação já efetuada, implica definir condição de procedibilidade não prevista na lei.

A matéria também chegou ao Supremo Tribunal Federal, que assim decidiu:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 16 DA LEI MARIA DA PENHA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DE PARTE, INCOMPETÊNCIA E AUSÊNCIA DE

QUESTÃO CONSTITUCIONAL. REJEIÇÃO. INTERPRETAÇÃO QUE ADMITE DESIGNAÇÃO DE OFÍCIO DA AUDIÊNCIA DE RENÚNCIA À REPRESENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO INCONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A promoção de melhorias no sistema de justiça condiz com as atribuições ínsitas ao Ministério Público, razão pela qual a entidade de classe que representa a integralidade de seus membros tem pertinência temática para propor ação direta em face de dispositivo constante da Lei Maria da Pena. 2. Remanescendo questão constitucional, é cabível a propositura de ação direta para afastar interpretação que já tenha sido rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. A legislação de combate à violência contra mulher deve ser aplicada de maneira estrita, garantido que todos os procedimentos sejam imparciais, justos e neutros relativamente a estereótipos de gênero. 4. O art. 16 da Lei Maria da Pena integra o conjunto de normas que preveem o atendimento por equipe multidisciplinar. Sua função é a de permitir que a ofendida, sponte propria e assistida necessariamente por equipe multidisciplinar, possa livremente expressar sua vontade. 5. Apenas a ofendida pode requerer a designação da audiência para a renúncia à representação, sendo vedado ao Poder Judiciário designá-la de ofício ou a requerimento de outra parte. 6. Ação direta julgada parcialmente procedente, para reconhecer a inconstitucionalidade da designação, de ofício, da audiência nele prevista, assim como da inconstitucionalidade do reconhecimento de que eventual não comparecimento da vítima de violência doméstica implique retratação tácita ou renúncia tácita ao direito de representação. (ADI 7267. Relator: Ministro Edson Fachin. Plenário. Data do julgamento: 22/08/2023. Data da Publicação: DJE 11/09/2023).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal realizou interpretação conforme a Constituição do art. 16 da Lei nº 11.340/2006, no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da designação, de ofício, da audiência nele prevista, bem como que eventual ausência da vítima de violência doméstica não implica “retratação tácita” ou “renúncia tácita ao direito de representação”.

Dessa forma, o art. 16 da Lei Maria da Pena não deve ser lido de forma isolada, até porque a função da audiência perante o juiz não é unicamente avaliar a presença de um requisito procedimental, mas permitir que a ofendida, assistida por equipe multidisciplinar, possa expressar sua vontade livremente.

Concluiu a Corte Constitucional que a obrigatoriedade da audiência prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha, sem que haja pedido de sua realização pela ofendida, viola o texto constitucional e as disposições internacionais que o Brasil se obrigou a cumprir, de erradicar a violência contra a mulher, na medida em que discrimina injustamente a própria vítima de violência.

CONCLUSÃO

A sociedade ainda possui valores que fomentam a violência de gênero, fruto do patriarcado, o que impõe a necessidade de uma postura mais ativa na implementação de políticas públicas de combate à discriminação, de valorização e, sobretudo, de respeito às mulheres, afastando-se a ideia de superioridade e dominação do homem e fraqueza e subordinação da mulher.

A Lei Maria da Penha aliada aos Tratados internacionais ratificados pelo Brasil sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, prevenção, punição e erradicação da violência desse grupo vulnerável, integram o microsistema jurídico voltado à proteção da ofendida e representam o esforço em mudar esse paradigma.

No que toca especificadamente à aplicação do art. 16 da Lei nº 11.340/2006, nos termos das decisões dos Tribunais Superiores aqui expostas, garante-se que, nos casos que envolvam violência de gênero contra mulheres, o procedimento seja imparcial e justo, além de assegurar o direito da ofendida de ser ouvida e ter respeitada sua vontade, fortalecendo o combate a estereótipos ou interpretações discriminatórias que revitimizam as mulheres.

Dessa forma, o direito à liberdade só irá prevalecer quando a mulher puder optar pela realização da audiência de retratação prevista no artigo 16 da Lei Maria da Penha, pois, determinar o comparecimento da ofendida a essa audiência resulta em violação à sua dignidade. Ademais, não se pode admitir que sua falta no ato resulte em automática renúncia ao direito de representação, pois este é o momento de verificar o real desejo da vítima de retirar a representação contra o agressor, e não de confirmá-lo.

A evolução no Poder Judiciário na defesa dos direitos das mulheres é notável, porém, os dados de violência doméstica e familiar¹¹ ainda são alarmantes, de forma que é dever de todos os atores da sociedade o combate a essa prática machista e discriminatória.

REFERÊNCIAS

11 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/relatorio-violencia-domestica-2023.pdf>

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 18 out. 2023.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 out. 2023.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2023.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 138143. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Data do julgamento: 03/09/2019. Data da Publicação: DJe de 10/09/2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901073561&dt_publicacao=10/09/2019>. Acesso em: 16 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1946824. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. Quinta Turma. Data do julgamento: 14/06/2022. Data da Publicação: DJe de 17/06/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102033780&dt_publicacao=17/06/2022>. Acesso em: 16 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1964293. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Terceira Seção. Data do julgamento: 08/03/2023. Data da Publicação: DJe de 29/03/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202103239601>>. Acesso em: 16 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1977547. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Terceira Seção. Data do julgamento: 08/03/2023. Data da Publicação: DJe de 29/03/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202103948148>>. Acesso em: 16 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Tema Repetitivo 1167. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Terceira Seção. Afetação na sessão eletrônica iniciada em 03/08/2022 e finalizada em 09/08/2022. Disponível em: <

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202103948148>>. Acesso em: 16 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 7267. Relator: Ministro Edson Fachin. Plenário. Data do julgamento: 22/08/2023. Data da Publicação: DJE 11/09/2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360854258&ext=.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2023.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Ebook. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/77954081/v4/document/106932283/anchor/a-106932283>. Acesso em: 18 out. 2023.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos humanos das mulheres e a comissão interamericana de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Livia de Meira Lima. **Lei Maria da Penha na prática**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Ebook. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/192884134/v3/page/IV>. Acesso em: 18 out. 2023.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Vulnerabilidades nas relações de família: o problema da desigualdade de gênero**. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das famílias*: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 306-322.

A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DO IPTU PROGRESSIVO NO TEMPO

MONICA MATSUNO DE MAGALHÃES: Pós-graduada em Direito Tributário e mestranda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), advogada e economista.¹²

RESUMO: A doutrina diverge quanto à classificação do IPTU progressivo no tempo. Enquanto para alguns trata-se de um tributo com caráter extrafiscal, outros doutrinadores imputam-lhe caráter sancionatório. Em ambas as definições, o IPTU progressivo no tempo é tributo, sendo possível construir sua regra-matriz de incidência tributária com base no texto constitucional e legislação correlata, evidenciando os critérios do antecedente e do consequente, com a finalidade de identificar a subsunção da norma ao fato.

Palavras-chave: regra-matriz, tributo, sanção, extrafiscalidade, função social da propriedade.

ABSTRACT: Doctrine differs regarding the classification of progressive IPTU over time, while for some it is a tax with an extra-fiscal character, other scholars attribute it to a sanctioning nature. In both definitions, progressive IPTU over time is a tax, making it possible to construct its tax incidence matrix rule based on the constitutional text and related legislation, highlighting the antecedent and consequent criteria, with the purpose of identifying the subsumption of the norm to the fact.

Keywords: matrix rule, tax, sanction, extra-fiscality, social function of property.

Introdução

O objetivo do presente artigo é construir a regra-matriz do Imposto Sobre a Propriedade Territorial Urbana – “IPTU progressivo no tempo”, delimitando sua hipótese de incidência, bem como seu consequente, esmiuçando os critérios da norma geral e abstrata e seu enunciado prescritivo de conduta subjetiva.

Para tanto, é necessário investigar a natureza jurídica do IPTU progressivo no tempo, visto que a regra-matriz de incidência tributária, “RMIT”, como técnica de conhecimento jurídico e aplicação lógica da linguagem do Direito, prescinde de um tributo como objeto de análise.

Conforme restará demonstrado, delimitada a premissa de que o IPTU progressivo no tempo é tributo dotado de extrafiscalidade, utilizado pela Administração Pública

¹² Currículo *Lattes* disponível em: <http://lattes.cnpq.br/9885634473281848>. E-mail: monicamatsuno@hotmail.com

competente para induzir seus administrados a observar o princípio constitucional da função social da propriedade em prol da consecução de seu plano urbanístico, também relevante será a investigação do plexo de normas postas que dispõem sobre a exação para a construção de sua regra-matriz de incidência tributária.

Para fins de recorte metodológico, será exemplificado e analisado o conjunto normativo municipal de São Paulo no tocante aos tributos imobiliários sob sua alçada, vejamos.

1. IPTU progressivo no tempo – tributo de caráter extrafiscal

Notória é a celeuma acerca da natureza jurídica do Imposto sobre a propriedade territorial urbana – “IPTU progressivo no tempo” prescrito no artigo 182, §4º, II da Constituição Federal, pois a doutrina majoritária defende tratar-se de tributo, à semelhança, mesmo com ressalvas, do IPTU ordinário insculpido no rol de competências designadas às Municipalidades, consoante artigo 156 da Lei Maior, dotado de viés sancionatório para alguns, e de caráter indutor de conduta imputado ao proprietário de imóvel urbano não utilizado, não edificado ou subutilizado para outros.

Além do texto constitucional, o IPTU progressivo no tempo fora positivado na Lei nº. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, especificamente em seus artigos 5º e 7º, sendo que o primeiro elenca as normas inerentes ao parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, enquanto o segundo explicita a exação do tributo extrafiscal em caso de inobservância da função social do imóvel urbano.

Importante ressaltar que o Estatuto da Cidade demanda a enunciação de norma municipal, o denominado Plano Diretor, a qual deve dispor acerca das formas e termos para a consecução do parcelamento, edificação ou utilização do bem imóvel urbano, além de prescrever as alíquotas máximas da exação, em observância ao artigo 7º, §1º, da Lei nº. 10.257/2001.

A título exemplificativo, a municipalidade paulistana enunciou a Lei nº. 16.050/2014, a qual positivou em seu artigo 98 o limite da alíquota de IPTU progressivo no tempo no patamar máximo de 15% (quinze por cento), estabelecendo ainda que “observadas as alíquotas previstas neste artigo, aplica-se ao IPTU Progressivo a legislação tributária vigente no Município de São Paulo”.

Pelo dispositivo da norma acima colacionada, verifica-se que o legislador municipal subsumiu o IPTU progressivo no tempo à classe dos tributos, cuja legalidade estrita que lhe fora imputada, inerente à matéria tributária, há de ser observada pela Administração Pública e pelos administrados paulistanos.

Tal conjunto de normas jurídicas devidamente inseridas – logo, válidas – e vigentes na ocasião da construção do presente estudo, aproxima o IPTU decorrente da inobservância da função social do imóvel urbano da roupagem de tributo com efeitos sancionatórios, exatamente como exemplifica Robson Maia Lins, ao afirmar que, quando a Constituição Federal prescreve a competência municipal deste tributo extrafiscal, como o fez no artigo 182, §4º, “acaba por atribuir à regra-matriz de incidência tributária não o timbre de uma norma sancionatória, mas norma com função sancionatória, onde o critério pragmático é prevalente” (LINS, 2019, p. 543).

A pragmática da norma refere-se à extrafiscalidade imputada ao IPTU progressivo no tempo, visto que a finalidade de sua exação não é adstrita à arrecadação em prol ao erário, mas sim pretende regular o comportamento subjetivo, de sorte a imputar ao proprietário do imóvel urbano que observe a sua função social, sob a forma de edificação e/ou utilização do bem, em atendimento à função social da propriedade insculpida no artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal.

Insta frisar que a progressividade no tempo de caráter extrafiscal não se confunde com a progressividade do IPTU em sua forma ordinária, qual seja, aquele tributo exigido em função da propriedade de imóvel urbano para o fim exclusivo de financiamento da máquina estatal – bem imóvel que descreve signo de riqueza e que em observância à capacidade contributiva de seu proprietário culmina em maior tributação à medida que a base de cálculo mensurada expresse maior possibilidade de adimplemento de tributo ao erário.

Acerca do IPTU em sua forma ordinária, atinente à propriedade de bem imóvel urbano, Roque Antonio Carrazza¹³ atribui-lhe a capacidade contributiva como decorrência do próprio valor venal do imóvel, não sendo relevante para a exação a capacidade de pagamento do proprietário, uma vez que a propriedade é o signo de riqueza per si.

Em continuidade ao seu raciocínio acerca do IPTU Progressivo no tempo, Roque Antonio Carrazza ensina que:

“Extrafiscalidade é o emprego da tributação para fins não primacialmente fiscais, mas para ordenar comportamentos dos contribuintes. Há extrafiscalidade quando o legislador, em nome do interesse coletivo, aumenta ou diminui as alíquotas e/ou bases de cálculo dos tributos com o objetivo principal de induzir os

¹³ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 102.

contribuintes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.” (CARRAZZA, 2021, p. 106)

Com relação à extrafiscalidade do IPTU progressivo no tempo, Elizabeth Nazar Carrazza, na segunda edição de sua obra “IPTU e Progressividade”¹⁴, formaliza a alteração de seu entendimento quanto ao viés sancionatório posto pelo legislador constituinte no artigo 182, §4º, visto que em sua primeira publicação atribuiu ao IPTU progressivo no tempo a “atividade tributária de caráter sancionatória”, ao passo que na versão atual remete à “função indutora” do tributo, pois:

“O caráter ‘sancionatório’ (coercitivo da progressividade) da progressividade no tempo, ora em exame, não decorre da incidência do IPTU sobre um ato ilícito. O IPTU, mesmo nesse caso, incide sobre o fato lícito de uma pessoa ser proprietária de um imóvel urbano. A correção advém, sim, do uso que a pessoa faz de sua propriedade urbana, em desconformidade com as diretrizes urbanísticas do plano diretor – não há descumprimento de uma regra jurídica de observância obrigatória, mas uma desconformidade com parâmetros gerais de urbanização previstos para uma determinada região urbana.”

Nesse momento faz-se necessário rememorar que a norma primária sancionatória¹⁵ prevê, em seu antecedente, uma conduta ilícita a ser praticada pelo sujeito de direito, cujo conseqüente normativo culminará em aplicação de uma sanção, seja ela pecuniária ou política, o que não ocorre no caso do IPTU progressivo no tempo, pois tão somente pretendeu a autoridade competente enunciativa da norma constitucional ordenar ou induzir, conforme denominou Elizabeth Nazar Carrazza, o comportamento de seus administrados.

O poder constituinte originário estabeleceu no artigo 182, §4º, da Constituição Federal a possibilidade de a Municipalidade exigir o IPTU progressivo no tempo a título de política de “desenvolvimento das funções sociais da cidade”, perseguindo a consecução de seu plano diretor para o uso efetivo do solo urbano de seu território, conforme elucida Elizabeth Nazar Carrazza: “A progressividade das alíquotas do IPTU no tempo visa compelir

14 CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *IPTU e Progressividade - Igualdade e Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 194-195.

15 Sobre a temática, sumariza Robson Maia Lins: “As penalidades pecuniárias ou multas fiscais, como já destacado, estão previstas em normas primárias sancionadoras, as quais, assim como as normas primárias dispositivas que instituem tributos (RMIT), se estruturam segundo um juízo condicional. A diferença reside no fato de que, no seu antecedente, há a previsão de um ato ilícito.” (LINS, 2019, p. 540)

o proprietário renitente a atender aos ditames da lei. Objetiva o adequado aproveitamento dos imóveis não edificados, subutilizados ou não utilizados.” (CARRAZZA, 2015, p. 196).

Não dispõe a norma constitucional que o IPTU progressivo no tempo seja sanção decorrente de ato ilícito, tampouco prescreve que o tributo extrafiscal decorra de ilícito por inadimplemento de tributo, como é o caso das sanções pecuniárias moratórias consequentes de inadimplemento, em consonância à natureza de tributo positivada no artigo 3º do Código Tributário Nacional.

Pretendeu o constituinte atribuir competência aos Municípios para exigirem tributo com fito extrafiscal de ordenação de seu limite territorial, garantindo a observância da função social da propriedade urbana sob a sua alçada administrativa, em consonância ao seu Plano Diretor, como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”, nos ditames do artigo 182, §1º, da Lei Maior.

Definida a premissa de que o IPTU progressivo no tempo é tributo, subsumido à concepção posta no artigo 3º do Código Tributário Nacional, por tratar-se de prestação pecuniária compulsória, que não constitui sanção por ato ilícito, e detém função extrafiscal de promoção de políticas municipais para garantir a função social da propriedade urbana situada em território sob a alçada da municipalidade competente, passemos a uma breve exposição acerca da regra-matriz de incidência tributária da exação.

2. Sobre a Regra-Matriz de Incidência Tributária - RMIT

Antes de adentrar à denotação pretendida neste artigo, acerca do recorte metodológico para a construção da regra-matriz de incidência tributária do IPTU progressivo no tempo com fulcro nas normas jurídicas postas no ordenamento constitucional, federal e paulistano, faz-se necessário introduzir a definição do conceito da RMIT em seu sentido conotativo.

Conforme ensina Lucas Galvão de Britto¹⁶:

“A expressão “regra-matriz de incidência tributária” costuma significar duas coisas: (i) uma técnica para organização do sentido construído a partir dos textos normativos numa fórmula, que orienta o processo interpretativo com o propósito de garantir-lhe maior rendimento; e, por metonímia, (ii) as normas construídas pelo emprego dessa técnica.”

¹⁶ BRITTO, Lucas Galvão de. *Tributar na era da Técnica: Como as definições feitas pelas Agências Reguladoras vêm influenciando a Interpretação das Normas Tributárias*. São Paulo: Noeses, 2018, p. 27.

A RMIT como “técnica para organização do sentido construído a partir dos textos normativos numa fórmula” consiste num instrumento de análise e conhecimento do tributo concebido por Paulo de Barros Carvalho, que organizou e sintetizou as normas jurídicas aplicáveis à totalidade de espécies tributárias em uma única estrutura lógica formulada, a qual estabeleceu critérios e símbolos hábeis a explicitar as normas gerais e abstratas de cada uma das espécies tributárias isoladamente.

Nesse compasso, importante rememorar que a norma jurídica em sentido estrito, alcançada no plano S3 do percurso gerador de sentido enunciado por Paulo de Barros Carvalho, representa a “cópula deôntica”¹⁷, cujo juízo hipotético-fundamental é explicitado pela fórmula D [H→C].

Tal fórmula consiste em uma estrutura lógica representativa de critérios inerentes à norma jurídica em sentido estrito da RMIT, sendo esta a norma tributária em sentido estrito que expressa a incidência da exação, enunciando norma geral e abstrata da incidência tributária, cujo antecedente, ou hipótese, anuncia o critério material, acompanhado pelos critérios espacial e temporal, e seu conseqüente expressa a relação jurídica que será criada entre os sujeitos ativo e passivo, bem como o critério quantitativo, resultante do resultado matemático da multiplicação entre a base de cálculo e a alíquota hábil a quantificar a obrigação tributária, cuja estrutura segue¹⁸:

$$D\{[Cm(v.c).Ce.Ct] \rightarrow [Cp(Sa.Sp).Cq(bc.al)]\}$$

D – dever-ser neutro (“cópula deôntica”)

Cm – Critério material

Ce – Critério espacial

Ct – Critério temporal

→ - Conectivo lógico (proposicional/implicacional)

CT – Conseqüente Tributário

Cs – Critério subjetivo

17 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 239.

18 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 8ª ed. São Paulo: Noeses, 2021, p. 625.

SA – Sujeito Ativo

SP – Sujeito passivo

Cq – Critério quantitativo

BC – Base de cálculo

AL – Alíquota

Importante ressaltar que a fórmula que representa a RMIT é um conjunto ordenado de variáveis, relacionadas pelos símbolos que as unem, definidos os critérios mínimos e determinantes da norma tributária, que representa na estrutura lógica toda a linguagem jurídico-tributária enunciada pelo legislador com a pretensão de instituir um tributo, restando aplicada a todas as espécies tributárias previstas no ordenamento.

Acerca dos critérios, ensina Lucas Galvão de Britto¹⁹:

“A cada vez que surge, na regra-matriz de incidência tributária, a expressão “critério”, faz-se para imprimir mais força à natureza seletora de propriedades de que é dotado cada elemento da norma padrão de incidência tributária: trata-se sempre de um recorte em que alguns dados da realidade social são selecionados e relatados na tessitura da realidade jurídica, sendo todo o restante, sobre o qual o texto do direito não tenha versado, irrelevante para a atribuição de efeitos jurídicos, por mais importância que tenha segundo outros critérios, como os utilizados pela economia, pela sociologia, pela contabilidade ou qualquer outra forma de conhecimento.”

Paulo de Barros Carvalho²⁰, sábio construtor da técnica e da formulação lógica da RMIT, aduz que:

¹⁹ BRITTO, Lucas Galvão de. *O Lugar e o Tributo: Ensaio Sobre Competência e Definição do Critério Espacial na Regra-Matriz de Incidência Tributária*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 124.

²⁰ Rosana Oleinik apresentou a cronologia da inovação científica da RMIT sob a autoria do Professor Paulo de Barros Carvalho: “O surgimento da regra-matriz de incidência tributária se deu no campo do Direito Tributário, nos idos da década de 60, ocasião em que foi introduzida à comunidade científica por Paulo de Barros Carvalho, com a defesa da tese de doutoramento denominada ‘Teoria da norma tributária’. (...) A técnica interpretativa da regra-matriz de incidência tributária ganhou grande impulso com o concurso para livre-docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ao qual se submeteu Paulo de Barros Carvalho no ano de 1981. (...) originando a tese ‘A regra-matriz de incidência tributária do ICM.’” (OLEINIK, 2020, p. 300)

“Além de oferecer ao analista um ponto de partida rigorosamente correto, sob o ângulo formal, favorece o trabalho subsequente de ingresso nos planos semântico e pragmático, tendo em vista a substituição de suas variáveis lógicas pelos conteúdos da linguagem do direito positivo.” (Linguagem e Método, 2021, p. 151)

Do excerto doutrinário acima, extraímos que a regra-matriz de incidência tributária consiste em uma redução eidética²¹ (essencial, nos termos do *eidōs* de Edmund Husserl), composta por variáveis que explicitam critérios, as quais são conectadas por símbolos que representam as implicações relacionais entre os critérios, estes que compreendem os requisitos mínimos a serem observados na constituição da norma tributária.

Assim, Paulo de Barros Carvalho ao elaborar a regra-matriz de incidência tributária partiu da preliminar investigação da norma tributária como um todo, passando a esmiuçá-la até delimitar as variáveis mínimas necessárias, os denominados critérios, estes que consistem nos aspectos nucleares mais relevantes para a ocorrência da hipótese de incidência e a ulterior exigência da obrigação tributária.

Fabiana Del Padre Tomé²², ao discorrer sobre o método do Construtivismo Lógico-Semântico e a construção dos sentidos realizada pelo intérprete frente ao texto da norma positivada, preceituou que:

“Nesse contexto, analisar equivale a decompor o objeto de estudo em uma série de elementos que facilitam a compreensão do fenômeno que se observa. No constructivismo lógico-semântico, o objeto de análise é a linguagem, a qual se pretende reduzir ou traduzir a uma linguagem formal e cuja lógica e procedimentos sejam claros, rigorosos e controláveis. É o que Paulo de Barros Carvalho fez em relação às normas jurídicas tributárias, edificando a teoria da regra-matriz de incidência tributária.”

Nesse sentido, a regra-matriz de incidência tributária é uma fórmula descritiva de evento tributário futuro, visto que a RMIT detém natureza de norma geral e abstrata, logo, remete à momento pretérito à incidência e aplicação da norma tributária no caso concreto ocorrido na realidade social, ocasião em que se formará a norma individual e concreta, e

²¹ Explicação proferida pelo Professor Doutor Lucas Galvão de Britto em aula presencial ministrada no crédito Regra-matriz de Incidência Tributária no Mestrado IBET em 03.2023.

²² TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário: de acordo com o código de processo civil de 2015*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 05.

as variáveis deixarão de ser denominadas “critérios” e passarão a chamarem-se “elementos”, em observância ao rigor semântico²³.

Apresentado o breve relato acerca da regra-matriz de incidência tributária, passemos a esmiuçar seus critérios constitutivos em prol da construção da RMIT do tributo extrafiscal IPTU progressivo no tempo.

3. Critérios da RMIT do IPTU progressivo no tempo

3.1. O antecedente da norma: hipótese de incidência

Faz-se necessário esclarecer que a hipótese de incidência compreende os critérios positivados em normas que descrevem o antessuposto da norma geral e abstrata hábeis a ensejar a relação jurídica, ou obrigação tributária, consequente.

Para tanto, analisaremos os critérios material, espacial e temporal inerentes ao IPTU progressivo no tempo.

3.1.1. Critério Material

Preceitua Paulo de Barros Carvalho que o critério material da norma tributária em sentido estrito é composto por um verbo pessoal que indica uma conduta subjetiva, este acompanhado de um complemento, na figura de predicado verbal.

No presente caso de investigação do IPTU progressivo no tempo, vejamos as normas de direito posto (constitucional, federal e municipal, respectivamente) que prescrevem tal tributo, especificamente, no âmbito paulistano:

Constituição Federal

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do

²³ “Nada obstante, para facilitar a transmissão expositiva, vamos empregar, daqui para a frente, preponderantemente, o signo “hipótese” para aludir ao suposto da norma geral e abstrata e “antecedente” para mencionar o antessuposto da regra individual e concreta.” CARVALHO. *Direito tributário, linguagem e método*. p. 40.

proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

(...)

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo

Estatuto da Cidade – Lei nº. 10.257/2001

Art. 7º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

Plano Diretor Paulistano – lei nº. 16.050/2014

Art. 98. Caso os proprietários dos imóveis mencionados na subseção anterior não cumpram as obrigações nos prazos ali estabelecidos, a Prefeitura deverá aplicar alíquotas progressivas de IPTU majoradas anualmente pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivos até atingir a alíquota máxima de 15% (quinze por cento).

Art. 96. Os imóveis não edificados, subutilizados e não utilizados são sujeitos ao parcelamento, edificação e utilização compulsórios.

Partindo da premissa de que o critério material explicita uma conduta subjetiva composta por um verbo pessoal e seu respectivo complemento, dos excertos normativos acima transcritos extrai-se que o sujeito passivo que não utilizar, não edificar ou subutilizar imóvel situado em perímetro urbano será compelido ao recolhimento do IPTU progressivo no tempo.

Importante ressaltar que tal não utilização, subutilização ou não edificação pressupõe a propriedade do referido imóvel urbano, mas não se confunde com o IPTU exigível em decorrência de seu critério material próprio, qual seja, ser proprietário de imóvel urbano, cuja identidade dar-se-á apenas no tocante à sujeição passiva que será adiante explanada.

Em relação ao IPTU progressivo no tempo, seu lançamento independe do lançamento prévio do IPTU sobre a propriedade, podendo, inclusive, serem exigidos simultaneamente, uma vez que este decorre da não utilização, subutilização ou não edificação do imóvel urbano e, no caso em testilha, inserto no território da municipalidade paulistana a seguir descrito.

3.1.2. Critério Espacial

Sobre o local da ocorrência do critério material, Paulo de Barros Carvalho aduz, especificamente no tocante aos “impostos que oneram a propriedade predial e territorial” que: “A descrição normativa não fixa lugares exclusivos, não se detendo por oferecer um rol limitado de postos. Antes, prevê áreas, regiões, intervalos territoriais, extensos e dilatados, dentro dos quais, em qualquer de seus pontos, pode efetivar-se o evento” (CARVALHO, 2014, p. 265).

E no presente ensaio, investiga-se a incidência de um tributo extrafiscal, utilizado pela Administração Pública Municipal na consecução de seu plano diretor, sendo explícita a finalidade indutora de política urbana e o exercício de sua competência, conforme dispôs o texto constitucional.

Sobre o tema, acerca da positivação do espaço remeter apenas a fatos juridicizados, como o é o critério espacial do IPTU progressivo no tempo, ensina Lucas Galvão de Britto²⁴ que a delimitação territorial não consiste apenas em expressão de soberania decorrente da competência tributária, mas sim da positivação de enunciados que prescrevem a juridicização do território, vejamos:

“Mais adequado às premissas adotadas no Capítulo Primeiro para se afirmar, com KELSEN, que um território existe na precisa medida em que suas normas assim o definam. A soberania, as relações sociais de poder “real”, assim como qualquer referência feita ao espaço físico, somente podem ser tomadas como delineadoras do território juridicamente apreciável na medida em que as normas de um ordenamento sobre esses aspectos dispuserem. O território jurídico,

²⁴ BRITTO, 2014, p. 108.

utilizado para fazer referências nas operações de subsunção próprias da incidência das normas de direito, não nasce da soberania.”

Desta feita, acerca do IPTU progressivo no tempo, diante da competência prevista no artigo 182 da Constituição Federal, consubstanciada pelo artigo 7º do Estatuto da Cidade, e exemplificando a municipalidade paulistana, conclui-se que o critério espacial na presente investigação é o território do Município de São Paulo.

3.1.3. Critério Temporal

Por fim, após a delimitação dos critérios material e espacial, cumpre-nos adentrar ao momento cronológico da conduta subjetiva de não utilização, subutilização ou não edificação de imóvel urbano situado no território municipal de São Paulo.

Antes de adentrar ao conteúdo legislativo das normas paulistanas, relevante pontuar os ensinamentos do Professor Paulo de Barros Carvalho acerca do tempo no fato e o tempo do fato²⁵.

O ilustre construtor da RMIT elucida que o tempo do fato é o momento da enunciação da norma individual e concreta válida, devidamente inserida no sistema de direito positivo, posterior à incidência da RMIT no caso concreto. Em se tratando de IPTU progressivo no tempo referimo-nos à notificação de lançamento expedida pela Administração Pública municipal ao respectivo sujeito passivo da obrigação tributária.

Já quando remetemos ao tempo no fato, este é o átimo definido pelo legislador como termo cronológico da incidência tributária expresso na regra-matriz de incidência tributária como norma geral e abstrata, de sorte que remete às condutas futuras a serem devidamente vertidas em linguagem competente.

Vejamos o(s) critério(s) temporal(ais) posto(s) pela legislação do Município de São Paulo:

Plano Diretor Paulistano – lei nº. 16.050/2014

Art. 98. Caso os proprietários dos imóveis mencionados na subseção anterior não cumpram as obrigações nos prazos ali estabelecidos, a Prefeitura deverá aplicar alíquotas progressivas de IPTU majoradas

²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos da incidência*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2021, pp. 178-179.

anualmente pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivos até atingir a alíquota máxima de 15% (quinze por cento).

Art. 96. Os imóveis não edificados, subutilizados e não utilizados são sujeitos ao parcelamento, edificação e utilização compulsórios.

§ 1º Os proprietários dos imóveis não parcelados, não edificados ou subutilizados deverão ser notificados pela Prefeitura e terão prazo máximo de 1 (um) ano a partir do recebimento da notificação para protocolar, junto ao órgão competente, pedido de aprovação e execução de projeto de parcelamento ou edificação desses imóveis, conforme o caso.

§ 2º Os proprietários dos imóveis notificados nos termos do parágrafo anterior deverão iniciar a execução do parcelamento ou edificação desses imóveis no prazo máximo de 2 (dois) anos a contar da expedição do alvará de execução do projeto, cabendo aos proprietários a comunicação à administração pública.

§ 3º Os proprietários dos imóveis não utilizados deverão ser notificados pela Prefeitura e terão prazo máximo de 1 (um) ano, a contar do recebimento da notificação, para ocupá-los, cabendo aos proprietários a comunicação à administração pública.

§ 4º Caso o proprietário alegue como impossibilidade jurídica a inviabilidade de ocupação do imóvel não utilizado em razão de normas edilícias, o Executivo poderá conceder prazo de 1 (um) ano, a partir da notificação, exclusivamente para promover a regularização da edificação se possível, nos termos da legislação vigente, ou a sua demolição, fluindo a partir de então prazo igual para apresentação de projeto de nova edificação ou documentação relativa à regularização do imóvel.

§ 5º O proprietário terá o prazo de até 5 (cinco) anos, a partir do início das obras previstas no § 2º para comunicar a conclusão do parcelamento do solo, ou da edificação do imóvel, ou da primeira etapa de conclusão de obras no caso de empreendimentos de grande porte.

§ 6º Os prazos previstos neste artigo serão contados em dobro quando o proprietário notificado for cooperativa habitacional ou associação sem fins lucrativos.

§ 7º No setor Orla Ferroviária e Fluvial da Macroárea de Estruturação Metropolitana, a notificação se dará a partir da aprovação da lei específica de reordenamento territorial da região ou do setor onde esteja inserido o imóvel em questão.

§ 8º Nas glebas ou lotes com área superior a 20.000m² (vinte mil metros quadrados) localizados na Macroárea de Redução da Vulnerabilidade Urbana, mencionados no inciso VII do art. 91, a notificação deverá se referir exclusivamente ao parcelamento compulsório.

§ 9º A transmissão do imóvel, por ato "inter vivos" ou "causa mortis", posterior à data da notificação prevista nos §§ 1º e 3º, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização sem interrupção de quaisquer prazos.

Insta observar que o legislador paulistano não delimitou um termo específico como critério temporal para a incidência do IPTU progressivo no tempo pois a exigência de tal tributo extrafiscal é subsidiária ao cumprimento das medidas atinentes à política de planejamento territorial urbano.

Sendo assim, o lançamento tributário do IPTU progressivo no tempo deverá – ou ao menos deveria²⁶ – elucidar em qual data deu-se a ocorrência do critério material da exigência tributária, que no caso em estudo seriam a não utilização, subutilização ou não edificação do imóvel urbano, após o respectivo decurso do prazo estabelecido no competente plano diretor para atendimento das normas de ordenação territorial.

3.2. O conseqüente da norma: obrigação tributária

Pontuado o antecedente, passemos ao conseqüente da RMIT do IPTU progressivo no tempo, o qual contém os sujeitos vinculados a uma relação jurídico-obrigacional, na qual há deveres e direitos contrapostos, em torno de um objeto comum, a serem observados entre as partes relacionadas.

²⁶ "Sobrepensados esses aspectos, desponta a natural necessidade de que a norma tributária revele o marco de tempo em que se dá por ocorrido o fato, abrindo-se aos sujeitos da relação o exato conhecimento da existência de seus direitos e suas obrigações." (CARVALHO, 2014, p. 268)

Paulo de Barros Carvalho ensina que a relação jurídica como fato dar-se-á apenas com a incidência da norma geral e abstrata, sendo descrita no consequente da norma individual e concreta, uma vez que no ulterior da regra-matriz de incidência²⁷:

“(…) não temos ainda o vínculo, apenas os critérios para determiná-lo, isto é, as classes de predicados que a relação deverá conter. Somente com o enunciado do consequente da norma individual e concreta é que aparecerá o fato da relação jurídica, na sua integridade constitutiva, atrelando dois sujeitos (ativo e passivo), em torno de uma prestação submetida ao operador deôntico modalizado (O, V e P).”

Com relação ao objeto prestacional, por tratar-se de obrigação tributária, em alusão ao artigo 3º do Código Tributário Nacional, esta consiste em pecúnia, de sorte que é necessário estabelecer os critérios que atribuem valor ao objeto da relação jurídica patrimonial, conforme será esmiuçado adiante.

3.2.1. Critério Pessoal – Sujeição Ativa e Passiva

Os sujeitos passivo e ativo compõem os polos da relação jurídico-tributária, sendo que a regra-matriz de incidência do tributo prescreve os critérios a serem preenchidos para a constituição do fato jurídico tributário na ocasião da incidência e constituição da norma individual e concreta.

Para tanto, o legislador prescreve no ordenamento quais os sujeitos elegíveis a figurar em ambos os polos, sendo pré-requisito do sujeito ativo a norma posta que assim o determina.

O sujeito ativo, em grande parte, coincide com os destinatários das competências tributárias ordenadas no texto constitucional, o que não implica em dizer que sujeição ativa e competência tributária são sinônimos, pois conforme alude Paulo de Barros Carvalho²⁸:

“Em algumas oportunidades, porém, verificamos que a lei instituidora do gravame indica sujeito ativo diferente daquele que detém a respectiva competência, o que nos conduz à conclusão de que uma é a pessoa competente, outra a pessoa credenciada a postular o cumprimento da prestação. Ora, sempre que isso ocorrer, apontando a lei sujeito ativo diverso do portador da competência impositiva, estará o estudioso habilitado a reconhecer duas situações juridicamente distintas: a) o sujeito ativo, que não é titular da

²⁷ CARVALHO. *Fundamentos jurídicos da incidência*. p. 186.

²⁸ CARVALHO. *Direito tributário, linguagem e método*. pp. 258-259.

competência, recebe atribuições de arrecadar e fiscalizar o tributo, executando as normas legais correspondentes (CTN, artigo 7º), com as garantias e privilégios processuais que competem à pessoa que legislou (CTN, artigo 7º, § 1º), mas não fica com o produto arrecadado, isto é, transfere os recursos ao ente político; ou b) o sujeito ativo indicado recebe as mesmas atribuições do item a, acrescidas da disponibilidade sobre os valores arrecadados, para que os aplique no desempenho de suas atividades específicas. Nesta última hipótese, temos consubstanciado o fenômeno jurídico da parafiscalidade.”

Conclui-se que a sujeição ativa decorrerá da competência designada à respectiva pessoa jurídica de direito público, desde que não disponha a legislação de forma diversa, concedendo a terceiro o direito de exigir e gerir tributo de seus administrados.

No que se refere ao IPTU progressivo no tempo, o constituinte delegou aos municípios a competência legislativa atinente ao tributo extrafiscal indutivo da função social da propriedade em seus artigos 156 e 182, *in verbis*:

Constituição Federal

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

(...)

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

(...)

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo

Em se tratando de sujeição passiva, o qual detém o dever de adimplir a prestação pecuniária compulsória em favor do sujeito ativo, apenas os ditames da norma estabelecerão a quem caberá o recolhimento das exações.

O Código Tributário Nacional prevê formas diversas além do adimplemento ordinário, qual seja, aquele em que o sujeito passivo executa o verbo mais complemento previsto no critério material do antecedente normativo também é responsável pelo pagamento do tributo, como ocorre nos casos de solidariedade e responsabilidade tributária.

No entanto, uma vez que a premissa exemplificativa do presente estudo está adstrita ao IPTU progressivo no tempo, insta rememorar os dispositivos que remetem à sua relação jurídica, senão vejamos novamente a legislação paulistana sobre o tema:

Plano Diretor Paulistano – lei nº. 16.050/2014

Art. 98. Caso os proprietários dos imóveis mencionados na subseção anterior não cumpram as obrigações nos prazos ali estabelecidos, a Prefeitura deverá aplicar alíquotas progressivas de IPTU majoradas anualmente pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivos até atingir a alíquota máxima de 15% (quinze por cento).

Observa-se que a legislação paulistana, em consonância ao texto constitucional positivado no artigo 182, §4ª da Constituição Federal, destina a sujeição passiva do IPTU progressivo no tempo ao “proprietário dos imóveis” não edificado, subutilizado ou não utilizado”, o que nos leva a crer que “ser proprietário/deter a propriedade” do bem imóvel seja condição previamente estabelecida à exação do tributo imobiliário extrafiscal, sendo inaplicável à exação os institutos da solidariedade ou da responsabilidade tributária.

Sendo assim, a regra-matriz de incidência tributária do IPTU progressivo no tempo atribui sujeição ativa aos municípios, no caso em análise à Prefeitura Municipal de São Paulo, bem como a sujeição passiva abarcará os proprietários de bens imóveis urbanos não utilizados, não edificados ou subutilizados em território paulistano.

3.2.2. Critério quantitativo – Base de cálculo e alíquota

Apontados os sujeitos que figurarão nos polos da relação jurídico-tributária da exigência do IPTU progressivo no tempo entre municipalidades e proprietários de imóveis urbanos, de rigor é a investigação acerca do *quantum debeatur* do liame obrigacional.

Quanto às especificações inerentes à base de cálculo e à alíquota, que compõem o critério quantitativo da regra-matriz de incidência tributária, sumariza Paulo de Barros Carvalho²⁹ acerca do critério quantitativo que:

“Uma das funções da base de cálculo é medir a intensidade do núcleo factual descrito pelo legislador. Para tanto, recebe a complementação de outro elemento que é a alíquota, e da combinação de ambos resulta a definição do *debitum* tributário. Sendo a base de cálculo uma exigência constitucionalmente obrigatória, a alíquota, que com ela se conjuga, ganha, também, foros de entidade indispensável. Carece de sentido a existência isolada de uma ou de outra.”

Importante mencionar o ensinamento do Ilustre Professor acerca do binômio critério material e critério quantitativo³⁰:

“Conforme ficou assentado, para isolar a regra-matriz de incidência tributária é preciso aludir aos critérios material, espacial e temporal, na proposição hipótese, e aos critérios pessoal e quantitativo, na proposição tese. Dentre tais critérios, interessam, para fins de identificação da natureza jurídica do tributo, o material e o quantitativo. Isto porque, enquanto o primeiro é o núcleo da hipótese de incidência, composto por verbo e complemento que descrevem abstratamente uma atuação estatal ou um fato do particular, o segundo, no âmbito da base de cálculo, mensura a intensidade daquela conduta praticada pela Administração ou pelo contribuinte, conforme o caso. Nesses critérios é que se encontra o feixe de preceitos demarcadores dos chamados “traços da enunciação”, ou seja, o conjunto dos elementos que o editor da norma julgou relevante para produzir o acontecimento tributado.”

Do excerto doutrinário extrai-se a relevância do confronto entre o critério material e o critério quantitativo para verificar se a finalidade pretendida pelo legislador será (norma geral e abstrata) ou fora (norma individual e concreta) alcançada.

29 CARVALHO. *Curso de direito tributário*. p. 317.

30 CARVALHO. *Direito tributário, linguagem e método*. pp. 416-417.

E no caso do IPTU progressivo no tempo, tributo imobiliário extrafiscal, pretendeu a autoridade enunciativa competente induzir o comportamento de seus munícipes, com fito da municipalidade promover a política urbana em seu território, coibindo a não utilização, não edificação ou subutilização de imóveis no perímetro urbano.

Tanto assim o é que a base de cálculo do tributo imobiliário extrafiscal coincide com a do IPTU em sua forma ordinária, o denominado valor venal do imóvel, assim como coadunam os sujeitos passivos de ambas as exações: proprietários de imóveis urbanos.

Mas a dissonância e a expressão legal da extrafiscalidade está inserta na alíquota. Novamente, partindo do exemplo da capital de São Paulo, vejamos o que dispõem as legislações paulistas acerca das alíquotas do IPTU em sua forma ordinária e do IPTU progressivo no tempo:

Sistema tributário do Município de São Paulo - lei nº 6.989/66

Art. 7º - O imposto calcula-se à razão de 1,0% sobre o valor venal do imóvel, para imóveis utilizados exclusiva ou predominantemente como residência.

Art. 8º - O imposto calcula-se à razão de 1,5% sobre o valor venal do imóvel, para imóveis construídos com utilização diversa da referida no artigo 7º.

Plano Diretor Paulistano – lei nº. 16.050/2014

Art. 98. Caso os proprietários dos imóveis mencionados na subseção anterior não cumpram as obrigações nos prazos ali estabelecidos, a Prefeitura deverá aplicar alíquotas progressivas de IPTU majoradas anualmente pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivos até atingir a alíquota máxima de 15% (quinze por cento).

Verifica-se que enquanto o IPTU decorrente da propriedade do imóvel urbano é exigido sob a alíquota de 1% (um por cento) para fins residenciais e 1,5% (um e meio por cento) para as demais finalidades, o IPTU progressivo no tempo pode alcançar o décuplo da maior alíquota ordinária, sem distinções acerca da finalidade da propriedade urbana.

Nesse sentido, a amplitude da majoração da alíquota variável incidente sobre uma mesma base de cálculo fixa, o valor venal do imóvel, explicita, veementemente, a extrafiscalidade³¹ e a função indutora pretendida pelo constituinte no tocante à imposição

³¹ Acerca da utilização da alíquota como instrumento operacional de extrafiscalidade, Paulo de Barros Carvalho explicita as isenções: "Ao manipular os sistemas de alíquotas, implementa o político suas intenções

do IPTU progressivo no tempo como forma de ordenar o perímetro urbano de cada municipalidade ao exercer a sua respectiva competência tributária.

Conclusão

Diante de todo o exposto, temos que o IPTU progressivo no tempo é tributo com a função extrafiscal com fito de induzir o comportamento de proprietários de imóveis urbanos para a consecução de políticas públicas em observância à função social da propriedade.

Definida a premissa de que o IPTU progressivo no tempo é tributo, bem como delimitado que a RMIT é o instrumento adequado que permite a análise de um tributo mediante a identificação de seus critérios essenciais, positivados na norma jurídica, possível foi a construção de sua regra-matriz de incidência tributária, cujos critérios, de forma sumária, podem ser assim descritos:

Hipótese de Incidência

Critério material: não utilizar, não edificar ou subutilizar (verbo) imóvel urbano (complemento)

Critério espacial: limite territorial do Município

Critério temporal: findo o termo descrito na legislação municipal, posterior ao inadimplemento da utilização, não edificação ou subutilização do imóvel urbano

Consequente Tributário

Critério subjetivo

Sujeito Ativo: o Município

Sujeito passivo: o proprietário do imóvel urbano

Cq – Critério quantitativo

Base de cálculo: valor venal do imóvel

Alíquota: até 15% (quinze por cento)

extrafiscais e, por reduzi-la a zero (alíquota zero), realiza uma das modalidades de isenção.” (CARVALHO, 2014, p. 329)

Verificados os critérios da RMIT do IPTU progressivo no tempo, coadunam com a assertiva de que se trata de tributo dotado de extrafiscalidade, haja vista a escolha do legislador em atribuir uma alíquota elevada sobre a base de cálculo, esta que coincide com o IPTU ordinário sobre a propriedade, para induzir a conduta subjetiva do proprietário de imóvel urbano, caso este sujeito passivo não utilize, não edifique ou o subutilize a sua propriedade, com o fito de alcançar a sua função social e garantir a política de desenvolvimento urbano instituída pela municipalidade competente no território da situação do imóvel.

Referências Bibliográficas

BRITTO, Lucas Galvão de. *O Lugar e o Tributo: Ensaio Sobre Competência e Definição do Critério Espacial na Regra-Matriz de Incidência Tributária*. São Paulo: Noeses, 2014.

BRITTO, Lucas Galvão de. *Tributar na era da Técnica: Como as definições feitas pelas Agências Reguladoras vêm influenciando a Interpretação das Normas Tributárias*. São Paulo: Noeses, 2018.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *IPTU e Progressividade - Igualdade e Capacidade Contributiva*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 33 ed. Malheiros, São Paulo, 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 8ª ed. São Paulo: Noeses, 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos da incidência*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2021.

LINS, Robson Maia. *Curso de direito tributário brasileiro*. São Paulo: Noeses, 2019.

OLEINIK, Rosana. *Teoria da norma jurídica e a regra-matriz de incidência como técnica de interpretação do direito*. In: CARVALHO, Paulo de Barros et al. *Constructivismo lógico-semântico – Vol. I*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2020.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário: de acordo com o código de processo civil de 2015*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

A JUNÇÃO DA TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL COM A TEORIA DA DECISÃO RACIONAL DO CRIME DE COLARINHO BRANCO

PRISCILA TARGINO SOARES BELTRÃO:

Advogada. Formada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Exerceu cargo em comissão de assessoria no Ministério Público da Paraíba por 03 anos e 09 meses³²

RESUMO: Aborda a teoria da associação diferencial de Sutherland e sua conexão com a teoria da decisão racional do crime, Becker. Sua inserção no fenômeno corrupção dentro do Brasil. A cultura nacional empresarial da normalidade corruptiva. A aceitação social e o negacionismo do povo quanto a agentes públicos e diretores de empresas cometedores de crimes do colarinho branco. O efeito cíclico. A educação como único meio de implantar uma cultura de respeito aos bens públicos mais relevantes.

Palavras-chave: Crimes do colarinho branco; Associação diferencial; Decisão racional do crime; Corrupção e Brasil; Empresa; Cultura da corrupção; Normalidade, aceitação social e negacionismo; Efeito cíclico; Educação e salvaguarda do futuro.

ABSTRATC: Approach the Sutherland's differential association theory and its connection with Becker's rational decision theory of crime. Its insertion in the corruption phenomenon within Brazil. The national corporate culture of corrupting normality. Social acceptance and people's denial of public agents and company directors who committed crimes against the white collar. The cyclic effect. Education as the only way to implement a culture of respect for the most relevant public goods.

Keywords: White collar crimes; Differential association; Rational decision of the crime; Corruption and Brazil; Company; Culture of corruption; Normality, social acceptance and denial; Cyclic effect; Education and safeguarding the future.

O ambiente de negócios no Brasil parece imbricado permanentemente com o Estado. Talvez em razão do tamanho e voracidade com que este último tenta interferir na vida das pessoas e empresas, talvez, pela incompetência e inabilidade do setor produtivo, o que não se acredita. Isso reforça a ideia de que dependemos do Estado para tudo, de forma que sem ele, estaríamos, de algum modo alijados, incapazes de tocarmos nossas

³² E-mail: priscilabeltrao@hotmail.com

vidas e negócios, de salvaguardar nossa privacidade, costumes e modo de ser e viver, como educar nossos filhos, enfim, de nos sentirmos livres na acepção pura da palavra *liberdade*.

Essa relação estreita entre o público e o privado, por vezes confundindo-os, advém não só do caráter patrimonialista que nos foi introduzido com a chegada dos europeus originários da Península Ibérica, mas também da percepção de que o crime compensa, notadamente aquele cometido contra a Administração Pública e no seio de grandes conglomerados empresariais.

O fenômeno corrupção, nunca esteve tão em voga como ultimamente no Brasil, mormente após sua franca expansão pós anos 2000, ou, não se sabe exatamente, uma amplitude com campo de visão dos cidadãos decorrente da maior transparência e qualidade das investigações que apuram não só esse tipo de crime, mas o gênero crimes do colarinho branco.

Não é à toa que o maior pensamento crítico ao fenômeno corrupção (nos setores públicos e privados) no Brasil, deve-se ao incremento das ferramentas tecnológicas que possibilitaram milhares de cidadãos brasileiros a terem informações em tempo real e acesso amplo e universal ao conteúdo das investigações, configurando mais um meio de salvaguarda da sociedade em exigir o cumprimento das leis e fiscalizar os autores estatais envolvidos nas investigações.

Quando se introduz os componentes políticos e empresas, ele parece surgir com mais evidência, o que nos leva à linha de pensamento de Sutherland³³, quando afirma que *"a criminalidade de colarinho branco na política, geralmente reconhecida como mais reinante, tem sido utilizada por alguns como um indicador aproximado para medir a criminalidade de colarinho branco nos negócios."*

O cenário posto é propício, portanto, para que possamos analisar, ainda que sinteticamente, esse evento criminológico.

Aspectos inerentes ao perfil – *não há propriamente um perfil, um viés, mas fatores característicos comuns* – do agente que comete o crime de corrupção podem ser concentrados em três: a competitividade; o narcisismo associado ao *"entitlement"*; e a propensão de assumir riscos.

Não necessariamente esses três elementos indicarão que uma pessoa é criminoso ou tende a sê-lo, mas o seu excesso é forte indicativo.

Por competitividade temos o fato de alguém querer competir com outrem e ser vencedor. No campo criminológico, temos que a associação da competição com o *status*

³³ <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/56251>

social no qual está inserido o pretense criminoso eleva o gradiente de probabilidade do ato ilícito, na medida em que a busca desenfreada pelo poder, respeito no meio social – ainda que por meios desonestos e ocultos – e a autocomiseração no sentido de estar provendo uma falsa justiça social, levam a formatação desse subproduto.

Quanto ao narcisismo, é possível verificar que agentes públicos e privados envolvidos em crimes de corrupção denotam necessidade diuturna de grandiosidade, unicidade, prepotência e arrogância, de que é uma pessoa especial, distinta das demais, recaindo, em alguns, até mesmo a ideia de messianismo.

O narcisismo demonstrou ser uma forte característica do criminoso do colarinho branco. Dentro do narcisismo temos o "*entitlement*"³⁴, um dos fatores de sua composição. Não há uma tradução exata para o termo, mas é possível dizer que ele corresponde à ideia do narcisista de que ele é melhor que os demais (ainda que efetivamente não o seja) e, por essa razão, merece mais que todos. Trata-se de uma espécie de autointitulação só porque pertence à determinada classe social ou nasceu em determinado grupo, de forma que isso justifica ter um tratamento mais benéfico que as outras pessoas.³⁵

No que tange à propensão ao risco, característica própria do ambiente de negócios, percebe-se que ela é a face empreendedora e econômica dos crimes de colarinho branco. É a chamada "*decisão racional do delito*", de Gary Becker, autor que conseguiu convergir direito, economia e política criminal, Becker pontua que uma pessoa predisposta a cometer um delito, tende a fazê-lo se antever, ainda que superficialmente, se o seu resultado de o executar foi maior que não o fazer.

Sendo assim, é possível inferir com maior segurança que a "*decisão racional do delito*", juntamente com a "*associação diferencial*", de Sutherland, a qual traz a ideia de que a criminalidade do colarinho branco é aprendida, seja de forma direta ou indireta com outras pessoas (familiares, amigos, colegas, etc) que praticam ou já praticaram o mesmo comportamento antijurídico, bem traduzem um pressuposto teórico conceitual para a configuração do agente típico.

No Brasil, esse agente típico, que pratica crimes do colarinho branco em regra são pessoas de classes elevadas, notadamente pela posição das funções que ocupam, ainda que transitoriamente, *v.g.*, políticos, diretores de empresas, mas não só, porquanto membros do Poder Judiciário são vistos em escândalos de corrupção milionários, o que

34 Corrupção : aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos / coordenadores Daniel de Resende Salgado, Ronaldo Pinheiro de Queiroz, Vladimir Aras – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. pág. 213/214.

35 Conforme descrito por Edwin Hardin Sutherland, no artigo A Criminalidade de Colarinho Branco, publicado em 1940.

denota um ingresso no subconsciente do povo como atitude comum ou socialmente aceitável.

Nas palavras da Professora Heloisa Estellita, temos um agente dotado de “*informação, do poder de decisão e de um comportamento executivo*”. Ademais, ainda nas palavras da ilustre doutrinadora, autorresponsável, executando o comportamento típico e ciente dos riscos por ele criados³⁶.

Essa cegueira massificada dos concidadãos, ou mesmo, a sua omissão, quanto à censura prévia ou posterior a essas atitudes gera um efeito deletério devastador e cíclico, na qual passamos a não querer aceitar ou acreditar que determinados agentes públicos não sejam capazes de praticar um crime econômico.

Temos, portanto, uma dicotomia entre a lei como representação positivada de um costume (não toleramos atos de corrupção) e a sua realidade. Trata-se da fotografia da sociedade como todo, considerando que o Congresso Nacional teoricamente compila e concentra essa manifestação popular nos seus representantes através do voto, ou estamos diante de uma representação legal viciada na origem, no próprio processo eleitoral de escolha e que, dessa forma, deslegitima aquela representação popular, dando azo a uma suposta ruptura entre a base (os eleitores) e os seus representantes (eleitos)?

É possível que isso nos traga aquela sensação de que o desbaratamento de uma organização criminosa que atue cometendo crimes do colarinho branco, seja logo substituído por outra, especialmente na Administração Pública, praticando as mesmas infrações penais de outrora até que novamente, seja apanhada pelas autoridades investigativas, confirmando a existência de uma cadeia cíclica criminosa permanente, num movimento criminoso *ad infinitum*.

Novos modais para combater esse mal já entraram em vigor no Brasil, a exemplo da prevenção com o *compliance*, internalizando uma cultura de conformidade dentro das corporações e dentro da própria Administração Pública, desestimulando que pessoas do alto escalão violem bens jurídicos macroeconômicos relevantes.

Entretanto, não há dúvidas de que apenas o investimento estatal em massa na educação das crianças e adolescentes, especialmente com inserções na grade curricular que desenvolvam naqueles a noção e o interesse de que a tutela penal de determinados bens é inegociável, a exemplo da probidade, seja ela no âmbito público ou privado, é capaz de influenciar de forma positiva futuro daqueles, salvaguardando-os de forma eficaz.

36 **ESTELLITA**, Heloisa. Responsabilidade pena de dirigentes de empresas por omissão : estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1. ed. – São Paulo : Marcial Pons, 2017. p. 37.

O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - UMA ANÁLISE CRÍTICA

BRUNO QUARESMA VIVAS: Servidor Público Federal (TRF 4). Bacharel em Direito, (UFF), pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Legale³⁷.

Resumo: O ônus da prova no Direito do Consumidor é um tema fundamental, pois diz respeito à distribuição das responsabilidades no processo judicial ou administrativo quando se trata de litígios envolvendo relações de consumo. Neste artigo, examinaremos os principais aspectos do ônus da prova no Direito do Consumidor, destacando sua importância, regras gerais, e desafios.

Palavras-chave: ônus da prova; consumidor; teoria estática; teoria dinâmica; fornecedores; teoria finalista aprofundada; maximalista.

Introdução

O Direito do Consumidor visa proteger os direitos e interesses dos consumidores em suas relações de consumo. Quando ocorre um conflito entre um consumidor e um fornecedor de produtos ou serviços, é essencial determinar quem deve provar os fatos alegados. Esse é o cerne da questão do ônus da prova.

Para uma melhor análise processual a quem incumbe o ônus probatório no âmbito do direito do consumidor, deve-se traçar linhas gerais acerca da regra geral do ônus da prova, verificar se no caso concreto têm-se ou não uma relação de consumo, e compreender quem são as atrizes e atores desse tipo de relação.

Dos Fornecedores e Consumidores

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) não define categorias específicas de fornecedores, mas estabelece obrigações e responsabilidades gerais que se aplicam a todos aqueles que realizam atividades de fornecimento de produtos ou serviços. Os fornecedores, conforme definidos no CDC, incluem empresas, profissionais liberais, prestadores de serviços, produtores, fabricantes, importadores, entre outros.

No que diz respeito ao conceito de consumidores, deve-se observar as teorias referentes às relações de consumo.

³⁷ Email: brunoqvivas@gmail.com

Teoria Finalista

A Teoria Finalista da Relação de Consumo, desenvolvida por Cláudia Lima Marques, é uma abordagem restritiva que busca limitar a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) apenas a relações jurídicas de consumo estritamente destinadas ao consumo final. Segundo essa teoria, não seriam considerados

consumidores os intermediários que adquirem produtos ou serviços com o objetivo de revendê-los ou utilizá-los como insumos em suas atividades econômicas. A Teoria Finalista foca na finalidade da aquisição do bem ou serviço para determinar se alguém é ou não um consumidor nos termos do CDC.

Teoria Finalista Aprofundada

A Teoria Finalista Aprofundada, também desenvolvida por Cláudia Lima Marques e outros doutrinadores, é uma expansão da Teoria Finalista. Ela considera consumidores não apenas aqueles que adquirem produtos ou serviços para uso pessoal ou familiar, mas também aqueles que adquirem produtos ou serviços para uso profissional, desde que não sejam destinados à atividade empresarial, ou seja, não estejam incorporados à cadeia produtiva do fornecedor.

A Teoria Finalista Aprofundada considera que as normas de proteção do consumidor podem abranger relações de consumo intermediárias, desde que o consumidor não esteja adquirindo os produtos ou serviços para serem revendidos, mas sim para uso próprio em sua atividade profissional. Essa abordagem amplia a proteção do consumidor, reconhecendo que as práticas abusivas podem ocorrer em várias esferas da sociedade.

No Brasil, a Teoria Finalista Aprofundada foi incorporada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em suas jurisprudências, ampliando a proteção ao consumidor em situações em que anteriormente poderia não ser aplicada.

Ambas as teorias têm implicações importantes na aplicação do CDC e na definição de quem é considerado consumidor em diferentes contextos. É importante observar que a interpretação e aplicação dessas teorias podem variar dependendo do caso e da jurisdição, e a evolução das interpretações é uma característica do Direito do Consumidor. Portanto, é aconselhável consultar a jurisprudência atualizada e a doutrina jurídica para entender como essas teorias estão sendo aplicadas em casos específicos.

Teoria Maximalista

Diversamente das teorias abordadas anteriormente, a “Teoria Maximalista” no

contexto do Direito do Consumidor refere-se a uma abordagem ampla e abrangente para a definição de quem é considerado consumidor nos termos do Código de Defesa do Consumidor (CDC) no Brasil. Essa teoria tem como objetivo ampliar a proteção do consumidor ao máximo possível, de forma a abranger um número maior de pessoas em relações de consumo.

A Teoria Maximalista contrasta com a Teoria Finalista, que é mais restritiva e se concentra na finalidade da aquisição do produto ou serviço para determinar se alguém é ou não um consumidor. Segundo a Teoria Finalista, somente aqueles que adquirem produtos ou serviços para uso pessoal ou familiar seriam considerados consumidores nos termos do CDC.

Por outro lado, a Teoria Maximalista argumenta que o conceito de consumidor deve ser interpretado de maneira ampla, incluindo não apenas consumidores finais, mas também aqueles que adquirem produtos ou serviços para outros fins, como uso profissional ou empresarial. A ideia subjacente a essa teoria é que a proteção do consumidor deve ser estendida a todos que participem de relações de consumo, independentemente da finalidade da aquisição.

A adoção da Teoria Maximalista implica que mais pessoas e empresas podem se beneficiar das proteções previstas no CDC, tais como a responsabilidade por produtos defeituosos, a garantia legal, a proibição de práticas abusivas, entre outras. Essa abordagem é considerada mais favorável aos direitos do consumidor, pois amplia o alcance das normas de proteção.

É importante observar que a interpretação e aplicação dessas teorias podem variar dependendo do contexto jurídico e da jurisprudência de cada país. No Brasil, a jurisprudência tem oscilado entre abordagens mais maximalistas e mais finalistas ao longo do tempo, refletindo a evolução do Direito do Consumidor e as mudanças nas relações de consumo na sociedade.

A escolha entre a Teoria Maximalista e a Teoria Finalista ou outras abordagens é frequentemente objeto de debates acadêmicos e jurídicos e pode variar de acordo com o entendimento das cortes e tribunais em casos específicos. Portanto, é importante consultar advogados especializados e jurisprudência atualizada para entender como essas teorias estão sendo aplicadas em um determinado contexto.

Da regra geral do ônus da prova

A regra geral do ônus da prova estabelece que cabe à parte que alega um fato o ônus de comprovar sua veracidade. Em outras palavras, quem faz uma afirmação deve apresentar as evidências necessárias para sustentá-la.

Essa regra é aplicada em diversos contextos, como no direito civil, penal, trabalhista e administrativo. Por exemplo, em um processo civil, o autor da ação deve provar os fatos que fundamentam seu pedido, enquanto o réu deve provar suas alegações de defesa.

No entanto, é importante ressaltar que existem exceções a essa regra geral. Em algumas situações, o ônus da prova pode ser invertido por determinação legal ou por decisão do juiz. Isso ocorre, por exemplo, quando a parte que detém o acesso às informações necessárias para provar determinado fato se recusa a apresentá-las.

Além disso, em alguns casos, o ônus da prova pode ser compartilhado entre as partes, cabendo a cada uma delas provar determinados aspectos de sua alegação.

Em apertada síntese, a regra geral do ônus da prova estabelece que quem alega um fato deve provar sua veracidade, mas essa regra pode ser flexibilizada em determinadas situações.

A teoria estática do ônus da prova é uma abordagem tradicional que estabelece que o ônus da prova é fixo e imutável ao longo do processo. De acordo com essa teoria, a parte que alega um fato deve provar sua veracidade, independentemente das circunstâncias.

Nessa perspectiva, o ônus da prova é atribuído inicialmente ao autor da ação, que deve apresentar as evidências necessárias para sustentar suas alegações. Caso o autor não consiga provar seus argumentos, a demanda é julgada improcedente.

No entanto, a teoria tem sido criticada por ser inflexível e não levar em consideração as particularidades de cada caso. Muitas vezes, a parte contrária possui melhores condições de acesso às informações necessárias para provar ou refutar determinado fato, sendo uma abordagem tradicional, mas que tem sido questionada e substituída pela teoria dinâmica, que busca uma distribuição mais justa do ônus probatório.

Diante disso, a doutrina e a jurisprudência têm adotado uma abordagem mais flexível, conhecida como teoria dinâmica do ônus da prova, a qual permite que o juiz redistribua o ônus da prova durante o processo, levando em consideração a equidade e a justiça do caso concreto.

A teoria dinâmica do ônus da prova é uma abordagem que busca equilibrar a distribuição do ônus da prova entre as partes em um processo judicial. De acordo com essa teoria, o ônus da prova não é fixo e imutável, mas sim pode ser alterado ao longo do processo, de acordo com as circunstâncias e as alegações apresentadas pelas partes.

A ideia central da teoria dinâmica do ônus da prova é que a parte que possui maior facilidade de produzir determinada prova deve ser responsável por apresentá-la. Isso significa que, se uma das partes tem maior acesso aos meios de prova ou possui informações mais precisas sobre determinado fato, ela deve ser responsável por provar esse fato.

Essa abordagem busca evitar que uma das partes seja prejudicada pela falta de acesso a informações ou pela dificuldade de produzir determinada prova. Assim, o juiz pode redistribuir o ônus da prova ao longo do processo, de forma a garantir que cada parte tenha a oportunidade de apresentar as provas que estão ao seu alcance.

A teoria dinâmica está relacionada ao princípio da cooperação processual, que busca promover a igualdade entre as partes e a busca pela verdade material. Ao permitir a redistribuição do ônus da prova, essa teoria busca garantir que o processo seja conduzido de forma justa e eficiente, levando em consideração as particularidades de cada caso.

No entanto, é importante ressaltar que a sua aplicação depende da análise do juiz, que deve levar em consideração as circunstâncias específicas de cada caso.

O ônus da prova no CDC

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelece uma regra específica em relação ao ônus da prova nas relações de consumo. De acordo com o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, é considerada prática abusiva a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

Isso significa que, nas relações de consumo, o ônus da prova é atribuído ao fornecedor de produtos ou serviços. Em outras palavras, cabe ao fornecedor comprovar a veracidade de suas alegações, como a qualidade do produto, o cumprimento de prazos, a existência de vícios, entre outros.

Essa inversão do ônus da prova é uma medida de proteção ao consumidor, uma vez que muitas vezes ele não possui acesso às informações e documentos necessários para comprovar suas alegações. Além disso, o CDC busca equilibrar a relação de consumo, colocando a responsabilidade de provar a idoneidade do produto ou serviço nas mãos do fornecedor, que é quem possui maior conhecimento e controle sobre o que está sendo oferecido.

No entanto, é importante ressaltar que essa inversão do ônus da prova não é automática. O consumidor ainda precisa alegar de forma fundamentada os fatos que está contestando, ou, produzir lastro probatório do que alega, para que o ônus da prova seja

efetivamente invertido.

Conclusão

O artigo objetivou traçar linhas gerais acerca da regra geral do ônus da prova e suas peculiaridades no que diz que respeito a sua aplicação quando presente uma relação de consumo no caso concreto.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 - e a constitucionalização do Direito como um todo, os princípios norteadores do ordenamento jurídico, é imperiosa a observância do artigo 8º do CPC, que dispõe que o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Aplicando-se a máxima de que “o melhor direito se extrai à luz do caso concreto” é necessária uma análise individual e específica de cada situação jurídica para determinar qual é a solução mais justa e adequada.

De um lado, não pode ser negado ao autor/consumidor o acesso à justiça ou a produção de prova diabólica, por outro, a vulnerabilidade organizacional e presumida do consumidor não pode servir de argumento para aventuras jurídicas e deferimento da inversão do ônus da prova baseada em narrativas carentes de verossimilhança e lastro probatório.

Referências Bibliográficas

“Código de Defesa do Consumidor Comentado” - Cláudia Lima Marques, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Bruno Miragem.

“Direito do Consumidor Esquematizado” - Carlos Roberto Gonçalves, Roberto Senise Lisboa.

“Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor” - Antonio Carlos Efig, José Geraldo Brito Filomeno.

“Direito do Consumidor: Aspectos Controversos e Atuais” - Fredie Didier Jr., Ravi Peixoto.

“Manual de Direito Processual Civil” - Daniel Amorim Assumpção Neves.

A TERCEIRIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES NA RELAÇÃO DE EMPREGO

CLEUZA BORGES DOS SANTOS:

graduanda em Direito pelo Centro
Universitário de Jales (UNIJALES)³⁸

RESUMO: Entende-se por terceirização do trabalho o processo pelo qual uma instituição contrata outra empresa para prestar um determinado serviço. Atualmente, no sistema capitalista em sua fase financeira, essa prática difundiu-se amplamente em todo o mundo, não sendo diferente no Brasil, onde cerca de 25% da mão de obra empregada é terceirizada. O presente estudo tem como finalidade apresentar a terceirização e suas implicações na relação de emprego. As causas do aumento da terceirização no Brasil e no mundo têm relação com a diminuição dos custos com funcionários. Afinal, para as empresas, sai mais barato que parte de sua mão de obra seja contratada por terceiros, em vez de mantê-los sob a sua tutela, o que eleva os gastos com direitos trabalhistas e eventuais problemas de segurança do trabalho, como indenizações e outras questões. Pretende-se demonstrar os malefícios e as implicações refletidas na relação de emprego após a terceirização. Concluímos que a terceirização diminui o risco de os trabalhadores sofrerem acidentes, mas aumenta a gravidade dos acidentes sofridos. Tais resultados não são alterados ao controlarmos características individuais não observáveis. O trabalho conta com pesquisa bibliográfica e documental face a utilização de livros, artigos científicos, dissertações, teses e sites especializados que completem o tema em pauta, bem como documentos oficiais pertinentes.

Palavras-chave: Trabalho. Brasil, Terceirização. Emprego.

ABSTRACT: Work outsourcing is understood as the process by which an institution hires another company to provide a certain service. Currently, in the capitalist system in its financial phase, this practice has spread widely throughout the world, not being different in Brazil, where about 25% of the employed workforce is outsourced. This study aims to present outsourcing and its implications in the employment relationship. The causes of the increase in outsourcing in Brazil and in the world are related to the decrease in employee costs. After all, for companies, it is cheaper for part of their workforce to be hired by third parties, instead of keeping them under their guardianship, which increases expenses with labor rights and possible problems of work safety, such as indemnities and other issues. It is intended to demonstrate the harm and implications reflected in the employment relationship after outsourcing. We conclude that outsourcing reduces the risk of workers suffering accidents, but increases the severity of accidents suffered. Such results are not altered when controlling for unobservable individual characteristics. The work relies on bibliographical and documentary research in the face of the use of books, scientific articles,

³⁸ E-mail: cleuzaborges1975@gmail.com

dissertations, theses and specialized websites that complete the topic in question, as well as relevant official documents.

Keywords: Work. Brazil, Outsourcing. Job.

1 INTRODUÇÃO

As empresas têm aumentado a sua flexibilidade organizacional, como forma de se adaptar à crescente concorrência. Uma das formas mais comuns de flexibilização é a terceirização - a compra de materiais ou aquisição de serviços no mercado, substituindo atividades que antes eram produzidas dentro da empresa.

De acordo com o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), a terceirização tem sido registrada no Brasil desde o final da década de 1960. Ela começou no setor público, mas logo se espalhou pelo setor privado. Seu início se deu por meio do trabalho assalariado, mas evoluiu posteriormente para o trabalho não assalariado.

O Estado apresentou uma atitude ambígua diante desse fenômeno. Em diferentes momentos, os poderes Executivo e Legislativo têm fomentado terceirização. No sentido oposto, o Poder Judiciário e o Ministério Público a têm refreado, editando jurisprudências relativamente estritas sobre o assunto.

É preciso destacar que a terceirização pode ter impactos importantes no mercado de trabalho brasileiro, principalmente para os trabalhadores. Por isso é importante discutir uma regulação desse fenômeno – inclusive uma regulação legislativa (dado que a jurisprudencial está em questão, como se verá adiante).

O Projeto de Lei (PL) nº 4.330/2004, a Lei nº 13.429/2017 e o PL nº 6.787/2016 são apenas algumas das propostas para essa regulação legislativa. No entanto, há muitas dúvidas se elas são as melhores opções para tanto. Para dirimir essas incertezas, provavelmente, mais avaliações de impacto da terceirização deveriam ser realizadas.

O projeto recebeu forte oposição sindical, uma vez que se atribui à terceirização uma diminuição significativa na remuneração dos trabalhadores e aumento nos acidentes e mortes associados ao trabalho. Afirmou-se que esta última consequência é “a fase mais cruel” do processo de terceirização (CUT, 2014, p.26).

Espera-se que a nova regulamentação reduza significativamente a incerteza associada ao processo de descentralização e é esperado que as firmas brasileiras passem a acompanhar a tendência internacional e aumentem a proporção de contratos terceirizados. Nesse contexto, o estudo das implicações da terceirização tanto sobre os

trabalhadores como sobre o desempenho das firmas torna-se um tema de grande interesse.

O presente artigo justifica-se pela grande necessidade de discussões e esclarecimentos que os trabalhadores necessitam, tanto na seara jurídica quanto na sociedade em geral. Assim, pretende-se com este artigo, apresentar a terceirização da mão de obra, identificando as suas implicações na relação de emprego e o tratamento legislativo que recebe no Brasil.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

A terceirização no Brasil começou com a Lei nº 6.019 de 1974, hoje não mais em vigor, autorizando, por parte dos brancos, em contratar outras empresas de vigilância para prestar serviços de segurança. Em 1974, com o surgimento da Lei nº 6.019, onde foi tratado sobre o trabalho temporário, por que se admitia terceirizar em apenas duas hipóteses, sendo elas: acréscimo extraordinário de serviço ou nos casos de substituição de um colaborador regular e permanente.

De fato, logo após o surgimento da Constituição de 1988, fortaleceu-se no País, no âmbito oficial e nos meios privados de formação de opinião pública, um pensamento estratégico direcionado à total desarticulação das normas estatais trabalhistas, com a direta e indireta redução dos direitos e garantias laborais. (DELGADO, - 18. Ed. – São Paulo: LTr, 2019)

Em relação à terceirização, não existia ainda normatização no Brasil, o que levou a edição da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em que não existia vínculo empregatício entre os serviços de segurança, conservação e limpeza, e os serviços especializados, que não sejam ligados à atividade principal da empresa, desde a inexistente a personalidade e a subordinação direta.

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2011).

Tendo-se como base inicial o termo terceirização, a crítica feita refere-se a precarização dos direitos trabalhistas, onde a empresa prestadora do serviço, assim como a tomadora de serviço, que vislumbram sempre o lucro sente a necessidade em reduzir os

custos de produção, e, sendo assim, diminui os gastos com treinamentos, equipes e todo o amparo necessário para os trabalhadores.

Ainda, cumpre salientar que, em uma relação terceirizada os direitos do trabalhador não são garantidos pela empresa que realmente labora, mas por uma empresa intermediária. Desse modo, contratante e contratada são empresas diferentes, estabelecendo uma relação “trilateral” com o trabalhador.

É importante notar que a terceirização pode ocorrer por meio de trabalho assalariado ou não. No primeiro caso, o trabalhador continua a ser um assalariado, com os atributos desse tipo de relação laboral. No segundo caso, o trabalhador se encontra por conta própria ou em situações similares, trabalhando mediante uma variedade de mecanismos – como prestador de serviços, trabalhador cooperativado, empresário individual e assim por diante (Barros, 2006; Delgado, 2006).

Em ambos os casos a terceirização pode ter diversos impactos no mercado laboral brasileiro, que podem inclusive ser bastante negativos. Na terceirização, o trabalhador é uma peça que pode ser trocada a qualquer momento, ser colocado em outra empresa ou até demitido. Não há vínculo, apenas interesse em produzir cada vez mais, aumentando os lucros. Pesquisas da Central Única dos Trabalhadores e do DIEESE apontam que os terceirizados trabalham até três horas a mais por semana, mas recebem 25% a 30% menos que os funcionários diretos. A pesquisa também mostra que os terceirizados estão mais sujeitos a acidentes de trabalho.

Com a terceirização, não há plano de carreira, apenas produção em busca de lucro. O trabalhador terceirizado é apenas um número que tem metas a cumprir.

A terceirização também pode causar uma redução de empregos no país. Ela traz consigo o aumento do período permitido para serviços temporários, o que é ruim para o trabalhador, que não recebe direitos como Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, nem a multa de 40% quando é demitido nessa modalidade.

Evidentemente que todas as conquistas da classe dos trabalhadores acumularam, via acordo coletivo e convenção coletiva, no momento em que o trabalhador é terceirizado, ficando em risco, sendo que muito provavelmente poderá perder tudo que foi conquistado.

2.2 PRINCIPAIS PONTOS DA REFORMA TRABALHISTA

Um dos pontos centrais da reforma é a introdução do Artigo 611-A na CLT, que trata justamente de que acordos coletivos têm prevalência sobre a lei. Diz o artigo aprovado na Câmara:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II – banco de horas anual;

III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei n.º 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – teletrabalho; regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X – modalidade de registro de jornada de

XI – troca do dia de feriado;

XII – enquadramento do grau de insalubridade;

XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa (Brasil, 2017).

A reforma trabalhista é considerada como a reformulação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), onde por meio desta reforma tivemos alterações de diversos direitos dos trabalhadores brasileiros, bem como os deveres das empresas, vislumbrando a ideia de que as relações de trabalho se tornassem mais flexíveis.

A reforma alterou os mais diversos pontos da CLT, como a jornada de trabalho, férias, compensação de horas, pagamentos de horas extras e salários. Teve também, a inclusão de duas novas modalidades de trabalho, como o trabalho remoto (home office) e o trabalho intermitente, estes possibilitando a empresa em contratar o colaborador para realizar trabalhos esporádicos, de acordo com a sua demanda.

Dito isso, afirma-se que essa foi a maior reformulação das leis trabalhistas, desde que foram implementadas nos anos 40. Carvalho (2017) diz que “A lei, amplamente reconhecida como reforma trabalhista, altera, cria ou revoga mais de cem artigos e parágrafos da CLT e mudará de forma substancial o funcionamento do mercado de trabalho brasileiro quando entrar em vigor em novembro de 2017” (CARVALHO, 2017, p.1)

Desde 1943 as relações de trabalho no Brasil eram regulamentadas pela CLT, entretanto o Governo Federal justificou a reformulação feita pela nova reforma trabalhista, sob o alto índice de desemprego e a grande crise econômica que o país vivia, propondo essas reformulações e mudança com o intuito de modificar e combater o desemprego, e, conseqüentemente alavancar a economia brasileira.

Com a proposta de reforma, vários questionamentos e posições desfavoráveis quanto ao real intuito das reformulações tinham forte argumentação das partes contrárias, de que esta reforma se tratava de uma medida para acabar com os direitos do trabalhador brasileiro.

Após a apresentação de todas as divergências, discussões e os ajustes, teve-se a aprovação da nova reforma trabalhista, em julho de 2017, conforme foi estabelecido pela Lei nº 13.467/2017, passando a valer a nova lei trabalhista após a sua publicação no Diário Oficial, em 11 de novembro de 2017.

Pode-se verificar que a Lei nº 13.467/2017, que implementou a presente reforma abordada, veio modificando mais de 100 dispositivos da CLT, atendendo claramente a pauta da reivindicação empresarial, em especial o setor da indústria brasileira.

2.3 A TERCEIRIZAÇÃO POR MEIO DO TRABALHO ASSALARIADO

A relação de trabalho mais comum no Brasil é a assalariada, regulamentada desde 1943 pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Essa relação pode ser descrita como

bilateral, porque em seu núcleo há apenas dois atores – o trabalhador e a empresa para a qual ele labora, que é a única responsável pelos seus direitos.

Historicamente, a CLT não enfocou qualquer relação trilateral de trabalho, como a que resulta da terceirização. Apesar disso, outras normas surgiram no Brasil desde o final da década de 1960, dedicando atenção a relações trilaterais (Barros, 2006; Delgado, 2006).

Com isso, pode-se mencionar o Decreto nº 200/1967 e a Lei nº 5.645/1970, que estabeleceram que, sempre que possível, as instituições do governo deveriam adquirir os chamados serviços “instrumentais” (não finalísticos) de empresas privadas. Exemplos desses serviços, não relacionados com as finalidades dessas instituições, foram os de limpeza de instalações, transporte de pessoal, manutenção de equipamentos, serviços de segurança e etc.

Diante disso, no início, a terceirização foi estimulada pelo Estado no setor público estritamente para fornecer serviços de instrumentais para instituições governamentais. No entanto, desde o ano de 1970, o fenômeno se disseminou bastante, movendo-se do setor público para o privado, o que significou uma grande mudança na sua trajetória.

Em suma, no que diz respeito à terceirização realizada por meio do trabalho assalariado, o Estado Brasileiro não se comportou de forma homogênea nas últimas décadas. Por um lado, os poderes Legislativo e Executivo ampliaram esse fenômeno; por outro, o Poder Judiciário e o Ministério Público o restringiram.

2.4 A TERCEIRIZAÇÃO MEDIANTE TRABALHO NÃO ASSALARIADO

Conforme mencionado, além da terceirização por meio do trabalho assalariado, há outra forma, promovida mediante o trabalho não assalariado – envolvendo o trabalho por conta própria e outras condições similares. Nesta última, a terceirização se faz acompanhar de mecanismos como as prestações individuais de serviços, as cooperativas e as empresas individuais.

Ao menos no caso das cooperativas e das empresas individuais, as relações de trabalho que surgem não são bilaterais, mas trilaterais – basicamente, porque há diferentes empresas (ou organizações) em contato com os trabalhadores, resultando em uma disjunção entre os aspectos jurídicos e econômicos das relações (Barros, 2006; Delgado, 2006).

Historicamente, a CLT não se preocupou com as relações de trabalho das cooperativas, porque elas sempre foram concebidas como uma espécie de mecanismo viabilizador de trabalho não assalariado. E o foco da CLT, como mencionado antes, sempre esteve sobre as relações de trabalho assalariado (subordinado).

Em suma, a respeito da terceirização efetuada por meio do trabalho não assalariado (por conta própria e em outras condições similares), pode-se dizer que o Estado brasileiro a incentivou ao longo das décadas de 1990 e 2000, principalmente mediante normas emanadas dos poderes Executivo e Legislativo.

Ainda assim, mais uma vez, o Poder Judiciário e o Ministério Público seguiram pelo caminho oposto, reduzindo as possibilidades de expansão da terceirização, especialmente daquela mediante cooperativas (Artur, 2007; Biavaschi, 2013; Campos, 2009). Isso pôde ser constatado em numerosas ações judiciais em que os tribunais decidiram pela ilegalidade da terceirização mediante cooperativas.

2.5 IMPLICAÇÕES NA RELAÇÃO DE EMPREGO

O trabalhador terceirizado não tem vínculo com a empresa, portanto, pode ter seu acesso bloqueado em alguns lugares, como o refeitório da firma, por exemplo. Além disso, ele não vai usar o mesmo uniforme, nem ter os mesmos direitos e benefícios que os trabalhadores diretos têm, o que causa constrangimento e desigualdade.

Além disso, há muito tempo no Brasil e em todo o mundo, com a crescente industrialização e a exploração da mão de obra do trabalhador, as empresas visam a desqualificação da mão de obra e o aproveitamento de seus empregados em todos os setores.

No entanto, as legislações e os entendimentos das Justiças Especializadas no Trabalho evoluíram e vêm reconhecendo a especificação da função desenvolvida pelo trabalhador, no qual os Sindicatos representativos de cada Categoria definem em suas Convenções Coletivas/Acordos, o mínimo de garantia Remuneratória, Medicina e Segurança no Trabalho, Carga Horária, para cada segmento de empresa.

E agora com a terceirização tudo isso irá acabar, uma vez que os empregados não terão nenhuma garantia de Piso Salarial, Convênios Médicos, Segurança e Medicina do Trabalho, pois a empresa que explora a mão de obra diretamente não é responsável objetivamente pelos direitos dos trabalhadores.

Quem irá representar esses trabalhadores, qual categoria profissional passarão a pertencer, quais as suas garantias mínimas, e finalmente eles mesmos irão negociar com os seus patrões a relação de emprego?

Ora, é um descontente quando se propaga que o que prevalecerá é o NEGOCIADO e não o LEGISLADO, quando se transfigura a representatividade da Categoria Profissional, e irá colocar o DESEMPREGADO para negociar suas condições em busca de emprego.

Não há vínculo, apenas interesse em produzir cada vez mais, aumentando os lucros.

Pesquisas da Central Única dos Trabalhadores e do DIEESE apontam que os terceirizados trabalham até três horas a mais por semana, mas recebem 25% a 30% menos que os funcionários diretos. A pesquisa também mostra que os terceirizados estão mais sujeitos a acidentes de trabalho.

Pesquisas da Central Única dos Trabalhadores e do DIEESE apontam que com a terceirização, não há plano de carreira, apenas produção em busca de lucro. O trabalhador terceirizado é apenas um número que tem metas a cumprir.

A terceirização também pode causar uma redução de empregos no país. Ela traz consigo o aumento do período permitido para serviços temporários, o que é ruim para o trabalhador, que não recebe direitos como Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, nem a multa de 40% quando é demitido nessa modalidade.

CONCLUSÃO

Conforme mencionado, no Congresso Nacional há várias propostas para instituir uma regulamentação legislativa para a terceirização. Há também, um debate intenso sobre as melhores opções para regular a terceirização, envolvendo principalmente os representantes dos trabalhadores e das empresas. Especificamente do ponto de vista dos trabalhadores, existem diversos aspectos nessas propostas que podem causar muita apreensão.

Em virtude dos fatos mencionados, o que se pode concluir da discussão sobre a terceirização e, conseqüentemente a precarização do trabalho, e que ela tem efeitos negativos para os trabalhadores. Como demonstrado ao longo desse trabalho, ser um trabalhador de uma empresa terceirizada significa perder seus principais direitos trabalhistas e ser submetido a condições precárias de trabalho.

Ademais, há preocupações sobre os direitos dos trabalhadores. Seguindo pela rede de empresas envolvidas em qualquer terceirização, é comum passar de uma grande empresa para outra pequena, de uma empresa bem estruturada para outra menos organizada. Esse simples fato coloca desafios para os direitos dos trabalhadores, pois esses tendem a ser mais extensos e mais fortes em empresas grandes e/ou bem estruturadas

Ainda, seguindo pela rede de empresas enredadas em qualquer terceirização, em geral, torna-se mais difícil sindicalizar e mobilizar os trabalhadores. Esse fato coloca desafios adicionais para os direitos dos trabalhadores – especificamente, para aqueles que advêm da negociação coletiva.

O presente trabalho também teve como objetivo trazer ao conhecimento a intensificação que a precarização do trabalho se dá com a reforma trabalhista, trazendo a título de exemplo o contrato de trabalho intermitente, modalidade essa incrementada pela presente reforma.

A reforma trabalhista teve seu discurso atribuído à “modernidade salvadora”, que seria acarretada em grande geração de emprego e, conseqüentemente, melhoria na economia do Brasil, contudo, as conseqüências para a classe trabalhadora decorrentes do vigor da Lei nº 13.467/2017, foi de uma grande precarização do trabalho, onde podemos considerar que as reformulações e inclusões de novas modalidades de trabalho acarretaram em um trabalho incerto, irregular, com redução dos salários e ampliação das horas trabalhadas, aumento da informalidade e dos riscos à saúde física e mental dos trabalhadores.

Em poucas palavras, devido a todas essas ameaças descritas, a terceirização naturalmente provoca apreensão entre os trabalhadores. Alguns aspectos mencionados, podem talvez, amenizar essa preocupação. Por exemplo, aspectos como os que impõem controles sobre as empresas contratadas, bem como, aqueles que impõe responsabilidades para as empresas contratadas e contratantes.

REFERÊNCIAS

BARROS, A. M. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr Editora, 2006.

BIAVASCHI, M. B. O capitalismo contemporâneo e as novas formas de contratação da força de trabalho: a terceirização. *In*: **Regulação do trabalho e instituições públicas**. São Paulo: Perseu Abramo, 2013. p. 141-166.

CAMPOS, A. G. **Novos aspectos da regulação do trabalho no Brasil**: qual o papel do Estado? Brasília: Ipea, 2009.

CAMPOS, A. G. **Terceirização no Brasil**: avaliação do marco legal e esclarecimentos sobre o projeto de Lei no 4.330/2004. Brasília: Ipea, 2015.

DIEESE – DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS; CUT – CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES.

Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha. São

Paulo: Dieese; CUT, 2011.

DIEESE – DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS
SOCIOECONÔMICOS. **O processo de terceirização e seus efeitos**

sobre os trabalhadores no Brasil. Brasília: MTB, 2007.

OSTA, Marcia da Silva. O Sistema de Relações de Trabalho no Brasil: alguns traços históricos e sua precarização atual. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 20, n. 59, p.111-170, out. 2005.

BRASIL. Lei Nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Portal da Legislação do Governo Federal.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2017/lei/l13429.htm>.

BRASIL. **Lei nº 13 429, de 31 de março de 2017.** Altera dispositivos da lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. **Portal da Legislação do Governo Federal.** Disponível em:

<<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13429&ano=2017&ato=d64gXQU5EeZpWTc21>>.

ALVES, Giovanni. **Dimensões da reestruturação produtiva.** Londrina: Práxis, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação do Governo Federal.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

A MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO À LUZ DA DINÂMICA ESTABELECIDADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

GERALDO ZIMAR DE SÁ JÚNIOR:

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN (2013); pós-Graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário na atualidade pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-Minas (2016); Servidor Público Federal.³⁹

Resumo: o novo Código de Processo Civil, publicizado por meio da Lei n. 13.105/2015, promoveu mudanças significativas no âmbito das tutelas de urgência, tanto de natureza antecipada quanto de natureza cautelar. Quanto à última, inclusive, extinguiu o processo cautelar de natureza autônoma, estabelecendo parâmetros e pressupostos para deferimento da medida no curso do procedimento, seja de forma incidental ou mesmo antecedente, privilegiando, com isso, o sincretismo processual e a duração razoável do processo estabelecida na Constituição Federal de 1988. O presente estudo tenciona avaliar as modificações legislativas realizadas e a correlação delas com a efetividade do processo enquanto instrumento de pacificação social.

Palavras-chave: Cautelar de busca e apreensão. Procedimento. Efetividade processual. Modificações promovidas pelo Novo Código de Processo Civil.

Abstract: The new Code of Civil Procedure, published through Law No. 13.105/2015, promoted significant changes in the scope of urgent reliefs, both of an anticipatory and precautionary nature. As for the latter, it even extinguished the precautionary proceeding of an autonomous nature, establishing parameters and assumptions for granting the measure in the course of the proceeding, whether incidentally or even antecedently, thus privileging procedural syncretism and the reasonable duration of the proceeding established in the Federal Constitution of 1988. The present study intends to evaluate the legislative changes made and their correlation with the effectiveness of the process as an instrument of social pacification.

Keywords: Precautionary search and seizure. Procedure. Procedural effectiveness. Changes promoted by the New Code of Civil Procedure.

³⁹ E-mail: geraldojrsa.adv@gmail.com.

Sumário: Introdução. 1. Medida cautelar: noções gerais. 2. Da busca e apreensão cautelar: conceito, natureza jurídica e cabimento. 2.1. contexto jurídico e cabimento da medida. 3. Dos pressupostos viabilizadores. 4. do procedimento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Outrora previstas no bojo do livro III do Código de Processo Civil de 1973, as medidas cautelares passaram por intensa modificação na sistemática inaugurada pelo Novo Código de Processo Civil, deflagrado pela Lei n. 13.105/2015, figurando, atualmente, como um meio de tutela de urgência a ser deferida de modo antecedente ou incidental.

Tais medidas, independentemente do procedimento observado, ganham relevo de destaque na seara processualística pátria seja pelo caráter acautelatório dos direitos substanciais discutidos em sede de pedido principal, seja pela função de conceder ao processo, onde se discute o direito substancial, a possibilidade de se exaurir em um resultado útil, desempenhando, assim, papel de destaque na percepção da efetividade do processo, por conceder à parte requerente a possibilidade de um provimento jurisdicional de caráter instrumental.

Dentre a gama de medidas acautelatórias em espécie existentes na ordem jurídica, a busca e apreensão se perfaz como cautelar de apreensão por natureza, que em conjunto com o arresto e o sequestro, fomenta o resguardo da efetividade do pedido principal através da constrição judicial de bens ou pessoas (neste último caso, especificamente a cautelar de busca e apreensão).

É nesse contexto jurídico-científico que o presente estudo visa expor o conhecimento através da análise pormenorizada da medida cautelar de busca e apreensão, passando pela sua natureza jurídica, conceituação, cabimento, pressupostos viabilizadores e desaguando na análise procedimental correlata, tudo como forma de se estabelecer um elo entre a teoria e a prática, inclusive traçando as distinções necessárias em face da constante confusão de tal medida com outros institutos jurídicos que possuem a mesma denominação, mas que financiam finalidades diversas.

O presente estudo desenvolveu-se com auxílio de pesquisa bibliográfica e da análise da jurisprudência mais atualizada a respeito da temática discutida.

1 MEDIDA CAUTELAR: NOÇÕES GERAIS

Antes de adentrar propriamente na análise da busca e apreensão, imperioso se faz proceder à análise da função desempenhada pelas medidas cautelares em geral no ordenamento jurídico pátrio.

Denomina-se medida cautelar o provimento jurisdicional que possui por finalidade maior assegurar a efetividade de um provimento jurisdicional futuro, ou seja, sua atuação encontra substrato em assegurar a viabilidade de um direito diverso. A medida cautelar, portanto, pode ser definida, com esteio na melhor doutrina de Humberto Theodoro Júnior⁴⁰, como sendo:

“A providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para o direito ou interesse de um litigante, mediante a conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal. Isto é, durante todo o tempo necessário para a definição do direito no processo de conhecimento ou para a realização coativa do direito do credor sobre o patrimônio do devedor no processo de execução.”

A dicção da definição extraída das precisas palavras do insigne jurista mineiro denota que a cautelar deverá sempre partir da premissa de não se tratar de um fim em si mesmo, mas como um meio à disposição de um fim, destinando-se apenas a assegurar, que, no futuro, quando sobrevier o momento exato para satisfação do direito, existam condições e pressupostos necessários para instrumentalizá-lo.

Finalizando essa análise generalista do pleito de natureza cautelar, aponte-se que este, em que pese se encontrar situado em posicionamento oposto ao processo cognitivo e executivo (posto que esses possuem por finalidade primeira satisfazer o objeto da demanda, o direito substancial requerido pelo autor, e o pedido cautelar, em contrapartida, visa assegurar o resguardo da tutela jurisdicional satisfativa, não se propondo a fomentar a operacionalização do direito substancial reclamado pelas partes), possui requisitos e pressupostos bem estabelecidos pela lei e pela doutrina.

Vale destacar, por fim, que a dinâmica das cautelares sofreu sensível mudança no ordenamento jurídico com a emergência do Novo Código de Processo Civil, que, primando pela efetividade do processo, enquanto instrumento de pacificação social, extinguiu o processo cautelar autônomo e inaugurou uma nova sistemática de formulação de pedido de cunho assecuratório, qual seja, o pedido de tutela de urgência cautelar, seja de forma incidente ao processo ou mesmo de forma antecedente, antes da formulação de um pedido principal.

40 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito Processual Civil, Vol. II, ob. Cit., PP. 362/363.

Tais mudanças, privilegiando um caráter sincrético do processo, permitiram a simplificação do procedimento, agora condensado e voltado à plena satisfação do objeto pretendido pela parte, à luz da duração razoável do processo fixada no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

2 DA BUSCA E APREENSÃO CAUTELAR: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CABIMENTO

Embora não mais regulamentada expressamente pelo Código de Processo Civil, a busca e apreensão segue com referência na lei instrumental, ainda tendo por escopo maior a salvaguarda do objeto de um pleito principal, estando, portanto, a ele diretamente vinculada.

Em que pese o esgotamento simplório que as referências legais podem denotar, a expressão busca e apreensão, no direito brasileiro, é dotada de polissemia, ganhando uma infinidade de referências práticas, mas de espécies jurídicas bastante distintas, tornando tormentosa a verificação prática da sua ocorrência.

Para uma melhor compreensão operacional, interessante que se trace uma diagnose diferencial entre as três principais naturezas jurídicas do instituto da busca e apreensão.

Em um primeiro lugar, pode-se falar em busca e apreensão como uma medida satisfativa autônoma por natureza, ou seja, medida que se exaure por si mesma, sem ter por substrato definidor a salvaguarda de objeto de demanda posterior. Como exemplo prático, pode-se fazer referência à "Ação de Busca e Apreensão" de bens alienados fiduciariamente, prevista no Decreto-Lei n. 911/69, que tem como finalidade primeira procura e constrição judicial de bens alienados fiduciariamente, diante de uma das causas que autorizam tal medida extremada frente ao alienado fiduciário.

Ainda em sede de análise das diversas naturezas jurídicas que comportam a expressão "busca e apreensão", pode-se falar no instituto com nítido caráter executivo, com previsão no art. 806, §2º, do Código de Processo Civil, onde, na execução para entrega de coisa, furtando-se o executado do seu dever legal, o Juiz determinará que, do mandado de citação, conste ordem para imissão na posse ou busca e apreensão, conforme se tratar de bem imóvel ou móvel, cujo cumprimento se dará de imediato, se o executado não satisfizer a obrigação no prazo que lhe foi designado.

Por fim, no que tange a verificação das diversas nuances da natureza jurídica do termo "busca e apreensão", cabe assinalar que a outra forma jurídica para esta expressão seria a medida enquanto cautelar; a distinção, aqui, reside no fato de que a busca e apreensão enquanto medida cautelar específica tenciona resguardar a efetividade de um pedido principal, não tendo finalidade exauriente em si mesma, isto é, o seu resultado útil

assegura a operacionalização de um direito substancial que será discutido. Neste ínterim, chega-se à conclusão de que, em que pese a diversidade de naturezas jurídicas para uma mesma expressão, a busca e apreensão cautelar, objeto da presente análise, possui traços distintivos bem peculiares em sua própria formação, natureza e finalidade, de modo que não se confunde com institutos similares, visto que se presta a financiar a finalidade preconizada pelo objeto de toda e qualquer medida cautelar, qual seja, de dar suporte existencial a um pedido principal, que depende do sucesso da cautelar para que se assegure o seu resultado prático.

2.1 CONTEXTO JURÍDICO E CABIMENTO DA MEDIDA

Como visto, a medida cautelar de busca e apreensão possui como traço distintivo dos demais institutos que possuem a mesma definição, dentre outros, a finalidade a que se destina o provimento cautelar. Com efeito, a finalidade de assegurar o resultado útil de outro provimento jurisdicional acaba por conferir à busca e apreensão o condão de cautelar por essência e natureza.

Superada essa análise preliminar, deve-se buscar compreender de que forma o instituto ora em análise se desenvolve, e em que hipóteses terá viabilizado o seu cabimento.

De início, frise-se que “busca e apreensão” deve ser tomado, em sua acepção jurídica, como um todo indivisível, ou seja, não há que se falar em busca ou apreensão cautelar, mas sim da busca e apreensão como medida acautelatória, vale dizer, em que pese a medida seja única, será formada por dois atos distintos e indissociáveis, a busca (como ato ou efeito de procurar com a finalidade de encontrar alguma coisa) e a apreensão (apreender, apropriar-se juridicamente). Infere-se, portanto, que a medida cautelar é perfectibilizada em um todo uniforme e indivisível, de nada adiantando, em termos práticos, se falar em busca, procura, sem que haja a consequente apreensão judicial.

Ainda no que concerne as formas e hipóteses em que há a viabilidade do cabimento da medida cautelar ora em estudo, ressalte-se que ela se referenda em uma medida cautelar de apreensão residual, posto que o seu cabimento é condicionado à subsidiariedade, de forma que somente será viável a promoção da busca e apreensão cautelar quando não se puder falar - ou a situação vivenciada não se amoldar - nas hipóteses de arresto e/ou sequestro, medidas de apreensão por natureza. Neste ponto, chega-se a uma importante constatação prática: a busca e apreensão cautelar guarda contornos de intensa similitude com o arresto e o sequestro, sendo, inclusive, medida residual a estas, de modo que as formas de as diferenciar se tornam ainda mais necessárias e imprescindíveis à consecução de um estudo sistemático e completo.

Pondere-se, inicialmente, a título de diferenciação prática das cautelares de apreensão, que a busca e apreensão se destina, em regra, a bens móveis e a pessoas incapazes, nesse sentido diferindo diametralmente do arresto e do sequestro, que por sua vez não se destinam a salvaguardar, como objeto de uma ação principal, pessoas. Ou seja, a cautelar específica para o resguardo de pessoa incapaz, com o fito de proporcionar a satisfação de um direito substancial, discutido em outro provimento jurisdicional, seria a busca e apreensão. Por outro lado, no que tange aos bens, ainda que somente móveis, a linha de discernimento é tênue ao passo que todas as cautelares de apreensão podem, sem maiores adversidades, destinar-se a salvaguardar bens móveis. Em tal compasso, deve-se aplicar inteiramente a disposição da subsidiariedade da busca e apreensão, ou seja, esta somente será cabível e viável quando o arresto ou sequestro, por motivos quaisquer, se mostrarem insuscetíveis na prática, ou se mostrarem já exauridos naquele procedimento.

3 DOS PRESSUPOSTOS VIABILIZADORES

A medida cautelar de busca e apreensão, assim como as demais cautelares previstas no ordenamento jurídico, condiciona a sua viabilidade ante a coexistência de dois fatores primordiais que, uma vez verificados de plano no caso concreto, tornam o deferimento da medida uma consequência prática do seu requerimento.

De início, apresenta-se o *fumus boni juris*, ou a fumaça do bom direito, percebido através de um juízo de mera probabilidade, onde a parte deve evidenciar – acima da dúvida razoável – o direito substancial que lhe assiste e que quer ver resguardado. Desnecessário proceder a toda uma cognição exauriente, uma vez que esta será desenvolvida em plenitude quando da instrução do pedido principal. Ou seja, para efeitos da concessão da medida cautelar, que, frise-se, possui como objetivo marcante e delineado assegurar a efetividade de um provimento jurisdicional principal, a mera logicidade e coerência dos argumentos da parte requerente autorizam a concessão da medida. Desta forma, pode-se concluir que, para a concessão da medida cautelar de busca e apreensão, não existe a necessidade de demonstração cabal da existência do direito, bastando, para tanto, o mero convencimento do magistrado da probabilidade da existência do fundamento jurídico invocado.

Já quanto ao *periculum in mora*, ou o perigo da demora, pode-se sintetizar o termo, já autoexplicativo, partindo da perspectiva da visualização de um dano em potencial, um risco que corre o pedido principal de não se revelar útil ao interesse da parte requerente em face da demora da prestação jurisdicional, o que acaba por desnaturar o direito substancial perseguido pela parte.

O perigo de dano deve restar demonstrado não só em potencialidade; a parte que busca o provimento cautelar deve deixar assente que a demora na prestação jurisdicional

poderá fragilizar o direito requerido ainda no curso do pedido principal, ou seja, antes da solução definitiva de mérito, evidenciando, desta forma, a imprescindibilidade da medida cautelar como forma de preservar este direito. A análise, ainda que procedida de maneira sintética, dos pressupostos/requisitos que ensejam a viabilidade da medida cautelar denotam, com evidência, que a ausência de qualquer destes requisitos supracitados culminará no conseqüente indeferimento do pleito formulado pela parte.

4 DO PROCEDIMENTO

Dadas as modificações empreendidas pelo Código de Processo Civil de 2015, o pleito cautelar de urgência não mais é veiculado por meio de uma ação autônoma, mas, sim, em um pedido de tutela formulado no próprio bojo dos autos principais, de forma incidente, ou mesmo de maneira antecedente, isto é, antes da apresentação do pedido de tutela final, como bem expõem os artigos 300 e seguintes, do sobredito *Codex*.

O pedido, se formulado de forma incidente, deverá apresentar a coexistência dos pressupostos necessários ao deferimento da medida; já se formulado em caráter antecedente, deverá ser veiculado em petição inicial na qual se indicará “a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, como bem destaca o art. 305 do Código de Processo Civil.

Caso não esteja convencido acerca da presença dos requisitos exigidos para deferimento da medida liminar, poderá o juiz determinar a realização de audiência d

No contexto do pedido cautelar antecedente, o réu deverá ser citado para contestá-lo no prazo de cinco dias; deferida e efetivada a cautela, o pedido principal deverá ser apresentado em até trinta dias. Por outro lado, o indeferimento do pedido antecedente não impede ou obstaculiza a formulação do pedido principal.

O mandado de busca e apreensão deverá ser cumprido por dois oficiais de justiça, os quais poderão requisitar o uso da força policial e providenciar o arrombamento de portas externas e de divisões internas, caso não sejam atendidos – desde que obtenha autorização judicial para tanto - . Se o requerido impedir a execução da medida, ocorrerá o cumprimento forçado da ordem judicial, seguido de lavratura de mandado.

É importante que os oficiais de justiça observem a preservação do quanto exposto no inciso XI do art. 5º da CF/88, que trata da inviolabilidade domiciliar, conforme ALEXANDRE DE MORAES [2004, p. 81]:

O preceito constitucional consagra a inviolabilidade do domicílio, direito fundamental enraizado mundialmente, a partir das tradições inglesas, conforme verificamos no discurso de Lord Chatham no Parlamento britânico: O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar.

O cumprimento do mandado será sempre acompanhado por testemunhas, mesmo que não seja necessário o arrombamento. É providência primordial para que sejam registrados todos os atos processuais e para posterior relato ao magistrado. A ausência das testemunhas poderá redundar em causa nulidade absoluta da busca e apreensão.

Realizada a diligência de busca e apreensão é dever dos oficiais de justiça que tiveram dado cumprimento ao mandado lavrar auto circunstanciado, que deverá ser assinado pelos próprios oficiais de justiça e pelas duas testemunhas que tiveram acompanhado o ato.

Por fim, vale fixar, dentro dos parâmetros estabelecidos pela nova ordem processual, que o pedido cautelar apresentado em caráter antecedente não tem o condão de estabilização, tal qual ocorre com o pedido de tutela de urgência antecipada antecedente. O pleito cautelar, por outro lado, perderá a eficácia caso não seja deduzida a pretensão principal; não seja efetivada a cautela deferida ou seja julgado improcedente o pedido principal, tudo na forma do art. 309 do Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

Visando simplificar a prestação jurisdicional e privilegiar a constitucionalmente consagrada duração razoável do processo, o legislador promoveu mudanças significativas no âmbito das cautelares no Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, extinguiu a formulação de um processo cautelar autônomo, passando a considerar a intenção assecuratória como um pedido de tutela de urgência a ser formulado nos próprios autos principais, seja de forma incidental, no curso do processo, ou de forma antecedente, isto é, antes mesmo da apresentação de um pedido principal.

Tais modificações, no entanto, apesar de sensíveis, não extinguiram o rol de medidas cautelares outrora expressamente previstas na legislação. Atualmente, as cautelares serão deferidas sobretudo com base no poder geral de cautela conferida ao Estado-Juiz, que adotará todas as providências necessárias para o resguardo do direito eventualmente a ser discutido.

Com base em tais inferências, pode-se concluir que segue inteiramente válida a formulação de pedido de busca e apreensão a ser formulado como forma de salvaguardar o objeto de uma pretensão principal, mas desde que observados e respeitados os critérios, requisitos e pressupostos estabelecidos na legislação, mormente a coexistência da probabilidade do direito ventilado e do eventual perigo na demora da análise de mérito.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, Vol.I II.**- 15 .ed.- Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2003.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios, coordenação: Pedro Lenza. **Direito Processual Civil Esquemático.**-2.ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil.** -3.ed.- rev. ampl. São Paulo: Malheiros.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** v. 1.- 51.ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2010.

O COMBATE AO ASSÉDIO PROCESSUAL COMO GARANTIA À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

MARIANA ARPINI LIEVORE: Graduada em Direito pela UNESC – Centro Universitário do Espírito Santo. Especialista em Direito Constitucional com Ênfase em Direitos Fundamentais pela Faculdade CERS41.

RESUMO: O presente artigo apresenta o conceito de assédio processual e a forma com que o instituto relaciona-se com a garantia à razoável duração do processo, prevista na Constituição Federal de 1988. No ponto de vista de seus objetivos, realizou-se uma pesquisa exploratória mediante o levantamento de bibliografia e descritiva das características da questão do assédio processual e celeridade no Poder Judiciário. O estudo conclui que o assédio processual deve ser combatido, a fim de garantir que as partes tenham o litígio resolvido de maneira célere, sem prejuízo do direito à ampla defesa e do acesso ao judiciário, devendo ser punidos aqueles que exercerem de forma abusiva e imoderada seus direitos e faculdades processuais, com o manifesto dolo de retardar a prestação jurisdicional e desencorajar a parte contrária a litigar.

Palavras-chave: Assédio processual. Razoável duração do processo. Celeridade. Acesso à justiça. Ampla defesa.

INTRODUÇÃO

O assédio processual é uma construção doutrinária e jurisprudencial que se perpetua no âmbito forense, e, apesar de não estar previsto de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro, o tema já é reconhecido e amplamente aplicado, principalmente na jurisdição trabalhista.

A parte que se utiliza deste instituto no decorrer da relação processual fere diversas garantias constitucionais, dentre as quais se destacam: devido processo legal, igualdade, contraditório, ampla defesa, dignidade da pessoa humana, acesso à justiça e razoável duração do processo.

O combate ao assédio processual é de grande relevância para o Direito, uma vez que está presente no cotidiano jurídico, especialmente na seara trabalhista, por meio de condutas que visam evitar que a tutela jurisdicional seja prestada, fato inadmissível frente aos princípios constitucionais.

41 E-mail: marianarpini@hotmail.com

O tema será analisado sob o aspecto de seu reconhecimento e aplicação pela doutrina e jurisprudência, além da possibilidade de responsabilização civil do assediante, bem como a diferenciação entre assédio processual, litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da justiça, abrangendo as áreas de Direito Constitucional, Direito Processual Civil e Trabalhista.

São comuns os casos em que a parte exerce de forma abusiva e imoderada seus direitos e faculdades processuais, com o manifesto dolo de retardar a lide e desencorajar a parte contrária a litigar. Quando isso acontece, resta caracterizado o assédio processual, o qual deve ser combatido em prol da observância da razoável duração do processo. Na prática, isso ocorre principalmente com a realização de requerimentos meramente protelatórios, interposição de recursos infundados e petições inócuas, provocando reiteradas apreciações pelo juiz.

O presente estudo visa apresentar o conceito de assédio processual, a forma com que o instituto se relaciona com a garantia à razoável duração do processo, bem como visualizar seus efeitos. Para tanto, buscou-se uma revisão de bibliografia aprofundada e ampla sobre o assunto, com base em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho, doutrinas, revistas e artigos científicos publicados que tratam sobre o tema, além de sites e normas constitucionais e legais do ordenamento jurídico brasileiro.

A importância da análise do tema se dá a fim de esclarecer o conceito e a aplicação do assédio processual, o qual ainda é carente de regulamentação, bem como, defender a inadmissibilidade de atos processuais que alonguem desarrazadamente a solução da controvérsia e, assim, prejudiquem a prestação jurisdicional.

O texto visa contribuir e enriquecer o debate sobre o assédio processual, que ultimamente tem surgido com maior intensidade entre os operadores jurídicos, especialmente depois da EC 45/2004, que acrescentou ao art. 5º, da Constituição, o inc. LXXVIII, garantido a todos a razoável duração do processo.

1 ASSÉDIO PROCESSUAL

O assédio processual é uma modalidade de abuso do direito ao contraditório e à ampla defesa, o qual resta configurado por meio da utilização de instrumentos procedimentais lícitos com a única finalidade de alongar desarrazadamente a solução da lide e, assim, atingir a esfera psicológica da parte adversa. Tal comportamento é

considerado ato ilícito no ordenamento, o que, somando-se à existência do dano moral, gera o dever de indenizar.⁴²

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema:

O ajuizamento de sucessivas ações judiciais, desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso, pode configurar ato ilícito de abuso do direito de ação ou de defesa, o denominado assédio processual. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1817845-MS. Data de julgamento: 10/10/2019. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Relatora para Acórdão Ministra Nancy Andrighi. Data da publicação: DJE 17/10/2019. Informativo 658).

Para Leite (2012, p. 15), "O assédio processual, por ser um desdobramento do assédio moral, instituto de direito material, assume contornos próprios nos sítios do direito processual, especialmente no âmbito trabalhista. "

Belmonte (2008) entende que o assédio é gênero no qual, no campo das relações materiais e processuais de trabalho, são espécies o assédio moral, sexual e processual. Especificadamente, no caso do processo trabalhista, o trabalhador é, na maioria dos casos, o assediado, em face de sua subordinação jurídica ou econômica, constituindo violência a sua dignidade enquanto empregado e cidadão.

Ressalta-se que apesar se serem institutos próximos, o assédio processual não se confunde com a conduta atentatória à dignidade da justiça e a litigância de má-fé.

As condutas atentatórias à dignidade da justiça só podem ser praticadas pelo executado, porque tratam de normas específicas relativas à execução. O referido instituto exige para sua configuração que a parte desrespeite a moralidade e a probidade, resistindo às decisões judiciais ou deixando de praticar os atos que lhe são de dever fazê-lo, seja de forma comissiva ou omissiva. (NEVES, 2016).

No caso da litigância de má-fé, disposta no art. 142 do Código de Processo Civil, esta resta configurada se as partes se utilizarem do processo para praticar ato simulado ou para conseguir fim vedado por lei, ou seja, viola os princípios da boa-fé e da lealdade processual e causa potencial dano a outra parte e ao Estado-juiz, desviando a finalidade do processo, conforme entendimento de Mazzola e Silva (2017).

⁴² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RO 293-76.2012.5.09.0000. Data de Julgamento: 02/02/2016, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. Data de Publicação: DJ 12/02/2016.

Outrossim, o assédio é mais intenso, duradouro e destrutivo e decorre de uma série de atos. Na litigância de má-fé a única vítima é o ex-adverso, no assédio, além desse, o Estado-Juiz e, até, a coletividade (PAIM, HILLESHEIM, 2006).

Portanto, conforme Pinto (2013) se as atitudes procrastinatórias e desleais forem praticadas na forma de um único ato, caracteriza-se a litigância de má-fé ou o atentado à dignidade da justiça. Por outro lado, se realizadas de forma contínua e repetitiva configuram o assédio processual, geralmente sob a enganosa alegação de estar exercendo o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Sob esse aspecto, segundo Muller (2012), importante destacar que o exercício do direito à ampla defesa não pode servir de escudo para a prática de atos processuais abusivos e reiterados, pois a garantia constitucional se refere ao manejo leal dos instrumentos processuais na defesa da parte em Juízo, mas não autoriza nem ampara a utilização inócua de incidentes e recursos, para obter vantagem ilícita na esfera processual.

Por esta razão os julgadores têm analisado com cautela os pedidos de condenação por assédio processual:

RECURSO DE REVISTA. 1. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. (...) 2. DANO MORAL. ASSÉDIO PROCESSUAL. Com efeito, a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXXVIII (introduzido pela EC 45/2004), garante a razoável duração do processo, bem como o direito à ampla defesa e o acesso ao Judiciário com possibilidade de uso de todos os recursos cabíveis, incisos LV e XXXV, do mesmo dispositivo. Cabe ao julgador, nessa linha, encontrar o equilíbrio entre os princípios constitucionais acima mencionados, mormente porque inúmeros podem ser os óbices na entrega da almejada prestação jurisdicional. Na espécie, entende-se não haver demonstração inequívoca de excesso ou dolo, mas sim o mero exercício do direito de ação garantido pela Constituição Federal nos limites legais, na postura da VALE S.A. ao interpor recurso ordinário. Recurso de revista conhecido e provido, no particular.(...) (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-368-48.2010.5.03.0099. Data de julgamento: 03/09/2014. Relatora Ministra Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Data de Publicação: DEJT 05/09/2014).

Dessa forma, o processo, além de garantir que as partes tenham respeitados os direitos fundamentais, aqui representados especialmente pela ampla defesa, pelo devido processo legal e razoável duração do processo, deve primar pela resolução da lide da forma mais justa e eficaz (LAMY, 2014).

2 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O art. 5º, LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que a todos deve ser assegurado a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. No mesmo sentido, regulamenta o Código de Processo Civil que é direito das partes obter em prazo razoável a solução integral do mérito (art. 4º).

Em sintonia com o assunto abordado, Schiavi (2015) assevera que a duração razoável do processo deverá observar a complexidade da causa, a estrutura e quantidade de processos em cada Unidade Judiciária e o comportamento das partes. Destaca-se o último, pois se os litigantes atuarem com honestidade e boa-fé nas alegações, nos pedidos, nas teses defensivas e na produção das provas, o processo se resolve em menos tempo e a decisão, provavelmente, será mais justa.

Inicialmente, para Toaldo e Toaldo (2011) a inclusão deste princípio na CF/88 visava unicamente atacar o grave problema da morosidade que afeta o Poder Judiciário brasileiro, causado principalmente pelo aumento da demanda, o qual não foi acompanhado por investimentos na estrutura e organização profissional. Porém, o termo admite uma aplicação muito mais abrangente.

A legislação processual civil, por exemplo, na tentativa de evitar pronunciamentos completamente destituídos de fundamento e manifestamente protelatórios, regulamentou dentre os deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo o de “não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito” (art. 77, III), bem como que as diligências inúteis ou meramente protelatórias serão indeferidas pelo juiz, em decisão fundamentada (art. 370, p.ú.).

Ainda, segundo Didier Júnior (2014, p. 67) “o processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional. “. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e a infinidade de recursos certamente entravam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas.

Desse modo, aquele que imotivadamente atrasa o resultado final, em desrespeito à boa-fé, comete assédio processual, violando a duração razoável do processo. Este princípio consagra o direito a um processo com prolongamento admissível, que esteja apto a satisfazer e reparar efetivamente os interesses em questão, sem prejudicar garantias formais e materiais que assistem aos sujeitos do processo (MOUZALAS, NETO, MADRUGA, 2017).

Concluem Theodoro, Oliveira, Rezende (2015) que deve haver um equilíbrio entre as medidas que asseguram a conclusão do processo, de forma a evitar diligências inúteis e promover as simplificações rituais permitidas pela lei, sem comprometimento do contraditório e ampla defesa, com as medidas que reprimem a conduta desleal e temerária da parte que embarça o normal encaminhamento do processo em direção à composição do conflito.

3 RESPONSABILIZAÇÃO DO ASSEDIANTE

Atuando em evidente dissonância com a Carta Magna e com o CPC/2015, a parte que reiteradamente pratica atos contrários ao propósito da Justiça, criando meios para retardar ainda mais a efetiva prestação jurisdicional, colabora para a morosidade processual, e, portanto, deve ser punida.

Para tanto, Leite (2013) entende que se aplicam ao assédio processual as normas fundamentais que sustentam a reparabilidade de danos por assédio moral (CF, art. 5º, V e X), bem como as previstas no plano infraconstitucional (CC, arts. 186, 187 e 927).

Um exemplo disso, foi a condenação da Bombril, em primeira instância, a pagar indenização de 15 (quinze) mil reais por danos morais em decorrência de assédio processual. Para o cálculo da indenização, o magistrado utilizou como critérios o comportamento da vítima e do assediante, o tempo de paralisação do processo e o excessivo grau de animosidade entre as partes.⁴³ Interposto Recurso Ordinário, a sentença foi reformada, a fim de excluir da condenação o pagamento de indenização por danos morais, em razão da falta um dos requisitos para o nascimento da responsabilidade civil, qual seja, ação/omissão patronal.⁴⁴

Nota-se que a falta de requisitos objetivos para a configuração do assédio processual acarreta interpretações e, conseqüentemente, decisões divergentes. Na prática, é necessário coibir todos os atos, ainda que lícitos, realizados com o único intuito de atrasar o desfecho do processo ou de prejudicar o litigante, em detrimento da justiça (LIMA, 2011).

Defende-se também que a referida indenização será processada nos próprios autos, nos quais restou caracterizado o assédio processual, inclusive, podendo ser determinada *ex officio* pelo Juiz do Trabalho. Tal entendimento, segundo Schiavi (2015), visa proteger a jurisdição e garantir a autoridade das decisões judiciais.

⁴³RTOrd 00173-2009-462-05-00-6. 2ª. Vara do Trabalho de Itabuna. Data do Julgamento: 24/07/2009.

⁴⁴ Recurso Ordinário nº 0017300-69.2009.5.05.0462 RecOrd. 3ª. Turma do TRT 5ª Região. Desembargadora Relatora: Margarete Menezes Corrêa. Data do Julgamento: 24/07/2010.

A partir do exposto, infere-se que os danos causados a outra parte não precisam ser comprovados, já que se tratam de bens e interesses imateriais juridicamente tutelados. Além disso, é de interesse da coletividade reprimir os excessos verificados em condutas abusivas, imoderadas e contrárias à boa-fé, com a intenção de retardar a entrega da prestação jurisdicional ou o cumprimento de obrigações, garantindo credibilidade e eficiência ao processo, estabilidade das relações jurídicas e gerando segurança jurídica (PAROSKI, 2014).

Discussão ainda mais recente, gira entorno da possibilidade do advogado e do próprio Poder Judiciário, por seus juízes e servidores praticarem o assédio processual. Estes seriam considerados atores indiretos e, segundo Uchôa (2008) poderiam sim responsabilizados por suas condutas ativas ou omissivas, perante seus órgãos fiscalizadores.

Diante disso, não é somente dever das partes do processo a lealdade processual, mas sim de todos que, de qualquer forma, participam do processo, sob pena de cometer assédio processual se atuarem de modo temerário.

O que se busca, ao final, é fazer com que o processo não seja desvirtuado em sua função estatal de abrigar uma situação que demanda solução jurisdicional. Logo, o princípio da lealdade processual deve ser considerado um dever não somente para as partes e procuradores, mas sim para todos aqueles que tiverem sua participação no processo. A variação de sua aplicação, entretanto, dependerá da medida da responsabilidade sem que isso possa desprezar a importância do princípio. (IOCOHAMA, 2009, p.70).

O presente tema, portanto, se demonstra como um alerta à comunidade jurídica, a qual deve repudiar o uso desse expediente e promover as alternativas para o seu combate, principalmente em prol de alcançar uma justiça mais célere e justa.

CONCLUSÃO

O assédio processual tem sido reconhecido como um meio utilizado no deslinde processual para afetar, desequilibrar, constranger e intimidar a parte contrária, provocando uma prestação da justiça intempestiva e inadequada à declaração dos direitos, o que configura um desrespeito ao ordenamento jurídico.

Em decorrência do excessivo prolongamento da lide provocado pelo assédio processual, surgem duas consequências negativas principais. Primeiramente, a prestação jurisdicional brasileira fica desacreditada, além disso, desestimula o adversário da demanda em razão do excessivo prolongamento da lide.

Nesse sentido, os direitos fundamentais influenciam cada vez mais a prática processual, de forma que, para combater o assédio processual, é necessário garantir a razoável duração do processo, o acesso à justiça e a ampla defesa.

É certo que as partes possuem um direito fundamental de obter em prazo razoável a decisão judicial, solucionando a pretensão regularmente deduzida em juízo, assim como a possibilidade de executá-la. Para alcançar tal garantia, é necessário resgatar a importância e a credibilidade da Justiça brasileira, por meio de sanções ao descumprimento do princípio da celeridade processual.

No tocante à responsabilização do assediante, é imprescindível demonstrar a ocorrência do abuso no uso dos meios processuais, uma vez que nenhuma indenização será devida se o dano não for atual e certo. A indenização por assédio processual terá natureza satisfatória, haja vista que tem por objetivo reduzir o vexame sofrido por atos atentatórios da parte processual contrária. Além de um caráter pedagógico, servindo de exemplo para toda a sociedade forense.

É preciso lutar contra a morosidade do processo e isso exige uma mudança. Apesar da omissão legislativa sobre o assédio processual, devem ser criados e utilizados pelos aplicadores do Direito métodos de integração normativa para minimizar seus efeitos e mecanismos mais eficazes para combatê-lo. É inadmissível que os processos sejam vencidos pelo cansaço, em razão do abuso de mecanismos processuais que contrariam a promessa constitucional de um processo civil justo. É preciso construir um sistema que seja capaz de produzir resultados qualitativamente bons em tempo razoável e, dessa forma, mereça ser chamado de devido processo legal.

REFERÊNCIAS

BELMONTE, Alexandre Agra. O assédio moral nas relações de trabalho – uma tentativa de sistematização. **Revista LTr**. São Paulo, v. 72, n. 11, p. 1329-1337, nov. 2008.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 nov. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2016

_____. 2ª. Vara do Trabalho de Itabuna. RTOrd 00173-2009-462-05-00-6. Data de Julgamento: 24/07/2009. Disponível em: <

https://www.trt5.jus.br/subsistemas/consultaprocessos/modelo/consulta_documento_blo b.asp?v_id=AAAqKPACTAABaI3AAE>. Acesso em: 02 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1817845-MS. Data de julgamento: 10/10/2019. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Relatora para Acórdão Ministra Nancy Andrichi. Data da publicação: DJE 17/10/2019. Informativo 658. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%28%22REsp%22+adj+%28%221817845%22+ou+%221817845%22-MS+ou+%221817845%22%2FMS+ou+%221.817.845%22+ou+%221.817.845%22-MS+ou+%221.817.845%22%2FMS%29%29.prec%2Ctext>. Acesso em: 09 out. 2023.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª região. Recurso Ordinário nº 0017300-69.2009.5.05.0462 RecOrd. 3ª. Turma do TRT 5ª Região. Desembargadora Relatora: Margarete Menezes Corrêa. Data do Julgamento: 24/07/2010. Disponível em: < https://www.trt5.jus.br/subsistemas/consultaprocessos/modelo/consulta_documento_blo b.asp?v_id=AAAqKPACHAAAiksAAc>. Acesso em: 02 ago. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RO 293-76.2012.5.09.0000. Data de Julgamento: 02/02/2016, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, Data de Publicação: DJ 12/02/2016. Disponível em: < <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=293&digitoTst=76&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0000&submit=Consultar>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR-368-48.2010.5.03.0099. Data de julgamento: 03/09/2014. Relatora Ministra Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Data de Publicação: DEJT 05/09/2014. Disponível em: < <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20368-48.2010.5.03.0099&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAISAAAJ&dataPublicacao=05/09/2014&localPublicacao=DEJT&query=%27ass%E9dio%20processual%27>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. **Litigância de má-fé e lealdade processual**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

LIMA, Alcides de Mendonça. O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 1, p. 25–61, out. 2011.

LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações sobre a Influência dos Valores e Direitos Fundamentais no Âmbito da Teoria Processual. **Sequência**. Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 301-326, dez. 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Assédio Processual x Acesso à Justiça. **Revista No Mérito**. Rio de Janeiro, mai. 2012. Disponível em: < <http://www.amatra1.com.br/material/no-merito-edicao46.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016.

SILVA, Bruno Freire e MAZOLLA, Marcelo. Litigância de má-fé no novo CPC. Penalidades e questões controvertidas. Responsabilidade do advogado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 264, p. 51-81, fev. 2017.

MULLER, Daniela Valle da Rocha Muller. **Precisamos falar sobre assédio processual**. Revista No Mérito. Maio de 2012. Rio de Janeiro. Disponível em: < <http://www.amatra1.com.br/material/no-merito-edicao46.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MOUZALAS, Rinaldo; NETO, João Otávio Terceiro; MADRUGA, Eduardo. **Processo Civil – Volume único**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PAIM, Nilton Rangel Barreto e HILLESHEIM, Jaime. O assédio processual no processo do trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 70, n. 9, p. 1112-1118, set. 2006.

PAROSKI, Mauro Vasni. Reflexões sobre a morosidade e o assédio processual na justiça do trabalho. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, v. 3, n. 34, p. 144-167, out. 2014.

PINTO, Raymundo. Assédio Processual: Tema ainda discutível. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**. Salvador, 2013. Disponível em: < <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2474/1816>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SCHIAVI, Mauro. **O Novo Código de Processo Civil e o Princípio da Duração Razoável do Processo**. 2015. Disponível em: <

http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CPC_E_O_PRINCIPIO_DA_DURACAO_RAZOAVEL_DO_PROCESSO_-_Mauro.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2016.

THEODORO, Humberto Júnior; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. **Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.2015, de 16 de março de 2015)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOALDO, Adriane Medianeira; TOALDO, Andréia Maria. A responsabilidade civil do estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional face à EC 45/2004 garantidora da duração razoável do processo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 202, p. 183-218, dez. 2011.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. O assédio processual como dupla violência ao trabalhador. **Revista LTr**. São Paulo, v. 72, n. 10, p. 1.241-1245, out. 2008.

TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

AMANDA VIEIRA DOS SANTOS:
graduanda em Direito pelo Centro
Universitário de Jales - UNIJALES

LETICIA LOURENÇO SANGALETO TERRON

(orientadora)

RESUMO: Este artigo aborda tanto o contexto histórico, como atual, ao enfrentamento de tráfico de pessoas no Brasil e os reflexos causados na vida da vítima. O tráfico de pessoas é o crime que mais se torna crescente e que nos dias atuais ocupa o terceiro lugar em negócios ilícitos, gerando uma movimentação bilionária aos envolvidos. Tem por principais vítimas as mulheres, pelo retorno financeiro imediato decorrente este de exploração sexual, entretanto, não se exclui outros gêneros e crianças, os quais são vítimas seja para venda de recém-nascidos ou para remoção de órgãos. O objetivo deste artigo é mostrar como o Brasil em sua legislação combate a este crime que é em sua proporção uma violação aos direitos humanos, constará também, os meios e campanhas que são cabíveis aos entes públicos realizarem. A metodologia utilizada para o feito deste artigo, se deu por procedimento dedutivo, se moldando através de dados e fontes confiáveis constadas ao final.

Palavra-chave: Vítima. Tráfico de pessoas. Exploração sexual. Legislação.

ABSTRACT: This article addresses both the historical and current context of combating human trafficking in Brazil and the effects it has on the victim's life. Human trafficking is the fastest growing crime and currently ranks third among illicit businesses, generating billions of dollars in revenue for those involved. Its main victims are women, due to the immediate financial return, resulting from sexual exploitation, however, other genders and children are not excluded, who are victims either for the sale of newborns or for the removal of organs. The objective of this article is to show how Brazil, in its legislation, combats this crime, which is in its proportion, a violation of human rights, it will also include the means and campaigns that public entities are entitled to carry out. The methodology used to produce this article was based on a deductive procedure, based on reliable data and sources found at the end.

Keyword: Victim. Human trafficking. Sexual exploitation. Legislation.

1. INTRODUÇÃO

A Organização das Nações Unidas (ONU), define tráfico de pessoas como o “recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre outra pessoa, para o propósito de exploração”

Com isso, tem-se que o tráfico de pessoas consiste no ato de comercializar, escravizar, explorar e privar vidas, violando os direitos humanos por ter impacto diretamente com a vida das vítimas. Se houver transporte, exploração ou cassação de direitos, o crime pode ser classificado como tráfico de pessoas, não importando se há consentimento por parte da vítima.

Infelizmente o tráfico de pessoas é o terceiro negócio ilícito mais rentável no mundo, ficando atrás apenas do tráfico de drogas e das armas. Nenhum país fica excluído dessa prática, tampouco indivíduos, mesmo que o foco sejam mulheres, crianças e adolescentes. Os países mais pobres, com desigualdades econômicas, países com poucas possibilidades de emprego, educação e perspectiva de futuro para jovens, além de políticas frágeis, são os mais vulneráveis ao tráfico de pessoas e à exploração sexual.

Outrossim, o Código Penal em seu artigo 231 traz a definição do tráfico internacional de pessoas, no qual afirma que “promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro”, em outras palavras: alojar, coagir, submeter outrem sobre exploração sexual é também caracterizado como tráfico. Esse fato acontece constantemente e muitas vezes é esquecido pelas autoridades.

O presente artigo pretende mostrar quais são as lacunas existentes na lei brasileira, bem como a ineficácia da fiscalização nas fronteiras de estados e municípios, onde ocorrem os aliciamentos em território nacional.

Também será abordado, como o psicológico da vítima permanece depois do episódio ocorrido, qual suporte será dado a vítima, como esta encara a família, a sociedade depois de ocorrida tal situação, e como o ambiente familiar interfere na ressocialização do indivíduo que é vítima desta rede de tráfico.

Ainda, conterà no presente artigo o contexto histórico, desde o surgimento da prostituição até os dias de hoje, apresentando as diversas consequências causadas e que somente as vítimas conhecem. Tendo em vista ser um crime global, além do Código Penal, será utilizado para fins de embasamento jurídico o protocolo de Palermo e doutrinas a fins de demonstrar a forma que o judiciário aplica as leis nos casos em concreto.

É notório que, por mais que seja um assunto delicado e polêmico, que gera constrangimentos e desconfortos sociais quando discutido, não tem sido tratado como deveria, sendo que muitas pessoas ainda não conhecem a respeito, tampouco acreditam ser uma realidade tão próxima, tornando-os distante de tal realidade.

2.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRÁFICO DA PESSOA HUMANA

O Brasil sofre pelo problema de tráfico de pessoas desde a época colonial. No século XVI a XIX, escravas eram obrigadas por seus senhores a se prostituírem; com o fim da escravidão, mulheres brancas começaram a também serem usadas com a mesma finalidade.

A violação sexual de mulheres negras dava-se em especial por parte dos seus senhores, porém também ocorria em senzalas. A existência de escravas prostitutas era uma prática bem comum na cidade do Rio de Janeiro em meados do século XIX. Segundo afirma Jacob Gorender, “a prostituição de escravas era algo bem comum no Brasil, e em consequência a expansão do sistema escravista, ocorreu um vasto aumento da exploração de mulheres negras para fins de prostituição. (GORENDER, Jacob. O escravismo colonial, p. 500-502).

No livro *O Abolucionista*, Joaquim Nabuco traz o entendimento de que senhores empregavam suas escravas e as entregavam a prostituição recebendo os lucros do negócio, sem que isso lhes fizesse perder o título de proprietário sobre elas. Com isto, a partir do século XIX, advogados abolicionistas aconselhavam “Ações de Liberdade” em favor destas mulheres escravas para cessar essa prática. (O abolicionismo, p. 16-17).

O argumento usado foi baseado no direito romano, e este defendia que por mais amplo que fosse o direito do senhor à propriedade, o mesmo não poderia vir a constituir ofensa à lei e ao costume. Sendo assim, forçar mulheres escravas à prostituição justificava a perda da propriedade.

Guido Fonseca dispõe a respeito de dois processos os quais ilustram as posições antagonicas relativas à questão. Um, refere-se a Sabina e Salustiana, mulheres que foram obrigadas a se prostituir por sua senhora, Custódia Maria de Araújo. As mulheres escravas venceram na 1ª instância, entretanto, na 2ª Instância foram consideradas carecedoras da ação. A seguir um trecho da sentença e do acórdão:

O que tudo visto e bem meditado, salta aos olhos que, não tendo a nossa legislação dito cousa alguma sobre a prostituição forçada das escravas, e não se devendo crer que assim procedeu o legislador brasileiro, por en- tender que era ela permitida, deixou que entre nós

vigorasse como Direito subsidiário o Romano, que é a respeito, expresso e salutar. E passando do direito ao fato, encontra-se nos autos plena prova de que as Autoras foram forçadas à prostituição e que disso auferia lucros a Ré, que se não livra da imputação e responsabilidade simplesmente por dizer que não lhes infringia castigos corporais, certo como é, que para os escravos constitui coação a ordem do senhor, a quem estão sujeitos sob pena de sofrerem a sua severidade e maus-tratos. [...] julgo provada a intenção das Autoras, e condeno a Ré nas custas; declarando, como declaro, aquelas livres pela presente sentença que lhes servirá de título. Rio, 4 de julho de 1872. Joaquim Francisco de Faria (grifos nossos)

Acórdão da Relação. Que reformam a sentença de fls. 59 e julgam as Autoras apeladas carecedoras da ação como escravas que são da Apelação, por não terem aplicação entre nós as disposições indicadas do Direito Romano, como contrário ao direito de propriedade [...]11 (grifos nossos)

O mesmo sentido de entendimento foi dado no segundo processo. Nos termos do Acórdão da Relação, de 20 de agosto de 1872: “[...] quando tivesse ciência ou consentisse não seria motivo justo e menos legal para privá-lo de sua propriedade, galardoando-se a desregrada. [...] mandam que a apelada seja restituída ao apelante, seu legítimo senhor”.

Miguel Reale Júnior relata que, cerca de 1.600 Ações de Liberdade propostas, 729 escravas obtiveram a liberdade por terem sido obrigadas pelos seus senhores a se prostituir. (REALE JUNIOR, Miguel. O escravo como nao sujeito de direitos).

No entanto, mesmo diante a conquista da abolição da escravidão, se era comum encontrar ex-escravas na prostituição. Com o passar do tempo, escravas negras foram sendo substituídas pelas escravas europeias de outros senhores, como constará a seguir.

Após passado mais de um século da abolição da escravatura pela Lei Áurea de 1888, era de esperar que houvesse uma evolução social capaz de superar situações como estas. No Brasil, o Decreto de nº 58.563, de 1 de junho de 1966, promulgou a Convenção sobre Escravatura, de 1926, emendada pelo Protocolo de 1953, e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956. Em seu art. 2º determinava que os Estados se comprometessem a impedir o tráfico de escravos e proporcionasse a abolição completa da escravidão em todas as suas formas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabelece em seu art. 4º de que ninguém será mantido em escravidão ou servidão, e que a escravidão e o tráfico

de escravos serão proibidos em todas as suas formas. O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, também trata da matéria. O art. 6º proíbe a escravidão e a servidão, bem como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres.

Entretanto, não se vê isso na prática. Em pleno século XXI, continuam a traficar pessoas, escraviza-las e a cultura da exploração sexual é presente dia após dia.

3.DO TRÁFICO DE ESCRAVAS BRANCAS PARA O TRÁFICO DE PESSOAS EM GERAL

Já abolida a escravidão no final do século XIX, passou a chamar a atenção e a ser fato de extrema preocupação o tráfico de escravas brancas para a mesma finalidade. No Brasil, o Código Penal na época não previa o crime de lenocídio, entretanto o mesmo foi incluído em 1980, período o qual se obteve intenso movimento migratório.

Conforme entendimento de Lená Medeiros de Menezes, a exploração de mulheres já não era algo novo durante o século XIX e início do século XX, entretanto, a exploração havia adquirido uma nova versão “à medida que o capitalismo e a expansão europeia haviam redesenhado o mundo e a vida urbana, promovendo a internacionalização dos mercados e a expansão dos prazeres”. Neste contexto a mulher transformou-se em um mero produto de exportação tanto para a Europa quanto para os demais continentes.

Em meados do século XIX, Buenos Aires e o Rio de Janeiro foram as capitais do tráfico internacional de mulheres na América do Sul e assim se tornaram porta para as demais cidades do continente.

O aliciamento ocorria de diversas maneiras, bem como ocorre na atualidade. Em alguns casos, para que nada fosse perceptível e se tornasse suspeito, traficantes se casavam com as mulheres, em outras situações, a mulher era colocada como integrante de companhias artísticas. Chegavam no país de destino sem conhecer absolutamente ninguém e sem estudo sobre o idioma, isto fazia com que essas mulheres se tornassem um alvo fácil para a exploração sexual.

Em diversos casos, mulheres assinavam contratos a força com seus exploradores e estes contratos eram feitos a fim de torna-las devedoras em prazo permanente. Este fato a respeito de contratos e suas dívidas foi tema de uma novela do horário nobre de uma grande rede de televisão no Brasil, “Salve Jorge – Sistema Globo de Televisão”, no enredo da trama mulheres eram tiradas do Brasil com promessas de uma vida melhor e cheia de oportunidade de trabalho em países diversos, e, quando chegavam no destino final, se viam presas a uma condição mínima de humanidade sendo obrigadas a se prostituírem e a assinar contratos em que constava que tudo o que fosse consumido, sendo: alimentos, roupas, moradia entre outros, tornava-as devedoras com uma dívida sem fim.

Segundo Guido Fonseca, o qual fez vasto levantamento a respeito da prostituição no Brasil em específico no Estado de São Paulo, conforme análise do autor, em 1914 registrou-se 812 prostitutas no Estado, 721 eram brancas, 60 pardas e 31 negras, deste total 303 brasileiras. Das mulheres estrangeiras, a maior parte eram da Rússia, Itália, Alemanha e França. O fato da Primeira Guerra Mundial prejudicou o aumento destes números; tanto que em 1915 a polícia abriu apenas 269 novos prontuários de prostitutas, sendo 181 brasileiras e 88 estrangeiras. (FONSECA, op. cit., p. 135-136)

No ano de 1922, existiam cerca de 3.529 prostitutas cadastradas em São Paulo. Dessas, 1.936 eram brasileiras e 1.593 estrangeiras. A origem dessas mulheres era especialmente da Rússia (468), França (255), Itália (245), Portugal (155) e Espanha (143).

Em 1936, constavam 10.008 prostitutas registradas em São Paulo. A maior parte delas 5.400 mulheres eram estrangeira. Mulheres francesas representavam quase 6% do total de 576. Na sequência apareciam as polonesas (439), portuguesas (413), alemãs (375), argentinas (351), italianas (330), russas (287) e as lituanas (282). 4.608 mulheres eram brasileiras; do total 8.077 eram brancas.

No estado do Rio de Janeiro, não era muito diferente. No ano de 1912, o levantamento feito por um delegado apontou que, num total de 94 casas de programa, havia 299 mulheres, sendo 160 estrangeiras. Em primeiro lugar apareciam as russas (33), depois as italianas (30), as espanholas (20) e as francesas (16).

Conforme conclui Guido Fonseca, a expressiva presença de mulheres de diversas nacionalidades, sendo: Rússia, França e Polônia, somente pode ser explicada pela ação do tráfico, pois a imigração desses povos para o Brasil não era comum. Quanto aos donos dessas casas, em sua maioria eram estrangeiros europeus, que como pena eram expostos do País.

O crescente movimento do tráfico internacional de mulheres visando à exploração obrigaram Estados a se reunirem para debater a questão e elaborar acordos internacionais, com o intuito de prevenir e punir esse crime. Já em 1885, no Congresso Penitenciário de Paris, o tema foi debatido, e em 1899 ocorreu em Londres um Congresso Internacional sobre Tráfico de Escravas Brancas, já em 1902 ocorreu a Conferência de Paris, com a participação do Brasil. No ano de 1904, foi assinado em Paris o Acordo Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, elaborado pela Liga das Nações e promulgado no Brasil pelo Decreto n. 5.591 de 13 de Julho de 1905. No ano de 1910, foi assinada a Convenção Internacional relativa à Repressão do Tráfico de Escravas Brancas, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.756, de 28-11-1923, e pelo Decreto n. 16.572, de 27-8-1924.

Logo, seguida a assinatura desses acordos, houve início a Primeira Guerra Mundial, que perdurou de 1914 a 1918. Neste período de guerra ocorreu uma diminuição significativa do tráfico, entretanto com o término os movimentos migratórios tomaram novo folego, impulsionados pela destruição e pelo estado de miséria dos países europeus. Desta forma, em 1921 foi assinada a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 23.812, de 30 de janeiro de 1934.

Em 1933, firmou-se novo documento, a Convenção Internacional relativa à Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, a última sob o patrocínio da Liga das Nações, e promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº 2.954, de 10 de agosto de 1938.

Já em 1950, sob a amparação da ONU, foi assinada a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 46.981, de 8 de outubro de 1959. Esta convenção deixou claro que qualquer pessoa poderia se tornar vítima de tráfico humano.

Finalmente, no ano 2000, foi aprovado o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004.

Entre 1904 e 2000, pode-se observar a evolução da legislação internacional sobre a matéria. No tocante ao objeto de proteção, houve um alargamento, pois inicialmente a proteção era destinada apenas às “escravas brancas”, avançando para “mulheres e crianças” e finalmente para em um termo geral.

Outra alteração se deu ao tratamento à vítima. Ao longo do tempo, percebeu-se que a vítima do tráfico perece de proteção e ajuda e que não devem ser tratadas como criminosas. Essa postura constitui um dos objetivos do Protocolo de Palermo, nos termos de seu art. 2º, b: “proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos”

Outro aspecto é o referente à abrangência. Até o acontecimento do Protocolo de Palermo, a preocupação era apenas com a prostituição, hoje o foco é a proteção de qualquer forma de exploração, seja ela sexual, laboral ou de remoção de órgãos, ocasionada pelo tráfico internacional.

Com isso, a OIT30 apoia o entendimento de que o tráfico humano envolve muito além da exploração sexual de mulheres e de crianças, e que a exploração deve também ser

vista como um problema de trabalho forçado na qual se exigem soluções baseadas no mercado de trabalho.

4.DA CONVENÇÃO DE PALERMO

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), traz a definição do Tráfico de Pessoas como "o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos". (UN, 2000a).

A Convenção surgiu com o intuito de preencher espaços no Direito Internacional, antes de sua entrada em vigor existiam apenas tratados sobre questões criminais específicas. Tendo o crime organizado se tornado de grande proporção, tornando necessária a cooperação entre países.

O crime organizado começou a tomar espaço após a Guerra Fria. A movimentação de pessoas por meio das fronteiras evoluiu rapidamente, a exportação de bens e serviços na década de 80, correspondia a 18,9% da média do produto interno bruto (GDP) dos países, enquanto no ano de 2010, alcançou a marca de 30,5% de tal média (The World Bank, 2020). A fiscalização em torno deste fato, por sua vez, diminuiu devido a acordos de livre circulação de bens e pessoas.

O tráfico de pessoas ganhou força na década de 1990. Conforme entendimento de Louise Shelley (2010, p.2), "o contrabando e o tráfico de pessoas estão entre as formas mais rápidas de crescimento do crime, porque as condições atuais do mundo criaram aumento da demanda e da oferta". O tráfico de pessoas, é em sua maioria consequência da desigualdade social-econômica e reflete a necessidade em políticas públicas e empregos para sanar este ponto, vários fatores favorecem essas atividades, como: a pobreza, a falta de trabalho, o preconceito de gênero, violência doméstica, entre outros; a também violações aos direitos humanos, no que se refere a dignidade e o direito de ir e vir.

Com o passar do tempo se é percebido que mais e mais pessoas são ilubriadas e assim traficadas e exploradas. Diante disso, pode concluir que o tráfico de pessoas não poderia permanecer desconectado a proteção dos direitos humanos, caracterizando como crime a ser combatido, segundo a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional (UN, 2000a).

A Convenção de Palermo e seus protocolos (UN,2000) foi muito bem recebida internacionalmente, isto ocorreu por dois fatores: demanda por instrumento que indicasse caminhos concretos para que houvesse cooperação internacional em matéria de crime organizado; e a linguagem usada na documentação que foi bem aceita por toda comunidade internacional, contendo 147 assinaturas e, ao todo, 190 Estados que formaram parte do documento (UN, 2000^a).

No período de elaboração desses tratados internacionais, tornou-se de maior atenção à questão da proteção às vítimas do tráfico de pessoas, as quais necessitam de apoio e proteção quando identificadas, pois se encontram em situação de vulnerabilidade devido às violações de direitos humanos que sofreram. Coube responsabilidade e discricionariedade dos Estados as medidas para protegê-la. Geralmente, estes Estados condicionam a proteção à cooperação nas investigações contra os traficantes, com isso, deixam de prover suporte devido às vítimas que não possuem condições de colaborar, ficando sem poder retornar ao seu país de origem por motivos financeiros, as quais são então deportadas ou expulsas sem qualquer zelo.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS ADOTADAS PARA O COMBATE DO TRÁFICO

Com o aumento do tráfico de pessoas, e a grande repercussão que tal crime gerava (e ainda continua gerando), as autoridades tiveram que tomar medidas para combater tal ato que além de ser crime, fere os direitos humanos do indivíduo.

Todavia, a primeira medida a ser tomada veio de uma reunião de 80 países junto a ONU, em Palermo, na Itália, onde fora discutido a forma de combate a tal prática criminosa. Foi então no mês de outubro de 2000 que enfim surge a atual arma de combate as grandes redes de tráfico de pessoas, o protocolo de Palermo, que veio para prevenir, reprimir e punir o Tráfico de Pessoas aqueles que estão ligados seja direta ou indiretamente essa organização criminosa.

No Brasil, o protocolo foi ratificado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em março de 2004, passando a ser um norte no combate ao tráfico internacional de pessoas, uma vez que, para o tráfico nacional, existe o amparo legal nos artigos 231 (que refere a pessoas que venha de outros países para serem exploradas no Brasil ou brasileiros que vão para outros países para serem explorados) e 231-A (refere a pessoas que são exploradas dentro do território nacional) do Código Penal brasileiro.

A elaboração do protocolo tem a finalidade de combater severamente aos participantes desta rede, conhecidos como traficantes, aliciadores, gerentes ou donos dos locais em que as vítimas ficam confinadas, muitas vezes em condições degradantes.

Contudo, o protocolo em seu artigo 5º, diz a respeito da criminalização, onde deve cada país determinar medidas legislativas para instituir as infrações penais cometidas pelos traficantes, podem ser observadas ainda as alíneas, que produz as seguintes situações:

- a) Sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a tentativa de cometer uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo;
- b) A participação como cúmplice numa infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo; e
- c) Organizar a prática de uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo ou dar instruções a outras pessoas para que a pratiquem.

O artigo 1º ao qual se referem, diz sobre a Relação com a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Outra situação na qual não se pode deixar de citar é a preocupação com proteção e assistência a vítima do tráfico de pessoas, onde determina que cada País atenda prontamente as vítimas desse acontecimento sem demora, oferecendo um tratamento psicológico, médico, alojamento adequado, oferecer oportunidade de emprego e ainda estabelecer que cada Estado soberano, resguarde a privacidade e a identidade da vítima e deixando correr em segredo de justiça processos que envolva as vítimas.

Insta salientar que, no Brasil o Código Penal sofreu alterações nesse quesito, onde anteriormente o tráfico era abrangido somente para mulheres, todavia, com a ratificação do protocolo de Palermo o Código teve que se adequar as novas mudanças, mudanças essas que foram feitas pela Lei 12.015 de 2009, passando agora a tratar de **Tráfico de Pessoas Para fins de Exploração sexual**, abrangendo a todos aqueles que passarem por tal situação.

Outra forma utilizada para o combate ao tráfico são campanhas realizadas por pastorais e pelo Governo, como por exemplo, campanhas de conscientização, o disque Denúncia "180 – internacional", onde qualquer pessoa pode utilizar esse número para fazer denúncia de algum caso que promove o tráfico, podendo ser utilizado principalmente pelas vítimas, o ministério da justiça e a própria ONU, enfim, diversos setores trabalhando em prol do combate ao tráfico de pessoas.

6. FORMAS DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

A prevenção é sempre a melhor iniciativa. Portanto, ao verificar que existem indícios de tráfico humano, siga as orientações:

1. Duvide sempre de propostas de emprego fácil e lucrativo;
2. Antes de aceitar a proposta de emprego, leia atentamente o contrato de trabalho, busque informações sobre a empresa contratante, procure auxílio da área jurídica especializada. A atenção é redobrada em caso de propostas que incluam deslocamentos, viagens nacionais e internacionais;
3. Evite tirar cópias dos documentos pessoais e deixá-las em mãos de parentes ou amigos;
4. Deixe endereço, telefone e/ou localização da cidade para onde está viajando;
5. Informe para a pessoa que está seguindo viagem endereços e contatos de consulados, ONGs e autoridades da região;
6. Nunca deixe de se comunicar com familiares e amigos.

Em caso de Tráfico de Pessoas, denuncie! Disque: 100 ou Ligue: 180

7 OS TRÊS P's: PREVER, PUNIR E PROTEGER

Como se observa, os esforços para combater o tráfico de pessoas ainda são incipientes, seja no Brasil ou no exterior. A corrupção, o desamparo da polícia, de agentes de fronteira ou de saúde, o descaso dos governos, a pobreza, a falta de oportunidades no país de origem, são fatores que contribuem com o crescimento desse crime.

David Batstone (BATSTONE, David. Not for sale, p. 259-260), afirma que todos podem contribuir de alguma forma para acabar com a mercancia de escravos. Advogados e promotores são necessários para proteger os direitos das vítimas e processar os criminosos; empresários precisam acabar com o trabalho escravo em suas empresas e não negociar com grupos que adotem essa prática; estudantes precisam desenvolver pesquisas sérias que influenciam políticas públicas; e profissionais da área da saúde são necessários para restabelecer a saúde física e psicológica das vítimas.

Logo, Eliana Vendramini (CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini. O monitoramento das políticas públicas no enfrentamento ao tráfico de pessoas (no prelo)), aduz que apenas o trabalho em rede permitirá o enfrentamento de modo promissor. Essa rede deve congrega os atores da política pública, judiciária, de direitos humanos e a sociedade civil organizada. São inúmeros problemas ainda enfrentados, como a falta de varas especializadas, de dados estáticos padronizados e da adequação da legislação pátria ao Protocolo de Palermo.

No tocante às ações voltadas à repressão do crime e à punição dos traficantes, não se ve um avanço, especialmente no aspecto legislativo, que foi objeto de análise nesse trabalho. Conforme expõe Renato Silveira, o sistema deve amoldar-se à realidade fática. O direito precisa pautar-se tanto na política criminal quanto na dogmática penal. Ambos devem influenciar a criminalização primária (elaboração das leis) e secundária (âmbito judicial e executório). E isso ainda não foi feito.

Com relação à proteção das vítimas do tráfico, o PNETP visa o seu tratamento justo, seguro e não discriminatório, além de sua reinserção social, adequada assistência consular, proteção especial e acesso à justiça. O conceito de vítima inclui brasileiros e também estrangeiros traficados para o Brasil. É prioridade do Plano: articular, estruturar, consolidar, a partir dos serviços e redes existentes, um sistema nacional de referencia e atendimento às vítimas de tráfico.

Como já mencionado, não existem pesquisas completas e confiáveis sobre o tráfico de pessoas. As causas são variadas, como a falta de um conceito único de crime, a confusão com outros fenômenos, como prostituição voluntária ou tráfico de migrantes, a escassez de fontes oficiais, a falta de colaboração de órgãos públicos, etc. independente desses fatores, é fundamental mapear com precisão a situação do tráfico de pessoas no país, identificando suas causas, alcance, efeitos, bem como suas vítimas.

Esse levantamento é imprescindível para os três eixos de enfrentamento ao delito, e precisa do envolvimento de organismos intencionais, instituições públicas, polícia, judiciário, e também da sociedade civil, inclusive universidades.

Em linhas gerais esses são os principais problemas e desafios ao efetivo enfrentamento ao tráfico de pessoas. São ações urgentes, às quais o Estado não pode se eximir. E, ela só terão sucesso se houver uma dura reprimenda à corrupção, que é um ponto visceral. As instituições públicas precisam funcionar de forma ética e eficaz, seja em postos de fronteiras, na confecção de passaportes, na concessão de vistos, nos aeroportos, nas polícias, no judiciário, nos hospitais etc. é importante que a comunidade e especialmente as vítimas sintam confiança nas instituições estatais e também nas associações civis.

CONCLUSÃO

No artigo, pode ser observada a forma de agir dos aliciadores para com as vítimas, a maneira como as leis são aplicadas no caso concreto, e o modo de combate a essa prática. Contudo, ainda se tem vestígios de impunidade quando o tema é abordado e algum caso vem átona, pois, muito se fala em combate e poucas vezes se vê a aplicabilidade das leis no fato ocorrido.

Ressalta que, dificilmente o tráfico será combatido, uma vez que, existem diversas pessoas interessadas nesse meio, onde podem ser encontrados em casas de shows, lugares combinados entre os traficantes e os clientes, onde estes supostos clientes pagam valores altos para manterem relações sexuais com as vítimas.

As leis existentes que são aplicadas nesse crime devem ser severamente reformadas, tornando as penas desse crime mais altas e punindo a todos que integram essa rede, tornando um crime hediondo, pois, traficar pessoas é algo desumano, ainda mais com o intuito de explorá-las sexualmente, tendo lucros grotescos com o sofrimento destas, expondo-as a todos os tipos de doenças sexualmente transmissíveis, além de doenças que podem ser contraídas devido ao ambiente degradante que vivem.

Contudo, além de ser um crime ultrajante, deve ser dada mais atenção a saúde das vítimas, sendo elas físicas ou psicológicas, dando o devido tratamento a estas quando são resgatadas. Todavia, deve ser tratado tal assunto de maneira criteriosa, para que os números dessa triste realidade diminuam, e que outras pessoas não venham cair novamente nessa rede de tráfico.

Insta salientar que, enquanto houver alguém interessado nesse meio obscuro que é o tráfico humano, onde vê o ser humano como mero objeto de troca, como mercadoria, esse crime continuará assolando a todos. Tendo em vista que esse negócio clandestino gera milhões por ano, sendo o negócio ilegal mais rentável do mundo, como dito antes, as políticas públicas utilizadas, onde anteriormente pode ser observar a existência de falhas, não será o suficiente para coibir tal prática, cabendo ao governo federal e aos outros países criarem medidas que de fato, sejam eficazes, e criando leis mais severas para esse crime, punindo a todos sem exclusão de ninguém por ter privilégios, seja político ou financeiro.

REFERÊNCIAS

JESUS, Damásio de. **Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças** - Brasil: aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Especial** 2. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619863/cfi/3!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 01 abr. 2021.

NABUCO, Joaquim. O abolicionismo. São Paulo: **Publifolha**, 2000. Disponível em:
<<http://dominiopublico.gov.br>>.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

Rodrigues, Thaís de C. **Tráfico internacional de pessoas para exploração sexual**, 1ª Ed.. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2013.

Annoni, Danielle, et al. **Tráfico de Pessoas: uma análise a partir da Convenção de Palermo**. (Coleção Universidade Católica de Brasília). Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2022.

FONSECA, Guido. **História da prostituição em São Paulo**. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1982

A USUCAPIÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: HISTÓRIA, FUNDAMENTOS, PRESSUPOSTOS E MODALIDADES

DAVID FERREIRA SANTANA: Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense⁴⁵.

RESUMO: O artigo tem o objetivo de realizar uma análise da origem, dos fundamentos jurídicos embasadores, dos requisitos e das diversas modalidades de usucapião à luz da Constituição Federal e da disciplina do Direito Privado. A princípio serão explicitados os primórdios da disciplina legal da usucapião, originária do Direito Romano. Após, serão abordados os fundamentos jurídicos, especialmente os constitucionais, desta forma de aquisição de propriedade, relacionando-se com a função social da propriedade e o objetivo fundamental da república de redução das desigualdades sociais. Posteriormente, serão esclarecidos os requisitos básicos fundamentais para todas as modalidades de usucapião, consistindo em uma síntese da teoria geral. Por fim, serão discriminadas as modalidades de usucapião previstas na legislação brasileira, de acordo com seus requisitos específicos.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião. Função social da propriedade. Usucapião extraordinária. Usucapião ordinária. Usucapião rural. Usucapião urbana. Posse. Animus domini.

1. Introdução

A usucapião é um instituto de natureza privada que possui como característica a aquisição do direito real de propriedade ou de outros direitos reais pela posse contínua e ininterrupta. Possui diversas funções doutrinariamente indicadas, como assegurar o cumprimento da função social da propriedade, possibilitar a redução das desigualdades territoriais e forçar o habitante de um terreno a usá-lo de maneira adequada (no caso de usucapião de imóveis). Por meio dela, é permitido a um possuidor de um bem se transformar em proprietário dele sem necessitar pagar pela aquisição.

Deve-se lembrar, primariamente, que a usucapião é forma originária de aquisição de propriedade: consumada, extinguem-se todos os ônus e débitos anteriores ao seu registro. Desta forma, a usucapião transforma completamente as relações jurídicas que envolvem uma coisa, daí sua enorme importância para o Direito Civil.

45 Email: dfsantana0812@hotmail.com

2. Significado

O termo Usucapião provém do latim *usucapio*, palavra formada pela junção de *usu* (uso) e *capere* (tomar). A usucapião, desta forma, é a tomada de uma coisa pelo uso dela.

Segundo Dilvanir José da Costa (COSTA, 1991, pag. 1), a usucapião é “o modo autônomo de aquisição da propriedade móvel e imóvel mediante a posse qualificada da coisa pelo prazo legal”. A usucapião é classificada como forma originária de aquisição de propriedade, em razão de extinguir todos os ônus reais e garantias prestadas anteriormente ao registro do título que a julgou consumada.

Outra definição é fornecida por Maria Helena Diniz (DINIZ, 2004). Segundo ela, a usucapião é “modo de aquisição de propriedade e outros direitos reais pela posse prolongada da coisa com observância dos requisitos legais”. Tem razão a doutrinadora em mencionar “outros direitos reais”, visto que a servidão aparente, direito real distinto da propriedade, também pode ser adquirida por usucapião (Código Civil, art. 1379).

3. Evolução histórica

Não é correto traçar um termo inicial para a existência da aquisição pelo uso. Isto porque a ideia de aquisição por poder é intrínseca à própria relação que o ser humano estabelece com as coisas, entendendo-se como coisa toda matéria tangível, traduzindo-se inicialmente a aquisição como ocupação.

Desde os primórdios da existência do gênero *sapiens*, havia a submissão dos próprios instrumentos utilizados no combate ao poder do indivíduo que as utilizava. Mais tarde, já com a existência de conflitos coletivos de povos organizados, os vencedores adquiriam, pelo exercício do poder, os objetos de valor dos vencidos. Desta forma, pode-se forçosamente concluir que adquirir algo pelo poder que se estabelece com a coisa é um fenômeno comum na história.

Entretanto, dentre os registros históricos almejavéis ao conhecimento atual, pode-se dizer que usucapião como forma legalmente prevista de aquisição de um bem de terceiro, com observância de regras específicas, nasceu no Império Romano, especificamente após a implantação da *Lex Duodecim Tabularum* (Leis das XII Tábuas) no quinto século antes de Cristo.

Tal legislação previa, em sua Tábula VI, a disciplina da usucapião, cujo texto integral foi destruído com o incêndio em Roma provocado pelos gauleses em 390 a.C, restando, entretanto, referências de outros autores à lei e fragmentos do texto.

Segundo a Tábula VI, a usucapião era consumada quando o dono deixava de exercer a posse de uma coisa por um ano, em se tratando de móveis, e por dois anos, sendo

imóveis. À época também as mulheres, por terem caráter de propriedade, poderiam ser adquiridas por usucapião, aplicando-se a elas o mesmo prazo para usucapião de imóveis. Observe-se que a Tábula prescreve a usucapião de forma reversa: não pelo poder do novo proprietário, mas pela falta de exercício do antigo.

Por isso é forçoso concluir que a usucapião era tratada mais pela perspectiva do dono que abandonava que do novo possuidor que adquiria.

Com a disciplina de Justiniano no ano 527 da atual era, a prescrição passa a ser uma prescrição aquisitiva para quem adquire, se tornando ao mesmo tempo prescrição extintiva da propriedade para quem perde. Tal ação era destinada aos pretorianos (peregrinos), para que pudessem adquirir a propriedade pelo uso contínuo.

No Brasil, a história da aquisição de terras se inicia com a ocupação dos que se arriscavam no mundo novo indígena. Em razão do interesse em preservar as propriedades quilométricas dos que recebiam a concessão do Império Português, não havia, durante muito tempo, disciplina da usucapião, recebendo estrutura efetiva somente no Código Civil de 1916.

O Código de 1916 previa em seu Art. 550 a chamada usucapião extraordinária, que exigia a posse sem interrupção, sem oposição, por trinta anos. Também previa a ordinária, que exige justo título e boa-fé, desde que a posse tenha se dado por mais de dez anos.

Interessante notar que a Constituição de 1934 dispunha outra forma de usucapião inovadora. Segundo ela:

“Art 125 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.”

O instituto tem semelhanças com a usucapião prevista no art. 191 da atual constituição, que será explicado adiante.

A Constituição Federal de 1988 criou outra espécie de usucapião constitucional e o Código Civil prevê outras várias, sendo a mais recente a usucapião por abandono de lar, instituída pela Lei 12.424/2011. Também há previsão da usucapião especial de imóvel urbano no Estatuto da Cidade.

4. Fundamentos

Discute-se na doutrina o fundamento da usucapião. Isto porque se deve lembrar que a propriedade é um direito fundamental, consagrado como direito de primeira geração e previsto no art. 5º, inciso XXII da Constituição Federal. Sendo direito fundamental, qualquer restrição estabelecida por lei ordinária deve possuir fundamentos sólidos, sob pena de se tornar materialmente inconstitucional.

O primeiro e principal fundamento é a função social da propriedade, previsto na CFRB/88, não coincidentemente logo após o inciso XXII, onde preleciona-se que “a propriedade atenderá a sua função social”. É impossível, portanto, falar sobre institutos de direitos reais sem descrever a função social da propriedade.

Por ser a função social um termo abstrato, indeterminado e indefinido, a própria Constituição Federal estabelece o seu significado com precisão, evitando maiores discussões doutrinárias (como ocorre, por exemplo, ao se falar em função social do contrato).

Nesse sentido, a função social da propriedade tem sentidos diferentes para imóveis rurais e urbanos. Para os imóveis rurais, conforme Art. 186 da CFRB/88, ela é cumprida quando atende, simultaneamente, quatro requisitos, segundo os critérios e graus estabelecidos em lei:

“I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

Em se tratando de imóveis urbanos, o cumprimento da função social dependerá do que estabelecer o plano diretor de cada cidade, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, conforme art. 182, §1º. Na cidade de Macaé, por exemplo, conforme art. 10 de seu plano diretor, a propriedade urbana, tanto privada como pública, cumpre sua função social quando atende, simultaneamente, aos seguintes requisitos:

“I - atendimento das demandas dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social, ao acesso universal aos direitos sociais e ao desenvolvimento econômico;

II - compatibilidade do uso da propriedade à infra-estrutura, equipamentos e serviços públicos disponíveis;

III - compatibilidade do uso da propriedade à preservação da qualidade do ambiente urbano e natural;

IV - compatibilidade do uso da propriedade à segurança, ao bem estar e à saúde de seus usuários e vizinhos.”

A relação que a função social da propriedade possui com a usucapião é explicitada pelo fato que, se o proprietário do imóvel não o utilizar, não será possível cumprir nenhum dos requisitos para atendimento dela. Desta forma, um proprietário de um imóvel rural que simplesmente deixa de exercer posse não exercerá o aproveitamento racional e adequado, tampouco preencherá os outros requisitos.

Portanto, é totalmente legítima a usucapião como forma de forçar o dono do imóvel a exercer a sua posse e utilizá-lo de forma que resulte frutos para o coletivo em geral.

Outro argumento válido trazido pela doutrina é a existência de uma espécie de sanção ao proprietário que deixou de usá-lo para o bem coletivo. A usucapião extraordinária, por exemplo, cujo prazo para adquirir pela posse é, em regra, quinze anos ininterruptos e sem oposição, configura mais uma punição ao proprietário que não usufruiu do imóvel do que um benefício ao possuidor, tanto que até mesmo o possuidor de má-fé pode adquirir o imóvel. Ora, o próprio ordenamento jurídico gerar benefícios para alguém de má-fé é demasiadamente atípico, mas se explica pela inércia do proprietário, e a intenção deste mesmo ordenamento em punir o inerte.

O mesmo ocorre com a usucapião de móveis e de servidões: um lapso maior de desleixo do proprietário possibilita ao possuidor de má-fé adquirir o bem independentemente de boa-fé ou título.

Nesse sentido, é nítido que, para que o Direito favoreça um possuidor de má-fé, deve haver um bem maior a ser protegido. E este bem é a própria utilidade do bem, visto que o Brasil possui graves problemas fundiários.

Um terceiro argumento, é a necessidade do Direito em acompanhar a realidade fática, isto é: a necessidade do direito subjetivo do dono do imóvel ser condizente com quem, de fato, é dono. Não se pode manter como proprietário de um bem um indivíduo que não possui, há um tempo considerável, qualquer relação com a coisa. Caso não houvesse usucapião na legislação brasileira, haveria uma eterna contradição entre

possuidor *versus* proprietário. Neste sentido, a usucapião se transforma em uma espécie remédio, que leva a realidade ao Direito e corrige essa contradição.

Esta adequação do Direito foi citada pelo Desembargador José Osório, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no famigerado caso da Favela Pullman, caso onde o proprietário possuía extensa área na posse mansa e ininterrupta de considerável número de pessoas, que ali estabeleceram uma comunidade. Julgando o caso, ele analisa que, na favela em questão, ao contrário do que constava no Registro Geral de Imóveis do bem, “existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade”. É frequentemente presente, portanto, a preocupação dos julgados com a adequação fática citada anteriormente.

Um quarto e último argumento/fundamento a ser explanado é a própria necessidade de se adotar políticas de redução da desigualdade social no Brasil, tendo em vista haver grande parte das terras em concentração de uma pequena parte da população. A CFRB/88 não autoriza revoluções fundiárias ou outras medidas extremas, mas possui remédios para apaziguar tal desigualdade. Este fundamento, portanto, se relaciona especificamente com a usucapião de imóveis.

Neste sentido, tendo em vista o amplo e vasto território habitável existente no país, não se torna crível que o registro geral de imóveis privilegie o proprietário que possui tantos bens que nem sequer consegue administrar em detrimento de um pequeno possuidor que, durante um considerável espaço de tempo, tomou todos os cuidados para manter aquela coisa.

Desta forma, a usucapião é uma, e talvez a principal maneira jurídica de redução das desigualdades de propriedade que o ordenamento jurídico brasileiro legitima.

5. Pressupostos da usucapião

Antes de se passar ao estudo das modalidades de usucapião, é necessário que se entenda o que há em comum em todas as espécies. Segundo Tauã Lima Verdan Rangel Filho, Danilo de Oliveira e Cláudio Contarini de Souza Filho (2014), “Os pressupostos da usucapião, basicamente são cinco: coisa hábil ou suscetível de usucapião, posse, decurso do tempo, justo título e boa-fé.” O justo título e a boa-fé, entretanto, não são requisitos para a usucapião extraordinária, conforme será visto.

5.1 Coisa hábil

Coisa hábil significa um bem que pode ser adquirido. Por esta razão não se pode adquirir por usucapião a lua, o direito autoral (considerado bem móvel pela lei 9.610/98), o ar ou um byte de informação.

Ainda segundo Tauã Lima Verdan Rangel Fiho (2017), pode:

“haver bens naturalmente indisponíveis (ar atmosférico, a água, ou seja, bens coletivos que não se cabem apropriação, pois estão em favor de todos), bens legalmente indisponíveis (de uso especial, uso comum, de uso de incapazes, órgãos do corpo humano) e também, os indisponíveis pela vontade humana, como o caso da adoção e testamentos.”

Em caso de usucapião de imóveis, o bem deve estar categorizado entre os arts. 79 a 81 do Código Civil. Em se tratando de móveis, deve estar entre o art. 82 a 84 do Código Civil.

5.1.1 Bens públicos são suscetíveis de usucapião?

Há discussão acalorada na doutrina e na jurisprudência a respeito da aquisição de bens públicos por usucapião. Existe vedação constitucional e legal para tal aquisição no Art. 183, §3º da CF/88, segundo o qual “Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”, e no art. 102 do Código Civil, que preleciona “os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”.

Essa absoluta impossibilidade é criticada por boa parte da doutrina. Como já comentado, a usucapião é instituto destinado a adequar o Direito ao mundo fático. Por isso, a existência de impossibilidade absoluta gera a incongruência entre a propriedade e o mundo fático.

A jurisprudência não admite a usucapião de bens imóveis públicos, sejam comuns (tais como rios, mares, estradas, ruas e praças, conforme art. 99, I do Código Civil), de uso especial (tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias — inciso II do art. 99), ou dominicais (que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades — inciso III). Nesse sentido:

“Ementa: USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Tendo em conta a matéria versada nos autos - possibilidade ou não de usucapião de imóvel público -, resta evidenciada a desnecessidade de dilação probatória, não havendo falar, portanto, em cerceamento de defesa. 2. A impossibilidade de usucapião de imóvel público encontra previsão constitucional (art. 183, § 3º) e infraconstitucional (art. 102 do CC), não havendo qualquer ressalva quanto ao estado do bem. Vistos e relatados estes autos em que são

partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade negar provimento ao recurso, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (TERCEIRA TURMA APELAÇÃO CIVEL AC 50280476220154047100 RS 5028047-62.2015.4.04.7100 TRF-4 MARGA INGE BARTH TESSLER)”

A jurisprudência, entretanto, admite a usucapião de bens de sociedades de economia mista, por terem natureza privada, conforme:

“Usucapião constitucional urbana. Procedência do pedido. Inconformismo por parte da Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo COHAB/SP. Não acolhimento. COHAB/SP que, por ser proprietária registral, é parte legítima para figurar no polo passivo da ação de usucapião artigo 942 do Código de Processo Civil de 1973. Bens pertencentes à sociedade de economia mista podem ser adquiridos por usucapião sociedade de economia mista que é regida pelas normas de direito privado precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. Sentença mantida. Recurso de apelação não provido (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0028946-27.2010.8.26.0100 APELANTE: Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo COHAB/SP APELADOS: Otávio Almeida Sales e Rogério Ferreira Sales COMARCA: São Paulo Fórum Central Segunda Vara de Registros Públicos)”

Desta forma, tem-se aplicado o entendimento, apesar de criticado, de que os bens públicos não são suscetíveis de usucapião, à exceção dos bens das sociedades de economia mista, que na verdade constituem bens de natureza privada.

5.2 Posse com *animus domini*

A posse é um fenômeno fático onde existe o poder de um indivíduo sobre uma coisa. Conforme Art. 1.196 do Código Civil, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.” Desta forma, para fins de usucapião, possuidor é, basicamente, aquele que está no imóvel ou em poder do bem móvel, mas que precisa exteriorizar a vontade de ser dono da coisa (*animus domini*, a ser explicitado a seguir).

Controvérsias em demasia aprofundadas sobre a posse podem desnaturar um estudo sobre usucapião, tendo em vista ser aquele um tema com vasta produção teórica. Entretanto, deve-se lembrar que, para caracterizar posse, é essencial que não haja subordinação daquele que tem a coisa em relação a uma outra pessoa. Um caseiro que

cuida de um imóvel para o seu verdadeiro dono não tem posse, mas mera detenção. O mesmo ocorre com um professor universitário que utiliza a caneta de quadro da universidade.

O *animus domini*, seguindo a doutrina subjetivista da posse de Savigny, é apontado como “vontade de ser dono da coisa”. É aquele que exerce sua posse com a vontade de tornar proprietário daquele bem. Neste sentido, não podem usucapir o comodatário ou locatário, pois se comportam como se quisessem apenas usufruir do bem, e não adquiri-los.

Em estudo realizado por Marcos Vecchi (2015), infere-se que “o *animus domini* nada mais é (...) que uma contraposição ao mero possuidor a título precário (locatário, o comodatário, o usufrutuário e o credor)”.

Neste sentido:

“USUCAPIÃO RURAL. Autora objetiva usucapir imóvel sobre o qual alega exercer a posse mansa e pacífica desde 1998. Sentença de improcedência. Apelo da autora. Usucapião. Prescrição aquisitiva. Modo originário de aquisição da propriedade. Requisitos legais. Coisa hábil (res habilis) ou suscetível de usucapião, posse (possessio) e decurso do tempo (tempus). Não preenchimento. Apelante não detinha a posse com intenção de dono, haja vista estar ali mediante compromisso de compra e venda firmado com expressa ciência da hipoteca já existente sobre o bem. Precariedade da posse. Não convalidação. Cumprimento do contrato que deve ser exigido pelas vias adequadas. Ação de usucapião que não se presta para exigir a outorga de escritura decorrente de compromisso de compra e venda. Sentença mantida. Recurso desprovido (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. VOTO Nº: 14406 APELAÇÃO Nº: 1000247-02.2015.8.26.0369 COMARCA: MONTE APRAZÍVEL APT. : MARIA JOSÉ CONCEIÇÃO SANTOS APDO. : BANCO DO BRASIL S/A)”.

Portanto, a posse com ânimo de domínio é requisito essencial para usucapir.

5.3 Decurso do tempo

O decurso do tempo dependerá em cada modalidade de usucapião, podendo variar entre dois a quinze anos no caso de propriedade. Falando em servidões aparentes, o prazo máximo é vinte anos.

5.4 Justo título e boa-fé

O justo título e boa-fé não requisitos que não se aplicam à usucapião extraordinária. Ainda segundo Nelson Rosenthal (2014), "Justo título é o instrumento que conduz um possuidor a iludir-se por acreditar que ele lhe outorga a condição de proprietário".

Muito comum ocorrer na realidade brasileira um indivíduo figurar como cessionário num contrato de cessão de posse e pensar fielmente que é proprietário da coisa, e posteriormente comparecer ao imóvel o real proprietário, cobrando a posse da coisa. Infelizmente os custos cartorários ainda são demasiadamente onerosos à boa parte da população, que se utiliza dos contratos informais de cessão de posse com o objetivo de conferir validade mínima aos seus negócios.

Além do contrato de cessão de posse, pode servir como título um compromisso de compra e venda, que, na prática, leva o indivíduo também a acreditar que já é proprietário da coisa. Não há a necessidade de registro do título. Nesse sentido é a Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundado em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro".

Por boa-fé tem-se o proprietário que, segundo o art. 1.201 do Código civil, ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Dispõe o parágrafo único do mesmo artigo que "o possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção." Faz justiça o parágrafo único, pois o possuidor com justo título é aquele que justamente entende que é proprietário, sendo contraditório ele saber da existência de fatos que impedem a aquisição da coisa e ao mesmo tempo ter justo título.

6. Causas que suspendem e interrompem o prazo para a usucapião

Dispõe o Art. 1.244 que "estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstat, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião".

Ou seja, o art. 197, 198 e 199 prelecionam que não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. Também não corre a prescrição: I - contra os absolutamente incapazes; II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra. Não corre igualmente a prescrição: I - pendendo condição suspensiva; II - não estando vencido o prazo; III - pendendo ação de evicção.

A prescrição será interrompida nos seguintes casos: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; III - por protesto cambial; IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Desta forma, não se poderá usucapir imóveis de ausentes do país a serviço público da União, nem pendendo ação de evicção. É o que diz o TJRS:

“APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO RURAL. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. PRAZO PRESCRICIONAL INTERROMPIDO. HERDEIROS INCAPAZES. Caso em que dois dos herdeiros da área usucapienda são interditados. Circunstância que, a teor do que dispõe o art. 198, inc. I do CC, obstaculiza a fluência do prazo de prescrição aquisitiva. Precedentes (APELAÇÃO CÍVEL DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL nº 70077695369 Nº CNJ: 0134748-32.2018.8.21.7000 COMARCA DE SANTO ANTÔNIO DA PATRULHA)”

Deve-se lembrar que à época os interditados eram absolutamente incapazes, circunstância não mais presente após a alteração legislativa promovida pelo Estatuto da Pessoa com deficiência, que passou a prever como *relativamente incapazes* aqueles que, por causa permanente ou transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Não estando presente qualquer causa suspensiva, e não havendo interrupção no prazo, pode-se utilizar uma das modalidades seguintes de usucapião para a aquisição da propriedade ou servidão.

7. Modalidades de usucapião de imóveis

7.1 Usucapião ordinária

Prevê o art. 1.242 do Código Civil:

“Adquire a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde

que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.”

O parágrafo único explicita a chamada usucapião tabular. Trata-se da hipótese onde o título do possuidor não é hábil a formar a propriedade. Mesmo que ele acredite na justiça de seu título, caso ele registre, é dever do cartório declarar a nulidade de pleno direito, conforme art. 214 da Lei de Registros Públicos. Desta forma, em atenção ao § 5º do mesmo artigo, que preleciona “A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel”, tem-se a usucapião tabular, origina pelo registro do título cancelado posteriormente, gerando ao beneficiário uma redução de prazo de cinco anos em relação ao *caput*.

Para Flávio Tartuce (2017, pág. 453), o requisito do registro cancelado posteriormente não é essencial ao reconhecimento da usucapião prevista no parágrafo único, chamada usucapião por posse trabalho. São suas palavras:

“Deve-se então concluir que a existência do título registrado e cancelado é até dispensável, pois o elemento é acidental, formal. A posse-trabalho, em realidade, é o que basta para presumir a existência da boa-fé (aqui é a boa-fé objetiva, que está no plano da conduta) e do justo título. Essa parece ser a melhor interpretação, fundada no princípio da função social da posse.”

A proposta do renomado doutrinador é interessante. Entretanto, parece haver clareza na lei que trata do instituto da usucapião tabular, que possui cogência.

7.2 Usucapião extraordinária

Usucapião mais comum na realidade forense, conjuntamente com a usucapião ordinária. Dispõe o Código Civil:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Desta forma, aquele que possui a casa alheia por quinze anos, mesmo de má-fé, isto é, conhecendo os vícios que impedem a aquisição da coisa, adquire-lhe a propriedade, se

o exercer por quinze anos, ou por dez anos, caso tenha estabelecido sua moradia ou realizado serviços de caráter produtivo. Nesse sentido explica o TJRS:

“EXTRAORDINÁRIA. USUCAPIÃO. EXTRAORDINÁRIA. A ação que visa usucapir com base no art. 1238 do CC, usucapião extraordinário, tem por requisito prova da posse de imóvel por quinze anos ininterruptos, sem oposição, independentemente de título e boa-fé. Na hipótese do possuidor estabelecer no imóvel a sua moradia habitual ou ter realizado obras ou serviços de caráter produtivo o prazo é reduzido para 10 anos, respeitada a regra de transição disposta no art. 2.209 do CC - Ausentes os requisitos, impunha-se a improcedência da ação. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70076326958, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Moreno Pomar, Julgado em 27/02/2018).”

7.3 Usucapião constitucional, agrária ou especial *pro labore*

O nome usucapião constitucional deriva da previsão na constituição de tal modalidade. Dispõe o art. 191 da CFRB/88 o Art. 1.239 do Código Civil:

“Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”

Observa-se, portanto, que a usucapião constitucional agrária é mais benéfica ao possuidor que possui uma condição socioeconômica mais humilde: exige apenas cinco anos de posse, mas o possuidor não pode possuir outro imóvel, seja urbano ou rural. Tal modalidade foi instituída no ordenamento jurídico na constituição de 1934, conforme comentado anteriormente, sendo o decurso do prazo necessário para aquisição da propriedade reduzido de dez a cinco anos.

Também é exigida nesta modalidade a produtividade. Conforme também já visto, a função social da propriedade rural tem íntima relação com sua capacidade produtiva. Outro destaque é a desnecessidade de justo título e boa-fé.

Segundo Flávio Tartuce (2017, pág. 459), “o art. 3.º da Lei 6.969/1981 proíbe que a usucapião especial rural ocorra nas seguintes áreas:

“1. Áreas indispensáveis à segurança nacional

2. Terras habitadas por silvícolas.

3. Áreas de interesse ecológico, consideradas como tais as reservas biológicas ou florestais e os parques nacionais, estaduais ou municipais, assim declarados pelo Poder Executivo, assegurada aos atuais ocupantes a preferência para assentamento em outras regiões, pelo órgão competente.”

7.4 Usucapião constitucional, especial urbana ou pro misero

É aquela modalidade prevista no art. 183 da CFRB/88 do Código Civil e Art. 1.240 do Código Civil, conforme:

“Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez”.

Observa-se que há requisitos semelhantes com a usucapião agrária: há uma limitação da área a ser usucapida (250 metros quadrados para a urbana e 50 hectares para a rural),

o possuidor não pode ter outro imóvel e deve habitar o imóvel (utilizando para seu trabalho, no caso da usucapião urbana, ou tornando-a produtiva pelo seu trabalho ou de sua família, no caso da rural).

Questão interessante é a possibilidade de usucapião em área inferior a um módulo urbano definido por lei local.

Caso uma lei municipal edite norma aferindo que todos os imóveis devem possuir lote mínimo de 360 metros quadrados, segundo o Superior Tribunal de Justiça, essa lei não pode obstar a usucapião constitucional. Consta do Informativo nº 584: “não obsta o pedido declaratório de usucapião especial urbana o fato de a área do imóvel ser inferior à correspondente ao ‘módulo urbano” (REsp 1.360.017-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 5/5/2016, DJe 27/5/2016).

7.5 Usucapião por abandono de lar

É a usucapião na legislação brasileira com o menor prazo estabelecido. Foi introduzida pela lei 12.424/2011, que introduziu o Art. 1.240-A no Código civil, prevendo que:

“Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez e não será caracterizado se houver disputa sobre o imóvel. Abandono significa não só a saída, como a falta de contato, a falta de prestação de recursos. Não se aplica no caso de expulsão violenta por um dos cônjuges. O abandono deve ser voluntário.”

Portanto, além da limitação da área (até 250 metros quadrados), da necessidade de se estabelecer a moradia e de não ser proprietário de outro imóvel, a posse necessita ser exclusiva (não pode, por exemplo, dividir com alguém da família do ex-companheiro ou ex-cônjuge) e sobre imóvel que pertence a ex-companheiro ou ex-cônjuge. Deve-se lembrar que o cônjuge que abandona o imóvel por sofrer agressões não pode sofrer a tal usucapião.

Para os casais dissolvidos anteriormente à vigência da lei, deve-se adotar o entendimento do TJSC:

“Apelação cível. Divórcio. Justiça gratuita. (...). Usucapião de bem familiar. Exegese do art. 1.240-A do Código Civil, incluído pela Lei n. 12.424, de 2011. Contagem do prazo de dois anos anterior à vigência da Lei. Impossibilidade. (...). 2 O termo inicial da contagem do prazo de dois anos para aplicação da usucapião por abandono familiar e patrimonial do imóvel comum é a data do início da vigência da Lei que instituiu essa nova modalidade de aquisição dominial. (...)” (TJSC, Apelação Cível 2013.008829-3, Itajaí, 2.^a Câmara de Direito Civil, Rel. Des. José Trindade dos Santos, j. 31.05.2013, DJSC 07.06.2013, p. 191).”

Não é preciso a dissolução da união estável ou o divórcio, conforme enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil.

7.6 Usucapião Especial urbana Coletiva

É a forma de usucapião prevista no art. 10 da Lei 10.257/2001, ou Estatuto da Cidade, conforme:

“Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.”

Portanto, a situação aqui é mais complexa: é uma área urbana de área extensa, os possuidores (todos eles) não podem ser proprietários de outro bem, a posse deve se prolongar por cinco anos. Neste caso, são núcleos urbanos informais: não se sabe exatamente começa o direito de um e onde termina.

Dispõe § 2º do mesmo artigo que “a usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.” O juiz atribuirá fração do terreno igual a cada possuidor, independentemente de ter ocupado parte maior ou menor antes da sentença, salvo se eles acordarem entre si de forma diferente (§3º).

A usucapião especial institui um condomínio, e não apenas uma propriedade. Por ser condomínio, as frações ideais se tornam inseparáveis dos terrenos, e não pode o condomínio ser extinto, salvo deliberação posterior de dois terços dos condôminos (§4º). As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes. (§ 5º)

Não se confunde a usucapião especial urbana com a desapropriação judicial privada por posse-trabalho, instituto previsto no art. 1.228, §4º do Código Civil (o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante). No caso da desapropriação judicial privada o juiz fixará a justa indenização ao proprietário: aí reside a principal diferença entre a desapropriação e a usucapião: na desapropriação haverá pagamento de indenização ao proprietário que perdeu a coisa.

7.7 Usucapião especial indígena

Usucapião prevista no art. 33 da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio). Segundo tal diploma,

“Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.”

Portanto, o índio possui o benefício de adquirir, com dez anos de posse, qualquer terra, independentemente de justo título de boa-fé.

8. Usucapião extrajudicial

O Novo Código de Processo Civil instituiu na Lei de Registros Públicos o art. 216-A, que garante a possibilidade de se efetivar a usucapião por meio extrajudicial, processo diretamente no cartório de registro de imóveis na comarca em que estiver situado o imóvel a ser usucapido. O requerimento deve vir acompanhado de advogado, instruído com:

I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e de seus antecessores

II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes;

III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

Apesar da previsão legal, por ser uma inovação na legislação brasileira, é comum ouvir na prática forense a queixa que os cartórios de registros não sabem como proceder diante da usucapião extrajudicial, sendo necessário um treinamento específico e a edição de atos regulamentares a fim de possibilitar a efetivação do instituto.

9. Usucapião de bens móveis

Os arts. 82, 83 e 84 do Código Civil disciplinam a definição de bens móveis. Segundo o art. 82 "são móveis todos os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social". Desta forma, são bens móveis um cão, uma mesa, um quadro.

Pois bem, a partir da definição do que são bens móveis pode-se partir ao entendimento do tempo e dos demais requisitos exigidos para a usucapião de bens móveis. Estão disciplinados no art. 1.260 E 1.261 do Código Civil:

"Art. 1.260. Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.261. Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé."

Observa-se duas espécies de usucapião ordinária e extraordinária de móveis. No primeiro caso, com justo título e boa-fé, exige-se apenas três anos de posse. É considerado justo título uma promessa de compra e venda, por exemplo. Já a segunda espécie exige decurso de tempo maior: cinco anos. Em ambos os casos, não há referências quanto ao tamanho do objeto ou à situação econômica do proprietário, tornando a usucapião de móveis mais facilitada.

Aplicam-se à disciplina da usucapião de móveis tudo o que foi comentado sobre a suspensão e interrupção da prescrição.

10. Usucapião de servidão

Modalidade pouco conhecida é a usucapião de servidão. Prevista no art. 1.379 do Código Civil:

“Art. 1.379. O exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por dez anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado a usucapião.

Parágrafo único. Se o possuidor não tiver título, o prazo da usucapião será de vinte anos”

Servidão é um ônus, um gravame que é instituído no Cartório de Registro de imóveis em favor de alguém em detrimento de outro. Exemplo mais clássico é a servidão de trânsito, onde um proprietário é obrigado a tolerar a passagem do vizinho pelo seu terreno, instituto que não se confunde com a passagem forçada.

De qualquer maneira, a usucapião de servidão sem título possui o maior prazo de usucapião previsto em toda legislação: vinte anos.

11. Conclusão

A usucapião se tornou um grande instrumento para diminuição das desigualdades territoriais no Brasil. Com suas diversas modalidades e diferenciando-se em razão do território, da característica do bem e da situação socioeconômica do proprietário, o instituto privado permite ao mesmo tempo o cumprimento da função social da propriedade em prol da coletividade e a punição contra aquele que não tomou os cuidados adequados à proteção de seu bem, sendo um instrumento da promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça civil

O Código Civil de 2002 reduziu em demasia os prazos prescricionais e o decurso do tempo necessário para usucapir, tendo em vista a aceleração diária e as constantes mudanças ocorridas na sociedade atual. Desta forma, apesar das grandes dificuldades processuais da usucapião, cuja superação espera-se para os próximos anos de legislatura, sua instituição se tornou mais facilitada.

12. Referências bibliográficas

BECKER, Idel. Pequena história da civilização ocidental. São Paulo. 6ª edição: Companhia da Editora Nacional, 1968.

BRASIL. Lei Nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02/12/2018.

FRANÇA, R. Limongi. Instituições de Direito Civil. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. Volume 5. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES, Affonso Paulo. Noções de Direito Romano. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MAMEDE, Gladston. Código Civil Comentado. Coordenador Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. Volume 3. 36ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

RANGEL FILHO, T.L.V, OLIVEIRA, D., SOUZA, C.C. A usucapião e suas espécies previstas no ordenamento jurídico brasileiro. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29230/a-usucapiao-e-suas-especies-previstas-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 01/12/2018.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das coisas. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROSENVALD, N. O significado de justo título. Disponível em; <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-significado-do-justo-titulo/13953>> Acesso em: 02/12/2018.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil, volume único. São Paulo: Método, 2017.

VECCHI, M. O conceito jurídico de Animus Domini (Posse Qualificada) para fins de reconhecimento da usucapião Constitucional Urbana (Moradia). Disponível em: <<https://marcosvecchi.jusbrasil.com.br/artigos/341622351/o-conceito-juridico-de-animus-domini-posse-qualificada-para-fins-de-reconhecimento-da-usucapiao-constitucional-urbana-moradia>> Acesso em: 02/02/2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direitos reais. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

SALTO QUÂNTICO ENTRE A MORAL E O DIREITO: A CONSCIÊNCIA DAS NORMAS JURÍDICAS

LEONARDO RODRIGUES ARRUDA COELHO⁴⁶

Introdução

O elétron não ocupa um lugar no espaço entre os dois níveis de energia do átomo. A realidade é tetradimensional, a despeito de conjecturar-se dimensões extras, com teorias sustentando a existência de até 11 dimensões (3 espaciais, 1 temporal e 7 recurvadas, incluindo a carga elétrica e a massa). Essas dimensões extras nunca foram comprovadas, e experimentos com essa finalidade são incogitáveis nas atuais circunstâncias. A existência de dimensões extras é sustentada apenas por inferência matemática, a exemplo do que ocorreu com a antimatéria no início do século XX, que logo foi comprovada por experimentos. No entanto, essas dimensões são insondáveis com os atuais níveis de energia. Assim, o elétron nunca está localizado entre órbitas. Essa constatação foi feita pioneiramente por Bohn, seguido por John Bell. Heisenberg chegou a resgatar o conceito aristotélico de potência (*dynamis*) para situar o salto do elétron.

Da mesma forma, uma regra de conduta também pode saltar entre planos de cogência na consciência humana. A regra moral pode virar uma regra legal, e vice-versa. Neste salto entre a moral e o direito, ou entre o direito e a moral, a regra fica em um estado de transição insondável. A regra age na consciência humana, seja ela uma regra de proibição ou de obrigação. Durante a transição, a consciência coletiva da população pode ou não aderir à regra, a depender de alguns fatores. Não raras vezes as regras morais são desrespeitadas pela população em geral, mas passam a ser observadas quando se transmudam em regras jurídicas, agindo na consciência humana de modo diverso da moral.

Este ensaio busca sondar como a norma jurídica age na mente humana, a fim de diferenciá-las das normas morais, bem como compreender por que algumas normas jurídicas não surtem o efeito esperado. Para tanto, fazemos uma metáfora entre o salto da regra na consciência humana, transitando entre a moral e o direito, e o salto do elétron entre as camadas energéticas do átomo.

Esses dois saltos têm se mostrado insondáveis. O processo consciente de aderir ou não à regra jurídica é cercado de questões em aberto. O sofisticado instrumental físico ainda não é capaz de responder onde o elétron se encontra quando salta entre os níveis

46 E-mail: v.leonardorac@trt7.jus.br

energéticos. De igual modo, o moderno instrumental da neurociência é incapaz de apontar a trajetória e os mecanismos da consciência humana ao lidar com uma regra jurídica nova.

Algumas teorias buscam uma correlação entre os dois saltos, como a teoria da consciência quântica, elaborada por um físico e um médico anestesista, com base nos estudos dos microtúbulos dos neurônios. Mas a alegoria deste ensaio é meramente figurativa. Afinal, investigar a natureza da regra jurídica enquanto age na consciência humana pode ser a chave para responder antigos dilemas, como a existência de regras jurídicas ineficazes.

Existem estudos que apontam o papel de neurônios-espelho na formação de uma consciência coletiva, localizados na ínsula anterior e no córtex cingulado anterior do cérebro. Estes mecanismos da fisiologia humana podem explicar a experiência de empatia e intersubjetividade. No entanto, a regra jurídica está recôndita na consciência, que emerge desses processos fisiológicos.

Tanto o mecanismo de salto quântico do elétron quanto o mecanismo do salto da regra na consciência humana possuem existência real no Universo, e são constituídos do material que o forma. Dito de outra forma, a transição do elétron nas camadas atômicas, indo e voltando entre os níveis discretos de energia, e a transição da regra na consciência humana, indo e voltando entre a moral e direito, são governados por processos insondáveis pela experimentação humana, mas existem e são constituídos pelos mesmos mecanismos que governam as leis do universo conhecido.

A Transição das Regras entre a Moral e o Direito

Existem variados exemplos de transições de regras entre a moral e o direito, decorrentes do produto de lutas sociais e mudanças na mentalidade coletiva. Vejamos o crime de estupro de vulnerável. Há uma década, a conduta era tida como permitida no plano jurídico, havendo apenas sanções sociais. As condutas de praticar sexo com mulheres sob o efeito de álcool ou drogas, ou com adolescentes de 13 anos de idade, que já se prostituíam, eram objeto apenas de uma proibição moral. Há poucas gerações não era incomum as mulheres se casarem aos 13 anos. Com o passar do tempo, a conduta tornou-se moralmente proibida. Modernamente, adveio a Lei 12.015/2009 que transformou a proibição moral em proibição jurídica. No entanto, levaram-se ainda alguns anos até que a consciência coletiva absorvesse essa proibição. A transição entre a regra moral e a regra jurídica finalmente se operou, e atualmente a conduta é tida como criminosa por parcela expressiva da população.

O caminho inverso também é possível. Como exemplo, o crime de sedução foi revogado pela Lei 11.106/2005, transitando a regra do mundo jurídico para o plano moral. A mesma lei ab-rogou o crime de rapto fraudulento, operando uma "abolitio criminis". A

título de exemplo, o antigo art. 220 do Código Penal previa pena de até 3 anos de detenção para quem raptasse mulher honesta com 20 anos de idade mediante fraude com finalidade libidinosa, ainda que a mulher consentisse com a conduta. O tipo penal foi revogado por não corresponder mais ao padrão jurídico da sociedade, remanescendo apenas uma proibição moral, ainda assim restrita a determinados segmentos da população.

A Lei 12.015/2009 também trouxe o crime de favorecimento à prostituição de menores entre 14 e 18 anos, tipificado no art. 218-B do Código Penal. No início, houve certa discussão se o crime se aplicava ao cliente ocasional. Atualmente, prevalece o entendimento de que o tipo penal não exige habitualidade, tratando-se de crime instantâneo, cujo momento consumativo é o instante em que o cliente obtém o consentimento da adolescente para práticas sexuais. Em países que criminalizam a prostituição de adultos, o momento consumativo costuma ser outro, ora o instante em que ocorre o pagamento, ou mesmo as práticas sexuais. A antecipação da consumação do art. 218-B se coaduna com o princípio da proteção integral da pessoa em desenvolvimento. Leva-se em conta também a realidade do delito, em que as jovens são em geral induzidas a se prostituírem por terceiros, sejam eles os próprios clientes, ou até mesmo os genitores da vítima.

No Brasil, não se pune a prostituição de adultos. A 6ª Turma do STJ já entendeu que a dívida de prostituição pode ser cobrada judicialmente. A proibição da prostituição de adolescentes não se dá por atentar contra a moral abstratamente, mas sim por afetar a moral da vítima.

Já a prostituição de menores de 14 anos configura um crime mais grave, de estupro de vulnerável. A despeito de o crime de estupro de vulnerável ter sido plenamente internalizado pela consciência coletiva, algumas circunstâncias são levadas em consideração pelos tribunais, conforme exceções que advêm da moral da sociedade. É o caso da exceção Romeu e Julieta, quando há pouca diferença de idade entre a vítima e o acusado. Esta exceção é rechaçada pelos tribunais superiores, mas corriqueiramente aplicada pelos tribunais estaduais e albergada pelo ordenamento de diversos países, como a Itália.

O crime de estupro de vulnerável pode envolver tanto vítimas adultas como crianças e adolescentes, tal como dispõe o art. 217, §1º, o que justifica sua alocação no Código Penal. Já os crimes dos arts. 218 a 218-C têm como vítimas apenas menores de 18 anos. A boa técnica legislativa recomenda que estas condutas sejam transpostas para a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), logo após o art. 241-E.

A Itália também serve de exemplo para o tema das vestimentas. Há leis que proíbem a entrada de visitantes em catedrais italianas usando roupas curtas, conhecidas

como “dress code”, com imposição de multas de valor elevado. Essas leis se assemelham às leis suntuárias, que restringiam o uso de vestes luxuosas e extravagantes, que vigoraram desde a época medieval, e tiveram pouca eficácia prática.

Além da revogação, as regras podem saltar do mundo jurídico para o plano moral por meio do desuso. Como exemplo, no ano de 2004, um jornalista norte-americano teve o visto cancelado por publicar uma reportagem tida como ofensiva contra a honra do Presidente da República. Na prática, a decisão representou a expulsão do jornalista do país, tendo em vista que sua presença no território nacional seria inconveniente, conforme dispunha o art. 26 do Estatuto do Estrangeiro - Lei 6.815/1980. A medida sofreu severas críticas, porquanto, nada obstante ser albergada em lei, não constituía mais o padrão da sociedade atual, estando em franco desuso. De fato, a lei foi integralmente revogada pela Lei 13.445/2017, que não trouxe regra com teor semelhante. A proibição de publicações deste tipo saltou do plano jurídico para o plano moral, ainda antes da revogação da lei, por meio do desuso. Além disso, a proibição moral remanesce apenas em uma pequena parcela da sociedade, havendo uma maior convivência com publicações ácidas contra autoridades públicas pela população em geral.

Este salto entre os planos jurídico e moral também é observado no contexto da descriminalização da posse de maconha. Atrelado a este salto entre planos, há as conhecidas leis que pegam e não pegam. Para ficar só na esfera do direito ambiental e do consumidor, cabe citar as leis que obrigaram a substituição das sacolas plásticas nos supermercados, que limitaram a espera máxima nos bancos a quinze minutos e as que impuseram a cobertura ampla dos planos de saúde. Foram leis que representaram uma intervenção do Estado na economia sem levar em consideração as leis de mercado, tendo por isso efeito meramente simbólico, sem eficácia prática.

Acerca das leis que intervêm na economia, uma provocante comparação pode ser feita entre a Lei 13.874/2019 e a Lei 13.655/2018. A primeira instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e a segunda alterou os arts. 20 a 30 da LINDB, buscando conferir segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. É fácil constatar que a segunda lei pegou, servindo de fundamentação para inúmeras decisões judiciais emanadas pelos tribunais do país. Já a primeira lei não pegou, tendo sido praticamente esquecida. Ambas visam controlar a intervenção do Estado na economia, mas tiveram redações e técnicas muito diversas. A Lei de Liberdade Econômica contém diversas normas sem comandos efetivos, e outras normas foram esvaziadas pela regulamentação. Mais se assemelha a um manifesto do que propriamente a uma lei cogente. Existem diversas leis no Brasil que não passam de manifestos, espécies de cartas-programa, com diferentes visões ideológicas. A segunda lei, por sua vez, foi elaborada com foco jurídico e senso prático, sendo corriqueiramente aplicada em julgamentos do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas.

Afora a técnica legislativa e a consideração das leis de mercado, a superabundância de leis também impacta na sua eficácia. Isso se dá porque o excesso de regras jurídicas e morais pode confundir a consciência humana. Estima-se que existam até 1.700 tipos penais no ordenamento brasileiro. Dado o custo médio de um processo penal, a sua aplicação integral seria humanamente e orçamentariamente impossível. Muitas condutas poderiam ser relegadas ao âmbito cível e administrativo, que têm um menor custo de tramitação, reservando-se ao âmbito penal apenas condutas mais graves. A consciência humana não é capaz de internalizar 1.700 condutas criminosas, cujo mecanismo mental as coloca em um patamar superior no filtro do comportamento. As condutas criminalmente proibidas devem ser resumidas, para fácil absorção pela consciência humana no seu nível mais rigoroso.

Alguns exemplos merecem consideração. O art. 49 da Lei nº 9.605/1998 prevê como crime maltratar ou danificar planta de ornamentação em logradouro público ou propriedade privada alheia, com pena de prisão de até um ano, prevendo ainda a modalidade culposa do crime, com pena de prisão de até três meses. No primeiro caso, a pena de prisão pode ser aplicada cumulativamente com a pena de multa. Já na modalidade culposa não é possível a cumulação, devendo ser aplicada prisão ou multa, alternativamente.

A conduta de maltratar plantas passou do âmbito moral para o âmbito jurídico, sendo alçadas ao campo mais severo do direito penal. Maltratar plantas não se equipara a maltratar animais. Deixar de dar água a um animal de que é tutor caracteriza crime, mas o mesmo não se aplica a quem deixa de regar uma planta. Mesmo a diferença entre as penas conforme a espécie de animal, como deixar de dar água a uma vaca ou a um cachorro que vivem na mesma fazenda, importando em penas distintas, tem base na moralidade da população, que valora cães e gatos de modo distinto.

O crime de maltratar ou danificar plantas é plenamente aplicado pelos tribunais, que corriqueiramente descartam o princípio da insignificância na conduta. A bem da verdade, o princípio a ser aplicado neste caso seria o da intervenção mínima, com os subprincípios da subsidiariedade e fragmentariedade, e não o princípio bagatelar.

No caso de maltratar plantas de elevado valor comercial, como a costela-de-adão variegata, a conduta poderia ser enquadrada no crime de dano qualificado, previsto no art. 163, parágrafo único, do Código Penal, seja no inciso III (logradouros públicos) ou na parte final do inciso IV (propriedade privada alheia), que tem pena de prisão de até 3 anos. Mas neste caso não há previsão da modalidade culposa no crime de dano. Assim, um funcionário municipal que, por imprudência, regasse mais que o necessário uma planta de ornamentação de logradouro público, danificando-a, incide na modalidade culposa do

crime do art. 49 mencionado acima. Certamente, o direito penal não deveria ser chamado a conter tal conduta, reservando-se ao controle dos demais ramos do direito, como o administrativo e o civil.

Outros exemplos são: os artigos 36 e 54 da Lei 11.484/2007, que pune com prisão de até 4 anos quem violar direito do titular de topografia de circuito integrado, exceto nas circunstâncias do art. 37, a exemplo da finalidade de análise, avaliação e pesquisa de topografia protegida, desde que a topografia resultante não seja substancialmente idêntica à protegida. E o art. 1º, II, da Lei 8.176/1991, que prevê pena de prisão de até 5 anos para quem usar gás de cozinha para aquecer piscina. Todas essas condutas poderiam ser controladas adequadamente nos âmbitos cível e administrativo.

A Lei 9.263/1996, que regulamentou o planejamento familiar, previu no art. 15 o crime de realizar esterilização cirúrgica fora das hipóteses de esterilização voluntária, com pena de reclusão de até oito anos. O dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, por recomendação do Ministério da Saúde, que nas razões do veto demonstrou preocupação com a esterilização condicionada apenas à vontade da pessoa, uma vez que o procedimento caracteriza uma clara mutilação, com perda da função. Assim, o médico que a realizasse já responderia por lesão corporal gravíssima, tipificada no art. 129, §2º, III, do Código Penal, por importar em inutilização da função reprodutora, e que tem a mesma pena do art. 15 mencionado acima (reclusão de 2 a 8 anos). Não se aplicaria a modalidade gravíssima se o procedimento fosse reversível. Contudo, se houver fundamento médico para a realização do procedimento, o profissional estaria albergado pela excludente de antijuridicidade do estado de necessidade de terceiro, por salvar de perigo atual direito alheio. Por fim, a mensagem de veto ressaltou que a excludente não deveria ser aplicada se a esterilização fosse feita apenas por conveniências pessoais, sociais e econômicas. O veto político foi derrubado pelo Congresso Nacional, tendo o dispositivo sido promulgado pelo Presidente do Senado Federal.

Ao tempo de sua promulgação, a lei visava coibir uma prática comum de realização por médicos da rede pública de laqueadura tubária em mulheres pobres, a fim de evitar famílias numerosas. O procedimento era realizado sem haver razões médicas, mas sim econômicas e sociais. No entanto, esse contexto não existe mais nos dias de hoje, tendo a lei surtido o efeito desejado. Tanto que foi aprovada a Lei 14.443/2022, reduzindo a idade de 25 para 21 anos, sem necessidade do consentimento do parceiro. A lei adequou-se ao atual padrão moral da sociedade.

Além do excesso de condutas punidas no âmbito penal, a dispersão da produção legislativa também impacta na consciência humana. A título de exemplo, nos Estados Unidos, os estados podem legislar sobre Direito Penal. Após decisões da Suprema Corte delegando aos estados o poder de legislar, a prática da prostituição e do aborto são proibidas em alguns estados e permitidas em outros. Assim, uma pessoa que transite entre

estados vizinhos deve saber de antemão qual a regra atualmente em vigor no território em que se encontra para não incorrer em prática criminosa. No Brasil, a competência para legislar sobre direito penal é privativa da União. Mas há regulações distintas no âmbito administrativo entre os estados, e até mesmo entre os municípios.

A co-consciência da ilicitude é um padrão intermediário entre a consciência plena da ilicitude e a consciência suposta ou potencial. Em alguns ordenamentos, esse padrão é suficiente para a punibilidade. Resta saber se seria possível medir essa escala de consciência.

A própria punição do crime tem uma relação com a consciência humana. A teoria comunicativa da punição, defendida por autores como Hart, Nozick, Antony Duff, Feinberg e Hampton, perfilha a ideia de que a punição serve de mensagem de desaprovação à sociedade pela conduta praticada, agindo ao nível da consciência humana.

A Relação entre a Moral e o Direito

O debate entre a moral e o direito remonta há milênios. Atualmente, o tema é objeto de uma disciplina específica, a “filosofia do direito”. Essa disciplina evoluiu de Descartes a Hegel, passando por contribuições de Montesquieu, Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. Para Miguel Reale, a obra “Fundamentos de Filosofia do Direito”, de Hegel, consolidou a disciplina em solo europeu. Contudo, Aristóteles já discutia o tema na sua teoria da Justiça Total (“díkaion nominón”). Segundo esse filósofo, “o homem, quando atinge a perfeição da virtude, é o melhor de todos os animais; mas se seguir seu caminho sem lei e justiça, torna-se o pior de todos os brutos”. Comentando esse pensamento aristotélico, Tomás de Aquino arrematou: “pois o homem, ao contrário de outros animais, tem a arma da razão com a qual explorar seus desejos básicos e a crueldade”.

Modernamente, houve outras contribuições para o tema no decorrer do século XX, com diferentes abordagens, em geral lidando com o dilema da legitimidade de leis injustas. Duas posições se destacaram. O Direito Natural, que prega a razão como limitador do instinto para conter o mal e a crueldade, impondo restrições materiais ao que deve ser promulgado ou aplicado como direito. E o positivismo jurídico, que prega a contenção de influências políticas, ideológicas e sociais no direito, visando garantir a segurança jurídica na sua aplicação. Nesse debate, destacam-se os conflitos entre o conceitualismo e o realismo, bem como entre o positivismo exclusivo e inclusivo. Este último admite apenas uma separação conceitual entre a moral e o direito.

Esse tema ganhou maiores contornos no debate entre Hans Kelsen e Eugen Ehrlich. Este último publicou a obra “Fundamentos da Sociologia do Direito” em 1913, que sofreu críticas ácidas de Kelsen em 1934. Poucos anos depois, foi a vez de Kelsen ser atacado,

desta vez por Gustav Lambert Radbruch, que acusou o positivismo jurídico de ter deixado os judeus reféns durante holocausto. Modernamente, essa acusação é descartada, já que uma releitura dos escritos de Kelsen mostra que ele era normativista.

Nessa contenda, a teoria de Leon Fuller é intermediária. Em "The Morality of Law", o autor sustenta a existência apenas de limites morais procedimentais ao direito, e não no seu conteúdo. Ele articula oito princípios formais para as leis serem consideradas legítimas: serem gerais, públicas, inteligíveis, não contraditórias, praticáveis, estáveis e congruentes.

Norberto Bobbio palestrou no Brasil em 1983 na UnB. Foi recepcionado por Miguel Reale, que contestou o epíteto de neopositivista comumente atribuído a Bobbio, declarando ser ele um grande mentor do pensamento jurídico, sem se filiar a uma corrente específica. De fato, o jurista da Universidade Turim publicou o livro "Teoria da Norma Jurídica" em 1958, e logo em seguida publicou o livro "Teoria do Ordenamento Jurídico" em 1960. No ano seguinte, publicou o livro "Positivismo Jurídico", e dois anos depois publicou o livro "Locke e o Direito Natural". Foram cinco anos de esplêndida produção acadêmica. Esses escritos foram condensados com as palestras e conferências posteriores no livro "Teoria Geral do Direito", publicado em 1993.

No primeiro livro Bobbio analisa as normas jurídicas como proposições prescritivas e comandos deônticos, dissecando sua estrutura lógico-linguística. Dentre as classificações, ele expôs os imperativos autônomos e heterônomos, de origem kantiana. Também diferenciou a sanção moral (interna), social (externa) e jurídica (externa e institucionalizada). Bobbio refutou a tese da adesão espontânea, reafirmando a tese sancionista, com base em Kelsen. Segundo ele, um ordenamento que deixasse de ter caráter coercitivo no futuro não seria diferente da comparação entre os Estados Unidos e a antiga Babilônia, ou entre a Suíça e a tribo dos Ashanti. Esta última tribo foi um antigo império militar na região de Gana, na África. Desta forma, no seu entender a sanção coercitiva era fundamental para caracterizar uma norma jurídica.

Do ponto de vista formal, as normas jurídicas são analisadas nos planos de vigência, validade e eficácia. Paulo Dourado de Gusmão classifica as normas jurídicas quanto à fonte, à forma, ao conteúdo, à natureza da sanção, à ordem jurídica a que pertence e ao grau de imperatividade. Para Kant, a norma jurídica é um juízo hipotético, que estabelece uma condição para a produção de efeitos. A conduta imposta é meio para uma finalidade. Difere do imperativo categórico, onde se encaixa as normas morais, que impõe um dever sem qualquer condição. Paulo Nader diz que as normas jurídicas estão para o direito de um povo, assim como as células para um organismo vivo.

Pela teoria do mínimo ético, de Georg Jellinek, o direito e a moral estão relacionados por círculos concêntricos. O Direito representa apenas uma parcela da moral. Essa teoria foi criticada por Miguel Reale, que acreditava na existência de campos do direito

amorais, ou seja, não abrigados pela moral, a exemplo das normas de trânsito. No entanto, algumas dessas normas têm nítida relação com a moral. Basta citar a proibição de uso da buzina próximo a igrejas e hospitais, mesmo que haja um veículo parado na frente.

Uma diferença bastante citada indica que a moral está ligada à convicção interior, enquanto o direito possui coercibilidade. Além disso, o direito é heterônomo, por estar acima das pretensões do sujeito, sendo imposto por terceiros. Já a moral é autônoma, pois quem decide se o ato é certo é o próprio sujeito.

Os autores que atualmente se debruçam sobre esse tema têm à disposição os achados dos neurocientistas. Conciliar a filosofia do direito e esses achados é o próximo passo na evolução da disciplina. Mark Tebbit, por exemplo, aprofundou o tema no âmbito do direito penal, a exemplo do crime de homicídio, na parte 3 da terceira edição de sua obra "Philosophy of Law, an Introduction" (Routledge, 2017).

Inicialmente, diferentes correntes filosóficas ditavam as cartas na teoria do delito. Posteriormente, a psicologia passou a influir nesse processo, desde os estudos de Franz Bretano sobre intencionalidade. Em seguida, houve contribuições da psicanálise. Modernamente, a neurociência passou a predominar.

Wayne Morrison escreveu o livro "Jurisprudence", que nos EUA significa filosofia do direito. A obra foi publicada no Brasil pela editora Martins Fontes em 2012 com o título "Filosofia do Direito - Dos Gregos aos Pós-Modernismo". As considerações finais do livro (capítulo 18) foram traduzidas como "reflexões sobre a jurisprudência na pós-modernidade". O termo "jurisprudência" foi mal traduzido para o contexto brasileiro, devendo ser entendido como "filosofia do direito". Neste capítulo o autor analisa o contributo da ficção de Franz Kafka. Este escritor tinha uma vida dupla, com um trabalho diário como advogado de seguros e burocrata do governo durante o dia e de escritor de ficção durante a noite. Ele pegou emprestado material dos casos reais em que esteve envolvido nos seus escritos jurídicos e administrativos para desenvolver personagens e cenários de sua ficção.

Na obra acima, Wayne destaca que John Rawls apresentou os princípios de justiça do pessimista racional. Como consequência das reflexões de Rawls, por trás do véu da ignorância, desprovidos de qualquer psicologia moral, os indivíduos poderiam votar por uma sociedade com grandes desigualdades.

Kevin Jon Heller e Markus D. Dubber realizaram um panorama do direito penal em diferentes ordenamentos em "The Handbook of Comparative Criminal Law" (Stanford, 2010). O primeiro país analisado foi a Argentina, que possui um ordenamento penal muito similar ao brasileiro. A obra analisa ainda o ordenamento da França, Alemanha e Espanha,

além de Irã e China. Por último, os autores examinaram o ordenamento criminal norte-americano.

Também sob o contexto do direito penal dos Estados Unidos, Thomas J. Gardner e Terry M. Anderson analisam a vinculação entre a moral e o direito penal em “Criminal Law” (Cengage Learning, 13ª edição, 2017). Segundo os autores, as leis criminais são mais fortes quando refletem as crenças morais e éticas da sociedade. Documentos antigos indicam que a conduta que chamamos hoje de homicídio, furto ou roubo era identificado como criminoso por civilizações que existiram há milhares de anos. Os autores elencam razões para o parlamento não criminalizar uma conduta, como: nenhum grupo de pressão influente exigiu a regulamentação da conduta; a aplicação da lei penal não será economicamente viável; e a aprovação da lei não seria politicamente popular. Segundo eles, nos tempos coloniais até a primeira guerra mundial, os códigos penais dos estados americanos eram limitados aos crimes graves contra a sociedade. As leis penais foram usadas para definir e impor uma moralidade pública. Desta forma, um crime era tido como um erro moral e deveria ser penalizado principalmente por meio de pressões familiares, religiosas e sociais. Após a primeira guerra mundial, a sociedade americana passou de agrícola para industrial, com mudanças econômicas, sociais e políticas, reduzindo a influência das instituições religiosas, da comunidade e do lar, seguindo-se assim a promulgação de muitas leis criminais.

Uma questão de especial interesse neste tema diz respeito ao elemento subjetivo do crime e sua correspondência neurológica. No direito pátrio, esse elemento é representado pelo dolo e a culpa. O primeiro pode ser geral ou específico, também chamado de elemento subjetivo especial. Já no direito comparado, encontramos a distinção entre imprudência e intenção. Esta última pode ser direta e oblíqua, que se assemelha ao dolo direto de segundo grau. Há também a indiferença culpada, uma mistura de culpa consciente e dolo eventual. Em geral, qualquer que seja o ordenamento jurídico, a diferença reside na previsão pelo agente do grau de probabilidade de o resultado ocorrer a partir de suas ações. Pela teoria subjetiva, essa análise deve ser feita da perspectiva do réu, enquanto a teoria objetiva advoga a análise pela perspectiva de uma pessoa razoável, o que no Brasil se chama de homem médio. No ordenamento pátrio, a perspectiva do homem médio (ou pessoa razoável) somente se aplica às excludentes de tipicidade e ilicitude, que dizem respeito ao fato, enquanto às excludentes de culpabilidade aplica-se a perspectiva do réu. Até que ponto essas diversas abordagens da teoria do delito em diferentes ordenamentos jurídicos possuem correspondência com o funcionamento da consciência humana não está claro.

A explicação do elemento subjetivo e dos estados mentais culpados são disputados atualmente entre a neurociência e a psicologia comportamental. Esta última apregoa que os estados mentais do Código Penal Modelo, dos EUA, como intenção e

imprudência, são articulados em termos puramente psicológico-comportamentais. Essa pesquisa fornece evidências diretas da adequação prática, moral e legal dos estados mentais, esclarecendo como os indivíduos a vivenciam. Para essa vertente, a neurociência cognitiva possui limitações substanciais para produzir informação relevante, por isso deve ser encarada com ceticismo. Por outro lado, neurocientistas cognitivos têm conduzidos experimentos e estudos cada vez mais refinados, utilizando equipamentos de fMRI, para buscar correlatos neurais dos estados mentais do CPM, diferenciando com segurança estatística os estados mentais culpados consciente e imprudente, por exemplo.

A neurociência busca um encaixe de institutos "cingas", comuns aos diferentes sistemas jurídicos, como a previsão do grau de probabilidade de ocorrência do resultado, ou mesmo o trânsito mental entre o indiferença com determinado comportamento e a obediência efetiva à sua proibição, e o correlatos neurais. Mas está longe de alcançar uma explicação ao nível da consciência, que emerge desses processos fisiológicos.

No Brasil, Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida (Curso de Filosofia do Direito, Atlas, 15ª edição, 2020) explicam o circuito de dever-ser entre as regras morais e as regras jurídicas (item 33.1). Para os autores, as regras jurídicas não estão isoladas no dever-ser social. Existem outros discursos fundantes do comportamento, como a religião, a moral, as regras de agir no trabalho. Assim, o grande grupamento da deontologia coloca a experiência moral ao lado da experiência religiosa e da experiência jurídico-política. A matéria da qual se constitui toda a experiência jurídica advém do caudal das influências das demais regras de dever-ser. O Direito é forma, e esta forma, se apropria das experiências gerais da sociedade (incluídas as morais dos grupos, as reflexões religiosas, os imperativos políticos, as ideologias reinantes, etc) para colocá-las sob uma forma, que passa a determinar esta substância ou este conteúdo como juridicamente determinante e vinculante.

Essa relação entre a moral e o Direito é versátil. Se por um lado, não faz sentido punir condutas outrora consideradas criminosas, outros direitos vão surgindo, juntamente com a pressão por sua proteção.

Dois temas atuais podem servir de exemplo: o meio ambiente e as mídias digitais. Em "Environmental Ethics" (Wiley Blackwell, 3ª edição, 2022), Michael Boylon investiga se a natureza tem valor normativo por si. O autor elenca diversos tipos de ética, como o intuicionismo ético realista e antirrealista. O primeiro prega que a verdade é sustentada na intuição, a exemplo de adágios atemporais verificados na prática da vida. Para ele, a deontologia, desde Kant, faz escolhas éticas por meio de experimentos mentais que criam modelos de alcance universal. Sobre a prevenção da poluição, o autor cita a tragédia dos bens comuns, que é similar ao dilema do prisioneiro da teoria dos jogos, com cálculos

utilitaristas. Assim, a moralidade de um ato é uma função do estado do sistema no momento em que é realizado. A densidade populacional impacta na moralidade. Poluir os bens comuns em regiões despovoadas não é o mesmo que fazê-lo numa metrópole. De igual modo, matar um bisão nas planícies para comer apenas a língua e descartar o resto era aceitável há um século e meio, quando havia milhões de bisões. Atualmente, a conduta é moralmente inaceitável, por existirem apenas alguns milhares. No Brasil, a caça à onça pintada era aceitável há algumas décadas, quando existiam muitas. Hoje, a conduta é execrável, em grande parte por conta do risco de extinção, e não pelo valor da vida em si do animal.

Boylon explica ainda que a moral é sensível à complexidade da sociedade. A forma tradicional de diretiva “não farás” remonta há milênios, e ainda é praticada atualmente. No entanto, não tem em conta as circunstâncias específicas. No passado, contava-se com a benevolência do rei ou julgador para considerar as circunstâncias. No mundo complexo, lotado e mutável de hoje, a solução foi incrementar a lei com o direito administrativo, por meio de inúmeras regulações infralegais. É impossível explicitar legalmente todas as condições em que é seguro queimar lixo no quintal ou rodar um automóvel sem controle de fuligem. Essas questões são delegadas às agências reguladoras.

No entanto, “quis custodiet ipsos custodes”, ou “quem vigiará os vigilantes”. John Adams sentenciou que um governo deve ser formado por leis e não por homens. É preciso dispor de um instrumento institucional de controle sobre a regulação administrativa, sob pena de administradores abusarem dos poderes delegados. Sua posição contrasta com a de Wilfred Beckerman, autor de um artigo polêmico em 1994, intitulado “Desenvolvimento Sustentável: um Conceito Útil?”, em que critica as medidas de Produto Nacional Bruto sustentável, que seria aplicável apenas a países dependentes de minerais ou outro produto primário finito. No artigo, Beckerman define a sustentabilidade ambiental “forte” moralmente inaceitável. Ele recebeu muitas críticas de estudiosos no ano seguinte, como as de Herman E. Daly, Michael Jacobs e Henryk Skolimowski, que foram rebatidas por Beckerman logo em seguida.

De seu turno, Arthur Pinheiro Basan discorre sobre o direito ao sossego na quarta revolução industrial, calcado nos direitos fundamentais no paradigma tecnológico da sociedade da informação (“Publicidade Digital e Proteção de Dados Pessoais - Direito ao Sossego”, editora Foco, 2021). Na obra o autor faz uma provocante comparação entre a tutela do corpo físico e a tutela do corpo eletrônico, e discorre sobre técnicas de publicidade virtuais importadoras. Para o autor, o Direito, sem o seu devido contexto, pode se tornar mero texto normativo, ilhado no mar de normas, sem qualquer tipo de efetividade social ou concretização fática. Para ele, o direito ao sossego encontra coerência com os modos de produção atuais, fortemente influenciados pelo uso de dados pessoais no mercado digital, permitido pelas novas tecnologias de processamento de informações.

Por fim, ele incita a concretização do direito ao sossego por meio da analogia com o instituto do dano de assédio ao consumo.

Como visto, tanto a tutela da natureza quanto dos dados pessoais, temas de grande atualidade, perpassam as mesmas questões da vinculação entre a moral e o Direito. Em 2005, o parlamento aprovou a Lei 11.105/05, conhecida como Lei de Biossegurança, que regulamentou uma novidade tecnológica, prevendo inúmeras condutas criminosas, repetindo tipos penais da lei anterior e criando novos tipos. Já a Lei 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados, assim como a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), não previram nenhum tipo penal, apenas sanções administrativas. Paradoxalmente, tramitam projetos de lei para agravar a pena de crimes ambientais e criar novos tipos penais relacionados ao clima.

Esse manejo entre as sanções administrativas, cíveis e penais possui estreita vinculação entre a moral e o Direito. Cesare de Beccaria propugnou que a prevenção do crime é maior com a certeza da punição, e não com seu rigor. Podemos elencar as seguintes graduações na eficácia das normas jurídicas: método de legislar (“não farás” ou sanções premiais), regulação infralegal para as circunstâncias da conduta (quem vigiará os vigilantes) e tipo de punição (administrativa, cível ou penal). Porém, uma pergunta persiste. Como tudo isso se opera na consciência humana? Se o principal escopo é controlar o comportamento humano danoso, a pergunta é pertinente.

Carl Jung definiu o inconsciente coletivo como uma parte profunda da mente humana, onde residem comportamentos não controlados conscientemente. Ele intuiu essa teoria a partir da observação do paciente esquizofrênico Emile Schwyzer, que via um falo solar que controlava o vento. Essa imagem coincidia com o simbolismo da liturgia mitraica, que é parte dos papiros mágicos gregos, publicados apenas em 1910. Schwyzer era apenas um balconista, e nunca teve contato com esses escritos. Jung pensou que ele pudesse ter herdado esse simbolismo no seu inconsciente. No entanto, essa teoria é tida como pseudociência, devido à falta de comprovação experimental. Nada obstante, essa influência coletiva no comportamento é observada na histeria coletiva e na sincronia menstrual. Modernamente, os estudos em redes sociais mostram uma espécie de “telepatia emocional” entre usuários que se seguem, convergindo seus comportamentos para obesidade, felicidade ou solidão. Esse fenômeno também é observado entre os animais, com a ansiedade dos tutores passando aos cães e gatos sob tutela, que também ficam mais ansiosos.

Para Sigmund Freud, no inconsciente não existe o conceito de tempo, de certo e errado, e não há contradição. Para ele, a estrutura do aparelho psíquico é composto por três elementos: Id, Ego e Superego. Este último constitui a força moral da personalidade.

Por sua vez, Alfred Adler difere de Freud (que vê o comportamento motivado por pulsões inatas) e de Jung (que valoriza os conteúdos inatos), estabelecendo que os humanos são motivados primariamente por impulsos sociais.

Como visto, muitas leis que procuram transpor regras morais para o plano jurídico não possuem o menor resquício de eficácia. Em alguns países, mesmo condutas que passam a ser punidas com a pena capital não têm sua incidência reduzida. Por outro lado, algumas leis são internalizadas pela consciência coletiva em alguns anos, passando a ser observadas pela maioria da sociedade. Como ocorre esse salto na consciência humana, que absorve algumas condutas e outras não? A neurociência, com o avanço da tecnologia de imagens cerebrais e o uso de inteligência artificial, será capaz de responder algum dia a essa questão? Ou esse processo estará permanentemente fora do alcance da ciência.

Vimos acima que é possível inferir algumas questões empiricamente, como o excesso de leis com condutas típicas, regras em descompasso com a moral e com as leis de mercado, técnicas de redação pouco práticas, leis economicamente e politicamente inviáveis e a dispersão da produção legislativa. Mas o percurso da regra entre a moral e o Direito, até ser efetivamente internalizada e absorvida pela consciência humana individual e coletiva, continua um grande mistério científico.

Esse enigma pode estar próximo de uma resposta convincente, trazendo maior segurança e previsibilidade na prática de legislar. A chave pode estar nos estudos do córtex pré-frontal.

É importante citar levantamentos que indicam que até 60% dos estudos científicos publicados nos últimos anos são enganosos e metodologicamente falhos. Isso decorre em muitos casos da pressa na sua publicação e na busca frenética por financiamento. Dezenas de periódicos já aceitaram estudos deliberadamente falhos. A revisão por pares não foi suficiente para a filtragem. Publicações de prestígio já excluíram centenas de artigos científicos de seus arquivos por se mostrarem enganosos num escrutínio posterior. O erro editorial tem se mostrado um negócio lucrativo, e tem atraído má ciência. Por isso, os achados de estudos científicos devem ser vistos com prudência, e cotejados com revisões de pesquisadores que zelam por sua reputação.

Em artigo bastante aclamado na comunidade científica, Terrence Chorvat e Kevin McCabe publicaram em 2004 o estudo "O Cérebro e a Lei", na revista "Transações filosóficas: ciências biológicas". Neste artigo eles discutem como o Direito é moldado pelos processos cognitivos humanos e como esses processos também moldam o Direito. Também analisam como a lei pode ser estruturada para tirar proveito dos mecanismos neurais. Citando Gazzaniga, os autores explicam que Freud começou estudando o comportamento humano ao nível dos mecanismos fisiológicos, mas desistiu da pesquisa por limitações científicas, procurando suprir a lacuna recorrendo aos escritos filosóficos de

Hegel e Schopenhauer. Atualmente, a neurociência avançou o suficiente para contribuir no estudo do comportamento humano individual e coletivo, unindo definitivamente as ciências sociais às ciências “duras”. A neurociência cognitiva integra a psicologia, bioquímica, neurologia, biologia evolutiva, dentre outras áreas. No entanto, conforme os autores concluem, as teorias desenvolvidas para explicar o comportamento humano não raras vezes são contraditórias entre si.

Em estudo publicado em 2017 intitulado “A Neurociência da Moralidade e da Tomada de Decisões Sociais”, Keith J. Yoder e Jean Decety demonstraram que o córtex pré-frontal dorsolateral (dlPFC) é fundamental para a implementação de normas sociais. Os autores discorrem sobre evidências inconclusivas e questões em aberto neste campo. Como exemplo, a neuroimagem funcional humana avalia a atividade coordenada em grandes populações de neurônios. Ainda não se sabe se a informação social utiliza os mesmos neurônios captados na imagem, ou canais paralelos distintos.

Segundo estes autores, décadas de pesquisa em múltiplas disciplinas, incluindo economia comportamental, psicologia do desenvolvimento e neurociência social, indicam que o raciocínio moral surge de tomadas de decisões sociais complexas e envolve processos inconscientes e deliberados que dependem de várias dimensões parcialmente distintas, incluindo compreensão da intenção, aversão ao dano, codificação de recompensa, funcionamento executivo e aprendizagem de regras. As decisões morais humanas são governadas tanto por expectativas estatísticas (baseadas em frequências observadas) sobre o que os outros farão como por crenças normativas sobre o que os outros deveriam fazer. Estas variam entre diferentes culturas e contextos históricos, formando um continuum que vai das convenções sociais às normas morais que normalmente dizem respeito a danos a terceiros.

Estas pesquisas são reforçadas por novos achados de estudos atuais, como o publicado por Riadh Ouerchefani e coautores, em maio de 2023, intitulado “Papel do Córtex pré-frontal e Funções Executivas no Reconhecimento de Emoções Básicas”.

Discorrendo sobre o Direito Quântico, Goffredo Telles Júnior explica que somente a norma jurídica possui um autorizamento. Diferente de todas as demais normas, somente ela autoriza o lesado pela violação a exigir o seu cumprimento, ou exigir a reparação do mal sofrido. Nenhuma norma não jurídica constitui um autorizamento desse tipo. Seja, por exemplo, a norma: “praticarás a caridade”. Se alguém não praticar a caridade, estará violando a citada norma. Prejudicados estarão os que se beneficiariam dessa caridade. Mas ninguém estará autorizado a exigir o cumprimento da norma. Observe-se, ainda, que a norma jurídica não se limita a autorizar o emprego da coação. Ela autoriza, expressa ou tacitamente, a prática das ações que ela proíbe.

Atualmente, há uma intensa discussão acerca do chamado direito de tentar (right to try). Ele não se confunde com o direito de escolher, relacionado aos tratamentos disponíveis a um paciente, cuja escolha promove sua autonomia, além de se coadunar com os princípios da bioética (beneficência, não maleficência e justiça). Já o direito de tentar se vincula à liberdade individual para usar substâncias e tratamentos ainda não aprovados pelas agências de controle. Seus defensores alegam que a aprovação de um novo medicamento pela FDA, por exemplo, leva mais de uma década e custa mais de um bilhão de dólares. Além disso, alguns medicamentos são produzidos nos EUA, mas vendidos apenas no exterior, porque seu uso não foi aprovado, a exemplo do Lutécio-177, que procura retardar o crescimento do câncer neuroendócrino, e mostrou eficácia em ensaios clínicos. No Brasil, esse debate foi travado por ocasião da malfadada pílula do câncer, liberada por lei sem aprovação da ANVISA, mas proibida por decisão do STF. O tema ganha relevo com a revisão em 2022 da CID-11. Antes havia 70 mil códigos de enfermidades, que passaram para 120 mil, além de 1,6 milhão de situações clínicas. Alguns governos catalogam a existência de 10 mil a 30 mil doenças. Na última década, foram catalogadas mais de cem doenças mentais. Apesar do intenso esforço humano com pesquisas científicas, as doenças parecem aumentar continuamente.

Em "Vigiar e Punir", Michel Foucault assinala que a classificação dos crimes nos códigos penais conforme os bens jurídicos afetados teve por base a taxonomia das espécies, que floresceu na mesma época. Atualmente, estudiosos tentam alterar essa classificação, que remonta há séculos. Como exemplo, em 2021, Russil Durrant propôs uma classificação de crimes com base na teoria evolutiva, conforme a violação moral das condutas, utilizando os cinco fundamentos morais de Haidt.

Uma Caminho para Entender a Consciência

A mente humana funciona por meio de processos caóticos. De maneira geral, sistemas ergódicos retiram a ordem a partir do caos. O caos determinístico pode ter seu comportamento previsto em teoria, mas sua evolução é extremamente sensível às mínimas perturbações nas condições iniciais, levando a comportamentos bastante divergentes. Distinguir um processo puramente estocástico de uma dinâmica caótica não é tarefa trivial, recorrendo-se à análise de séries temporais por meio de equações diferenciais.

Há décadas que os neurocientistas sabem do comportamento caótico dos axônios gigantes nos neurônios das lulas. Esse tipo de comportamento já foi observado em membranas nervosas, células e redes neurais. Foram propostos modelos matemáticos para neurônios caóticos, sujeitos às leis da probabilidade, utilizando como saída uma função logística.

Estes processos caóticos governam desde os impulsos nervosos no axônio até a evolução do macrocosmo. A aglomeração de matéria em larga escala no Universo se

encaixa em uma evolução estocástica. Inicialmente, acreditava-se que esse processo era influenciado pelas cordas cósmicas. Porém, essa teoria foi suplantada após seguidas observações de galáxias e da radiação cósmica de fundo. Percebeu-se que as cordas cósmicas contribuem com no máximo 10% desse processo, predominando uma evolução aleatória. Essas cordas não se confundem com suas homônimas da teoria das cordas, tendo escalas totalmente opostas. Estas últimas existiriam em dimensões extras jamais comprovadas, menores que a escala de Plank.

O Sol também possui processos caóticos. As estrelas de baixa massa, como ele, têm uma pequena probabilidade de tunelamento quântico em seu núcleo, por conta da forte dependência energética para esse efeito. Isso permite que o hidrogênio queime ao longo de bilhões de anos, duração necessária para a evolução da vida multicelular complexa na Terra.

Voltando ao nível mental, neurocientistas se perguntam sobre a utilidade do comportamento caótico nos sistemas nervosos. As oscilações caóticas de neurônios individuais não são essenciais para os conjuntos neuronais, mas a multiplicidade de neurônios caóticos cria regimes regulares de operação. A organização de elementos caóticos em montagens sincronizadas resulta em atividades adaptativas usadas pela natureza na realização de funções críticas do cérebro.

Na alegoria de Goffredo Telles Júnior, a física moderna não anunciaria jamais que um elétron ou um grupo de elétrons fará determinado percurso. Para a física moderna, predeterminado é, somente, o grau de probabilidade de cada percurso. Os saltos dos elétrons no seio de cada sociedade atômica não podem ser considerados como simples passagens de uma órbita para outra. A ciência do direito também não anunciará jamais que um homem, ou determinado grupo de homens, procederá desta ou daquela maneira. No entender de Telles Júnior, as leis humanas são, portanto, leis de probabilidade, como as demais leis da sociedade cósmica. Esse tipo de alegoria remonta ao atomismo ético de Leucipo e Demócrito, que comparavam a ética e a política a um átomo, na sua acepção pré-socrática, de um corpo definitivo, não passível de divisão.

Atualmente, os estudos sugerem até mesmo uma ligação entre a estrutura do cérebro e os mecanismos psicológicos que medeiam as atitudes políticas. Como exemplo, pesquisadores associaram um maior liberalismo político ao aumento do volume de massa cinzenta no córtex cingulado anterior, enquanto um maior conservadorismo foi associado ao aumento do volume da amígdala direita. Não há uma correlação de causa e efeito, mas sim uma correspondência neuronal.

Os estudos sobre a base neurológica da norma jurídica muitas vezes focam em pacientes com distúrbios mentais ou detidos no sistema prisional, a fim de coletar padrões de base neural para determinadas condutas.

A esse respeito, vale analisar um caso enigmático. No dia 04/12/2020, após se envolverem em um acidente de trânsito no interior de São Paulo, o policial civil Ronaldo Cordeiro matou a tiros seu colega Renato Bianchi dentro da ambulância que os transportava para o hospital. Durante a instrução, comprovou-se que não havia motivos para o crime, pois os dois eram amigos. Um laudo pericial confirmou que Ronaldo teve um transtorno mental, decorrente de um surto psicótico agudo e transitório, logo após o acidente. O Ministério Público pediu a absolvição imprópria, alegando que o acidente poderia ter ocasionado uma concussão na cabeça, que em alguns casos pode resultar em um quadro psicótico, citando estudos de psiquiatras e neurologistas para apoiar essa tese. A defesa sustentou ausência de fato típico, por carecer do elemento subjetivo, uma vez que a ação não foi voluntária, não havendo cogitação e preparação do delito, apenas execução e consumação. Sobreveio sentença de absolvição imprópria reconhecendo o fato típico e a ilicitude, mas aplicando a excludente de culpabilidade por inimizabilidade, impondo medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial por prazo indeterminado. A sentença assentou que uma concussão na cabeça pode gerar eventos ilusórios e retirar a capacidade cognitiva. No entanto, o laudo não foi capaz de ratificar a concussão, que tem base neurológica, já que não houve observação hospitalar após o acidente para possível TCE (trauma cranioencefálico). Mas reconheceu evidências de quadro psicótico agudo, que tem base psiquiátrica.

Aproximando a Neurociência e o Direito

Em “Neurociência e Direito Penal” (editora Atlas, 2014), Winfried Hassemer discorre na transcrição de sua palestra realizada em 2011: O erro categorial deriva da vulneração de um princípio da teoria do conhecimento e da ciência. Esse princípio é o seguinte: toda ciência só vê aquilo a que seus instrumentos permitem acesso, e encontra uma resposta unicamente onde seu instrumental lhe permite uma pergunta que corresponda à resposta no plano categorial. O que pertence ao instrumental de uma ciência fica determinado em função de seu objeto formal. Se uma ciência atua fora do âmbito que lhe resulta acessível, confunde as coisas e as categorias, e cria o caos.

O autor continua: A imputação objetiva estabelece a conexão entre a conduta humana e um acontecimento. Trata a questão de se o acontecimento pode ser considerado como consequência de um comportamento. A imputação subjetiva estabelece a conexão entre o acontecimento e a responsabilidade por este do ser humano que causou o acontecimento. Fundamenta a culpabilidade. Tem como pressuposto a imputabilidade. Ademais, permite levar a cabo uma diferenciação na valoração razoável dos graus de evitabilidade, de implicação interna do ser humano em seu fato, desde o dolo direto de

primeiro grau até a imprudência inconsciente. Essa diferenciação faz parte da cultura de imputação e se encontra enraizada no dia a dia normativo. Uma lesão feita por descuido é algo completamente distinto de uma lesão feita deliberadamente - não objetivamente, mas subjetivamente. Só será possível perceber a distinção se a responsabilidade pessoal fizer parte do arsenal da estrutura científica.

Conforme dissemos no final do livro “Neuroimputação” (editora Dince, 2023): “Como visto, Eric Hilgendorf, em obra de nove volumes, publicada em 2019, alertou que a eficácia do finalismo na clarificação e estruturação dos delitos de negligência tem sido repetidamente posta em dúvida e com razão. Por sua vez, Nucci adere à teoria normativa pura. Segundo ele, a possibilidade e a exigibilidade de alguém agir conforme as regras impostas pelo ordenamento jurídico são perfeitamente comprováveis. Como Schünemann afirma, o livre-arbítrio é uma parte da reconstrução social da realidade, vale dizer, é real. Nucci afirma também: concentramos nessa síntese as críticas àqueles que negam, com um método lógico, o livre-arbítrio, tal como os funcionalistas. Por sua vez, Bitencourt afirma que não há uma culpabilidade em si, individualmente concebida, mas uma culpabilidade em relação aos demais membros da sociedade, propugnando-se, atualmente, por um fundamento social, em vez de psicológico, para o conceito de culpabilidade. Ela deixaria de estar fundamentada no poder individual de atuar de outro modo, para pautar-se no poder geral de atuar de outro modo. No entanto, ele adverte que esse critério de homem médio ignora que as dimensões políticas e sociais da vida interferem, muitas vezes, de forma decisiva na atitude do indivíduo frente ao Direito vigente. Engisch afirmou a impossibilidade de demonstrar empiricamente o livre-arbítrio humano, como pressuposto do poder atuar de outro modo. Segundo Von Liszt, pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do Direito Penal. E o atual estágio da discussão está polarizado entre dois setores, com propostas ecléticas de ambos. Por fim, Bitencourt arremata com o objetivo final de esclarecer se estamos diante de uma crise irreversível da teoria normativa da culpabilidade, ou se estamos, em realidade, testemunhando o momento histórico da sua evolução e aperfeiçoamento. O resultado desse embate dogmático trará grandes repercussões no tratamento futuro das práticas delituosas, que não pode prescindir dos aportes da neurociência, estabelecendo-se um vínculo de imputação neurológico.”

Ainda segundo Hassemer na obra acima: Durante a semana, juízes e promotores de justiça devem executar o princípio da culpabilidade, e só no fim de semana poderão formular uma acesa defesa do determinismo.

O autor arremata: Porém, esta é a gaveta da biologia humana - não da psicologia, não da antropologia filosófica, da ciência da história, da teologia, da pedagogia, da ciência do direito penal ou das demais ocupações, disciplinas e instituições que em nosso mundo

trabalham com a liberdade e a responsabilidade. Gostaria de mostrar que as ciências empíricas do ser humano não são as únicas chamadas a falar sobre a liberdade, e, muito menos, a dar a última palavra. Pois essa palavra não existe neste mundo.

A Neurociência das Normas Jurídicas

Os estudos da base mental das normas jurídicas é essencial para avançar em uma área há décadas imobilizada. Novos campos de pesquisa, como a ineficácia de normas jurídicas prescritivas de obrigações ao poder público, que albergam os direitos fundamentais prestacionais, podem tirar proveito desses estudos. Muitas leis de países emergentes, incluindo o Brasil, possuem comandos deônticos visando erradicar a fome e o analfabetismo.

São dois problemas graves, mas com perfis diferentes. A fome é um problema persistente, que atinge uma camada da população dia após dia, prolongando-se no tempo, cuja solução deve ser sustentável e permanente, com ações diárias. Já a alfabetização é um evento único e definitivo, que perdura para sempre na vida do alfabetizado. No entanto, a depender da idade, demanda um grande esforço, tanto do alfabetizando quanto dos profissionais de educação, já que a evolução no aprendizado do cérebro adulto é mais lenta.

No entanto, por mais que sejam direcionados aportes crescente de recursos, essas normas não agem de forma coercitiva na consciência humana, seja dos gestores públicos seja da própria população diretamente afetada. São normas percebidas como tendo um cunho meramente moral, e não jurídico.

Entender os mecanismos na consciência humana decorrentes do efeito das normas jurídicas que proíbem condutas e impõem obrigações é a próxima fronteira científica do Direito, que se mantinha estático com debates puramente filosóficos e sociológicos.

No artigo "Direito e Neurociência Cognitiva", publicado em 2010, Oliver R. Goodenough e Micaela Tucher discorreram sobre os avanços no neurodireito, desde o livre-arbítrio e os julgamentos morais até a neuroeconomia na tomada de decisões. Os autores exortam a colaboração entre juristas e neurocientistas para o progresso da área. Segundo eles, nos novos modelos, o pensamento é visto como o resultado de um processo orgânico distribuído dentro do cérebro. Um passo fundamental da neurociência cognitiva é a expectativa de que a abordagem adotada pela mente do indivíduo para resolver um problema estará fisicamente presente no funcionamento do cérebro. Ao investigar esta presença física, pode-se obter insights sobre os tipos de soluções disponíveis aos seres humanos e os sinais que levam a uma abordagem específica. Essas percepções às vezes confirmarão a psicologia popular incorporada nas leis. Noutras ocasiões, desafiarão as

crenças mentais tradicionais sobre os processos mentais, com a possibilidade de estimular mudanças fundamentais na forma como o direito é elaborado e aplicado.

Conclusão

De fato, normas jurídicas que não possuem correspondência com as expectativas morais da sociedade costumam ser relegadas a segundo plano na consciência coletiva da população. Esse desencaixe pode tanto advir do conteúdo da norma jurídica quanto da forma de sua elaboração, trazendo um conteúdo esperado, mas difícil de ser colocado em prática. Normas jurídicas que não são absorvidas pela sociedade se assemelham a um idioma artificial, como o esperanto. As línguas devem ser naturais para serem absorvidas pelos falantes. Essas línguas passam por processos evolutivos que se encaixam na forma como a mente humana processa a linguagem. De nada adianta criar regras de escrita que confundem a fala, e geram ambiguidades no conteúdo da comunicação. O idioma etrusco, por exemplo, é tido como a base do latim, de onde surgiu o idioma português. Palavras como “militar” e “pessoa” derivam dele. Esse idioma foi redescoberto, e os estudos a seu respeito evoluíram bastante nos últimos anos. O etrusco é o idioma do livro mais antigo da Europa, que data do século III a.C, chamado Liber Linteus. Ele foi feito em tiras de linho, e descoberto em uma múmia. Seu teor recentemente revelado contém rituais religiosos do povo Etrusco.

Esse debate reacendeu por ocasião do controle das mídias digitais. A moderação de conteúdo publicado nas plataformas foi pensado para o idioma inglês. No entanto, com a proliferação das redes sociais mundo afora, a moderação com os demais idiomas tem se mostrado um grande desafio para os algoritmos, e até mesmo para moderadores humanos.

A linguagem foi uma área pioneira nos estudos de neurociência, podendo servir de guia para as pesquisas neurocientíficas das normas jurídicas. A análise do córtex pré-frontal dorsolateral (dlPFC) para a implementação de normas sociais foi um passo importante. Mas as pesquisas devem continuar para finalmente descortinar a diferença no nível mental entre uma norma moral e uma norma jurídica, bem como a absorção destas na consciência humana, a fim de implantar um ordenamento jurídico democrático e eficiente.

UMA ABORDAGEM JURÍDICO-SOCIAL ACERCA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

GERALDO ZIMAR DE SÁ JÚNIOR:

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN (2013); pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário na atualidade pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-Minas (2016); Servidor Público Federal. 47

Resumo: o presente estudo tenciona avaliar, juridicamente, a redução da maioridade penal e os correlatos impactos sociais ante a possível implementação de tal diretriz da imputabilidade penal. Analisa-se, ainda, a tutela da criança e do adolescente no ordenamento jurídico pátrio, bem assim os reflexos advindos da falta de instrumentalidade das políticas públicas voltadas ao público infantojuvenil. Avalia-se, ainda, a relação entre as ideias que objetivam a medida discutida de redução da maioridade penal e o papel das mídias sociais na distorção da percepção do papel da legislação. Por fim, observa-se a possível inconstitucionalidade inerente a qualquer proposta legislativa tendente a vulnerar direitos deferidos ao público infantojuvenil pelo poder constituinte originário.

Palavras-chave: Redução da Maioridade Penal. Tutela dos direitos das crianças e dos adolescentes. Ausência de instrumentalização. Mídias sociais. Distorção da problemática. Inconstitucionalidade.

Abstract: The present study intends to evaluate, legally, the reduction of the age of criminal responsibility and the related social impacts in the face of the possible implementation of such a guideline of criminal imputability. It also analyzes the protection of children and adolescents in the national legal system, as well as the reflexes arising from the lack of instrumentality of public policies aimed at children and adolescents. It also evaluates the relationship between the ideas that aim at the discussed measure of lowering the age of criminal responsibility and the role of social media in distorting the perception of the role of legislation. Finally, it is observed the possible unconstitutionality inherent to any legislative proposal tending to violate rights granted to children and adolescents by the original constituent power.

47 E-mail: geraldojrsa.adv@gmail.com.

Keywords: Lowering the Age of Criminal Responsibility. Protection of the rights of children and adolescents. Absence of instrumentalization. Social media. Distortion of the problem. Unconstitutionality.

Sumário: Introdução. 1. Os direitos da criança e do adolescente e a Constituição de 1988. 2. A midialização do problema: reacendendo as discussões acerca da redução da idade penal. 3. Análise à luz das disposições da Constituição Federal de 1988. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A vida social em uma comunidade politicamente organizada demanda regência normativa, tudo como forma de viabilizar a convivência dos cidadãos a partir do exato conhecimento daquilo que é viável, possível ou que deve ser pedagogicamente rechaçado.

Nesse contexto, qualquer discussão tendente a avaliar o sistema de definição das condutas proibidas e penalizadas criminalmente pela ordem jurídica ganha relevo social, assim como as análises acerca da imputabilidade dos atores imersos na prática de um fato socialmente definido como crime.

A análise feita a seguir busca avaliar a pertinência jurídica de uma temática que costumeiramente reaparece no ambiente jurídico e legiferante, sempre permeada pelo impacto nos noticiários policiais: a redução da maioridade penal, atualmente definida e deflagrada a partir dos dezoito anos de idade.

Objetiva-se, com o presente estudo científico, entender a necessidade social de reavaliação constante da temática; os impactos das mídias na análise da imputabilidade penal, os reflexos da falta de instrumentalização da legislação tutelar da criança e do adolescente em toda essa dinâmica e a possível incompatibilidade entre propostas de redução da maioridade penal e o texto constitucional.

1 OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A preocupação com os direitos da criança e do adolescente, no âmbito da legislação nacional, atinge seu ápice no final do século passado, em 13 de julho de 1990, com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com o advento da carta constitucional de 1988, o catálogo dos direitos e das garantias individuais foi largamente ampliado, especialmente com a fixação da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil (conforme atesta o próprio texto constitucional). A percepção da criança e do adolescente também ganhou outros contornos, passando da mera análise de um ser vivo digno da tutela estatal

para um cidadão pleno, apto ao exercício dos mais diversos direitos. No rol desses direitos magnos, permaneceu intacta a percepção da criança e do adolescente enquanto sujeito em pleno processo de desenvolvimento, inclusive no que concerne à sua observação sob o viés punitivo-infracional.

Nessa ordem de ideias, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, baseado nos postulados da Declaração Universal dos Direitos da Criança promulgada pelas Nações Unidas, positivou a necessidade de se conferir suporte existencial ao infante, enquanto sujeito pleno de direitos:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança com absoluta prioridade o direito a vida, a saúde, a educação, a alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los, a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL; ART. 227)

Essa mesma Carta Política de 1988, partindo da já prefalada premissa de pessoa em processo de desenvolvimento, dispôs que são inimputáveis os menores de dezoito anos, os quais estariam submissos aos ditames da legislação especial⁴⁸ - *in casu*, ao Estatuto da Criança e do Adolescente -. Isto é, a própria Lei Fundamental estabeleceu um parâmetro etário de análise infracional do público infantojuvenil, inclusive insuscetível de superação por lei ordinária.

Portanto, podemos inferir que a atual legislação confere proteção, direitos e deveres integrais a todas as crianças e adolescentes, percebendo-os enquanto sujeitos de direitos em pleno processo de desenvolvimento psicoemocional; tal percepção se reflete, inevitavelmente, também no aparato coercitivo do Estado, por meio do qual são sancionados, criminalmente, apenas aqueles considerados etariamente imputáveis, legalmente percebidos como capacitados a raciocinar - de forma amadurecida - as disposições proibitivas lançadas em toda a legislação que dispõe de caráter incriminador.

Segundo o Código Penal ora vigente, menor é toda pessoa com idade inferior a dezoito anos, sendo, pois, incapaz de responder criminalmente por atos ilícitos⁴⁹. Há, pois,

⁴⁸ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

⁴⁹ “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, no tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

uma presunção legal de ilegitimidade da criança e do adolescente à sanção penal, haja vista sua peculiar condição de pessoa em processo de desenvolvimento.

É direito assegurado ao público infantojuvenil, portanto, responder por seus atos ilícitos à luz de uma legislação especialmente editada em seu favor, que vise, inicialmente, atribuir caráter socioeducativo e pedagógico à punição, para que não se perca de vista a noção do ser humano em escala de evolução e amadurecimento de valores.

Independentemente do nível de criticismo aos aspectos constitucionais e legais regentes da matéria – e acima apresentados – fato é que a legislação, hoje, gira em torno da inimputabilidade do menor de dezoito anos, seja em face da sua condição de pessoa em pleno processo de desenvolvimento, seja pela análise político-criminal de incapacidade do encarceramento – em uma análise realística – de promover a reeducação do adolescente em conflito com a lei.

2 A MIDIALIZAÇÃO DO PROBLEMA: REACENDENDO AS DISCUSSÕES ACERCA DA REDUÇÃO DA MENORIDADE PENAL

As discussões envolvendo a inimputabilidade do menor de dezoito anos, a rigor, vem permeada por casuísticas apresentadas pelas mídias sociais. Programas “especializados” expõem exaustivamente a prática de uma infração penal – normalmente, de caráter hediondo – vinculando-a a uma potencial descrença judicial em face da condição de “menor” do autor do ilícito. A equivocada análise, normalmente dotada de um certo ar romântico, tem o efeito de provocar as mais diversas reações sociais.

A midiatização do medo, nesse contexto, busca mercantilizar o direito penal através da edição desavisada e não refletida de legislações simbólicas, dotadas de caráter pouco eficaz, servindo apenas aos interesses de uma parcela da classe política – já bastante enfraquecida em sua capacidade de efetivamente representar os interesses da sociedade –.

Por simbólica, pode-se definir a legislação que:

“... Aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental” (NEVES, 2007, p.1 *apud* LENZA, 2009, p.31).

Ou seja, não podemos deixar de explicitar o papel formador de opinião exercido pelo meio midiático, tampouco promover uma análise desassociada desses contextos, já

que nem sempre o dever de informar é exercido por si mesmo, especialmente considerando a competitividade existente no setor. Vale-se, atualmente, apelar para os mais diversos recursos sórdidos, como sensacionalismo exacerbado, fulcrado em informações incompletas, e que apenas atende aos interesses do compromisso com o repasse romantizado da informação, mas não com a sua veracidade.

Nessa ordem de observações, percebe-se como se formata a opinião do grande público no que concerne à postura dos infratores em nossa sociedade, quando guiada pelos mais diversos meios comunicativos.

Com relação à parcialidade das notícias divulgadas massivamente e os impactos deletérios daí advindos, Luiz Flávio Gomes (2007) ponderou que:

“(...) o discurso midiático é atemorizador, porque ele não só apresenta como espetaculariza e dramatiza a violência. Não existe imagem neutra. Tudo que ela apresenta tem que chocar, tem que gerar impacto, vibração, emoção. Toda informação tem seu aspecto emocional: nisso é que reside a dramatização da violência. Não se trata de uma mera narração, isenta.”

Infere-se, em assim sendo, que a veiculação massiva e não compromissada da informação, no contexto do direito penal, tem efeitos nocivos, sobretudo no aspecto da criação (ou do fomento) do imaginário coletivo que entende que o recrudescimento a qualquer custo da legislação criminal é a única resposta para todos os graves problemas sociais enfrentados no âmbito da segurança pública nacional. E tal problemática tem reflexos imediatos na construção do debate acerca da redução da maioria penal, já que as notícias tendem a associar a “menoridade” com descrédito da justiça criminal e a sensação de impunidade. Tal mistura de valores imiscíveis redundando no ressurgimento da discussão do acerto ou desacerto do constituinte originário no que toca à previsão de inimputabilidade ao menor de dezoito anos. A discussão, se apressada e não refletida, tende a acabar na busca por respostas prontas para problemas multifatoriais e de intensa complexidade.

Na prática, verifica-se uma série de argumentos compartilhados por aqueles que acreditam que a punição independe da idade. Segundo tal grupo, o Estatuto da Criança e do Adolescente tende a ser tolerante no tocante às sanções aplicáveis. Propõe-se, nessa ordem de argumentos, o uso e a adequação de um critério biopsicológico, em que se unem a idade mínima para a imputabilidade penal com o entendimento do ato criminoso, ambos aferidos através de exames competentes:

“O melhor critério é o biopsicológico, considerando-se que a idade de dezesseis anos é a idade de aquisição facultativa dos

direitos políticos, (...) se a mulher casada se emancipa civilmente com o casamento aos dezesseis anos e se o projeto de lei visa a que o maior de dezesseis anos possa dirigir veículos, não se compreende o porque de não se responder aos atos ilícitos que porventura praticar”. [BARBOSA, M.F. p.16].

Em sentido diametralmente oposto, os críticos à discussão da redução da maioria penal tendem a argumentar que a modificação legal não disporia de respaldo suficiente para contribuir com mudanças reais na dimensão fática do crime, seja pela falta de estrutura ressocializadora do sistema carcerário nacional – já reconhecidamente imerso em um estado de coisas inconstitucional⁵⁰ – ou mesmo pela inaptidão de uma legislação meramente simbólica nesse sentido.

3 ANÁLISE À LUZ DAS DISPOSIÇÕES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A compreensão de que a maioria penal aos dezoito anos é fator gerador de violência é uma dedução apressada e falaciosa, uma vez que as consequências da infração não podem ser confundidas com a sua causa.

A discussão, nesse contexto, deveria gravitar mais em torno da efetividade dos direitos da criança e do adolescente, do que na sistemática de punição aplicável a tal grupo.

Na esfera social, a aplicação eficaz do Estatuto da Criança e do Adolescente constituiria uma forma de, ao mesmo tempo, assegurar direitos ao jovem, buscando afastá-lo do âmbito criminal, bem assim de submissão deste às medidas socioeducativas, em caso de evidente prática infracional. A criação de subterfúgios não dispõe do aparato necessário para modificar a realidade social; a operacionalização da legislação, dos direitos nela previstos e dos deveres positivados, sim, disporia de um real sentido modificativo.

Como já assentado, o poder constituinte originário não fugiu à discussão da problemática apresentada e estatuiu o dever de destinação de um tratamento sancionatório especializado ao público em pleno processo de desenvolvimento, conforme artigo 228 da Carta Política de 1988. Apesar dessa normativa não estar inserida no rol de direitos e garantias fundamentais – positivado no artigo 5º da Constituição Federal – não há que se retirar o seu caráter análogo a tais direitos.

⁵⁰ Conforme Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 347, julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

Segundo Canotilho (2013, p. 5063): "*os direitos de natureza análoga são os direitos que, embora não referidos no catálogo dos direitos, liberdade e garantias, beneficiam-se de um regime jurídico constitucional idêntico aos destes*".

Assim sendo, a redução da maioria penal não se limitaria a um desacerto apenas na seara social, mas também jurídica, eis que inconstitucional, haja vista o indiscutível confronto com a cláusula pétrea fixada no artigo 60, §4º, IV, da multicitada Constituição Federal, cujo teor evidencia a impossibilidade de proposição legal tendente a abolir direitos e garantias já consagrados no texto constitucional.

Em igual sentido, Machado (apud ANDRADE, 2013) traz a seguinte análise:

"Com perdão a obviedade: se o caput do art. 5º da CF menciona a vida, a liberdade, a igualdade, para depois especificar os inúmeros desdobramentos (ou facetas) desses direitos nos seus incisos, e se o art. 227, caput, refere-se expressamente à mesma vida, liberdade, dignidade, para em seguida desdobrá-la, seja no próprio caput, seja no § 3º, seja no art. 228, evidente, que se trata de direitos da mesma natureza, ou seja, dos direitos fundamentais da pessoa humana". [...] Postulo que a inimputabilidade penal é direito-garantia individual das pessoas que contam menos de 18 anos, pelos contornos que ela recebeu do Constituinte de 1988. E direito-garantia exclusivo de crianças e adolescentes, que compõe um dos pilares da conformação do sistema de proteção especial a crianças e adolescentes instituído pela Constituição brasileira de 1988, ditando, pois, os contornos desse sistema constitucional."

Com idêntico raciocínio, afirma Dotti (2005, p. 412):

"A inimputabilidade assim declarada constitui umas das garantias fundamentais da pessoa humana embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim uma cláusula pétrea. Conseqüentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional, visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior de idade – dezesseis anos, por exemplo, como se tem cogitado."

Já Delmanto [*et al*] (2007, p. 107):

“[...] a nosso ver, seria um grave equívoco de nosso legislador. Não obstante a maioria penal não esteja incluída em uma das chamadas cláusulas pétreas do art. 5.º da Magna Carta, mas sim em seu art. 228, o marco dos 18 anos deve ser prestigiado, sobretudo em um País como o nosso em que o abismo social é um dos maiores do mundo, sendo os nossos infantes explorados mediante toda sorte de agruras, como pedir esmolas em faróis até altas horas da noite, vivendo em favelas sem um mínimo de dignidade e, sobretudo, sem qualquer perspectiva de ascensão social.”

Por toda a análise, conclui-se que a Constituição Federal de 1988, rompendo com paradigmas anacrônicos, percebeu a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e a eles destinou uma série de direitos e garantias indissociáveis da sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. E a Carta Magna assim o fez, inclusive, em consonância com documentos internacionais relevantes, como a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, como bem informa Marcelo Novelino (2014, p. 1235-1236):

“Com o tratamento conferido originalmente conferido pela Constituição de 1988, crianças (até 12 anos incompletos) e adolescentes (de 12 aos 18 anos) passaram a ser considerados titulares dos direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. [...] A Constituição protegeu como penalmente inimputável os menores de 18 anos, os quais estão sujeitos às normas da legislação especial (CF, art. 228). Em harmonia com a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), que define como tal todo ser humano menor de 18 anos de idade [...] Como garantia individual decorrente do processo de universalização dos direitos humanos, a imputabilidade penal para menores de 18 anos deve ser considerada cláusula pétrea.”

O debate acerca da redução da maioria penal deve, destarte, ser permeado por uma análise isenta de casuísmos midiáticos e devidamente embasada pelo contexto deflagrado pela Constituição Federal de 1988, a qual, por ora, registra a impossibilidade de vulneração do direito fixado no seu artigo 228.

CONCLUSÃO

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 elenca uma série de direitos e garantias inerentes à criança e ao adolescente, enquanto pessoas em pleno processo de desenvolvimento. Dentre esses direitos, vale destacar a inimputabilidade do menor de dezoito anos, a quem se deve destinar tratamento diferenciado, definido em legislação especial. Os parâmetros constitucionais seguem sendo observados por toda a legislação infraconstitucional, como o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O debate acerca da redução da maioria penal, nesse contexto, deve partir de uma interpretação dos direitos e garantias fixados pela Constituição Federal, sob pena de incorrer em evidente inconstitucionalidade, por afronta a cláusula pétrea anunciada pelo artigo 60, §4º, IV, da sobredita Carta Política de 1988.

Sob um viés sociopolítico, por sua vez, tem-se que a discussão acerca da maioria penal ganha luz a partir de casos apresentados pela mídia, que os expõe de forma descomprometida com a realidade jurídica, inflamando as massas e contribuindo para a formatação de legislações meramente simbólicas pelo Poder Legislativo, essas entendidas como normas sem pretensão de operacionalidade e real modificação de um quadro social.

A discussão aqui proposta serve, portanto, como uma forma de rerepresentação da discussão da maioria penal não como forma de angariar prestígio midiático ou político, mas como meio para uma interpretação legítima da realidade social e do grau de operacionalização das normas hoje vigentes no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luis Fernando de. **A impossibilidade da redução da maioria penal do Brasil**. *Abc do Direito*, 22 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.abcdodireito.com.br/2013/01/a-impossibilidade-da-reducao-damaioridade-penal-no-brasil-.html>>. Acesso em: 18 out. 2023.

BARBOSA, M.F. **Menoridade Penal**. *RJTJESP, LEX* – 138. 1992.

BRASIL. ADPF 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. *DJe*. 20.08.2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 16 de out. de 2023.

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

_____. Decreto Lei n. 2.848 de 7 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 17 de out. de 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo: Saraiva, 2013.

CONGRESSO EM FOCO (On-Line). São Paulo, maio de 2007. Disponível na Internet. URL: <<http://pfdc.prg.mpf.gov.br/clipping/marco-2007/os-pros-e-os-contras-da-maioridade-penal.>> Acesso em: 17 de out. de 2023.

DELMANTO, Celso [et al]. **Código penal comentado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Mídia, segurança pública e Justiça criminal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1628, 16 dez. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10768>. Acesso em: 16 out. 2023.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. apud LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª edição, 2011, ed. Saraiva.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014

SUPERENCARCERAMENTO NO BRASIL: O CONFRONTO FRENTE AOS IMPACTOS DO DIREITO NA ECONOMIA

GUILHERME AUGUSTO BRITO ANDRADE:

Bacharel em Ciências Jurídicas - Universidade Federal da Grande Dourados Pós Graduação em Direito do Consumidor – Faculdade Damásio de Jesus Servidor Público Estadual, atuante em direito penal⁵¹.

RESUMO: Em janeiro de 2020, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux decidiu, em caráter liminar, que a mudança do procedimento processual penal brasileiro, instituída pela Lei 13.964/2019, incluindo a figura do juiz de garantias ao cenário jurídica estaria suspensa, posto a inexistência de estudos de impacto financeiro a tal mudança, sendo uma das primeiras decisões que trouxe a análise dos impactos do direito à economia. Atrelado a esta decisão, são notórios os desafios enfrentados pelos três poderes brasileiros quanto ao seu sistema carcerário, cuja ocupação excede sua capacidade máxima, trazendo diversas violações aos direitos dos presos, em clara demonstração do abandono estatal ao enfrentamento do referido problema. A partir deste panorama, o presente trabalho propõe sugestões ao superencarceramento brasileiro, atrelada a medidas de baixo impacto financeiro, providências estas, em consonância com os ditames trazidos pela Suprema Corte Brasileira, acima mencionadas. A discussão inicia com uma análise da prisão, sob os aspectos da legislação penal brasileira, trazendo os dados quantitativos de sua população carcerária, seja pela proporção oferta x demanda, seja incidências de crimes por tipo penal, durante o primeiro semestre de 2020. Por conseguinte, expõe-se práticas exitosas já realizadas pelo governo brasileiro, através de seu Conselho Nacional de Justiça, com a criação dos programas Fazendo Justiça e Justiça Presente, os quais repercutiram na informatização da execução penal brasileira, trazendo uma unificação dos sistemas e procedimentos. Na França, através de estudos e proposições realizadas por *Gilbert Bonnemaïson*, então membro do Poder Legislativo francês, qual criou o sistema *numerus clausus* de execução penal, cujo teor prevê a adoção de taxas máximas de ocupação prisional, que uma vez atingidas, devem conceder a imediata liberdade sob monitoração eletrônica a alguns presos, a serem determinados por todos os atores do sistema prisional (juiz, acusação e departamento penitenciário). Os dados sugerem que o Brasil é um país violento, com alta incidência de crimes com grave ameaça e hediondos, crimes estes os quais a sociedade espera uma maior resposta do Estado, quanto à sua

⁵¹ E-mail. GuilhermeAndrade_787@hotmail.com

punibilidade, e o encarceramento de seus acusados. Por esta razão, grande das vagas existentes em nosso sistema penitenciário devem ser reservadas para os mesmos, pois os dados não demonstram uma diminuição muito grande em sua incidência. Por outro lado, o tráfico de drogas é outro crime cuja incidência tem muita ressonância na superlotação carcerária, bem como as prisões preventivas. Frente a esta situação, o trabalho sugere uma alteração na sistemática processual penal, garantindo a concessão de liberdade provisórios às mulas do tráfico, e, conseqüentemente, garantindo a redução da ausência de vagas. O trabalho conclui, afirmando que a experiência mundial traz como alternativa aos problemas discutidos a ampliação de medidas despenalizadoras, as quais já foram muito difundidas em nosso ordenamento jurídico. Contudo, frente aos êxitos brasileiros neste tipo de medida, o trabalho traz como sugestão alterações legislativas no âmbito da Lei de Execução Penal e Código Penal, modificando o imediatismo do cumprimento das penas, trazendo como possibilidade seu escalonamento, aos crimes de menor gravidade, bem como, aos presos que não possuem antecedentes criminais, cujas penas excedem os benefícios existentes na lei penal, e exigem seu respectivo cárcere em nossas penitenciárias.

Palavras-chave: Superencarceramento. Execução Penal. Tráfico de Drogas.

ABSTRACT: Brazilian Prison Overcrowding: A Legal Battle Through An Economic Perspective In January 2020, the Supreme's Court President, Minister Luiz Fux decided, on a preliminary injunction, that the change in the Brazilian criminal procedure, instituted by Law 13.964/2019, which divided the procedure in two phases: investigation and judgment (one judge is responsible for all decisions that should be taken during the preliminary investigations, and the other is responsible for the final judgment), would be suspended, due to the inexistence of studies of financial impact to such change, being one of the first decisions that brought this economic analysis to the juridical scenario. In the other hand, Brazilian Government faces many challenges in his prisional system, whose occupancy exceeds their maximum capacity, bringing several violations to prisoners' rights, in a clear demonstration of the State's abandonment to the problem. Based on this panorama, the paper proposes suggestions for the Brazilian prisional overpopulation, linked to measures of low financial impacts, in line with the new dictates, brought by the Brazilian Supreme Court, mentioned above. The discussion begins with a prison analysis, under the aspects of the Brazilian criminal law, bringing a quantitative data of prison population, either by the supply vs demand ratio, or incidences of crimes, during the first semester of 2020. Consequently, it exposes successful practices already carried out by the Brazilian government, through its National Council of Justice, which developed *Fazendo Justiça* and *Justiça Presente* programs, which bring Brazilian prisional conditions to the digital era,

unifying systems and procedures. In France, by the end of 80's, through studies and proposals made by Gilbert Bonnemaïson, then a member of the French Legislative Branch, which created the *numerus clausus* system of prison conditions, whose context provides the adoption of maximum rates of prison occupation, which once reached, judges, prosecutor and prison department, all together, must decide, and grant immediate freedom, under electronic monitoring, to preventive prisoners⁵². The data suggest that Brazil is a violent country, with a high incidence of crimes with a serious threat and heinous crimes which society expects a greater response from the State, regarding its punishment, and the detention of its accused. Therefore, as the data do not suggest a very large decrease in their incidence, the Brazilian penitentiary system must put aside a large number of places for these criminals. On the other hand, drug trafficking is another felony whose incidence has a lot of resonance in prison overcrowding, as well as preventive arrests. Against this situation, the work suggests a change in the criminal procedural system, guaranteeing the freed to trafficking mules pending their further hearings and trials, and, consequently, ensuring the reduction of the absence of places in Brazilian's prisons. The paper concludes, stating that the world experience brings as an alternative to the problems discussed the expansion of decriminalizing measures, which have already been widespread in our legal system. However, despite Brazilian success with those measures, the paper suggests legislative changes within the Penal Code, and criminal procedure laws, making it possible to staggering prison conditions, to less serious crimes, as well as like, to prisoners who have no criminal record, whose sentences exceed the benefits existing in criminal law, and demand their respective imprisonment.

Keywords: Prison Overcrowding. Drug Trafficking. Prison Conditions.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. Um Breve Estudo Sobre A Prisão. 2. Alternativas Ao Superencarceramento Na França E No Brasil. 2.1 Numerus Clausus. 2.2 A Experiência Paranaense. 2.3 Justiça Presente. 2.4 Fazendo Justiça. 3. Solucionando O Problema. 3.1 Da Tecnologia E Das Medidas Despenalizadoras. 3.2 Numerus Clausus. 3.3 Do Interrogatório E As Mulas Do Tráfico. 3.4 Do Programa De Execução Sequencial – PES. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

⁵² Preventive is one kind of Brazilian's detentions, used to people who is under investigation, or during their prosecution, before the verdict or the *Res Judicata*, also known as claim preclusion.

É necessário falar sobre o superencarceramento no Brasil.

Historicamente dizendo, temos que o passado de nosso país, desde sua colonização portuguesa, esteve ligado à perseguição penal, posto que muitos portugueses foram condenados a cumprir seu exílio ao oeste do Atlântico, em *Terras Brasilis*, já demonstrando a negatividade que vigia na execução penal, afastando-se os criminosos do convívio com a considerada sociedade de bem.

Neste ínterim, de lá para cá, a execução penal não sofreu grandes mudanças, sendo um dos “patinhos feios” das ciências jurídicas, que pouco se fala, pouco se discute, pouco se modifica, que pouco se enxerga, pois, sociologicamente dizendo, e remetendo-se ao nosso passado, nosso país cresceu com o estigma da necessidade do distanciamento entre sociedade e presídios, de modo que, embora seus problemas sejam integralmente desconhecidos, o aumento da população carcerária traz a sensação de segurança ao consciente coletivo, cumprindo uma das finalidades a qual a sociedade espera do direito penal.

Desde logo, a superlotação carcerária brasileira não é surpresa às ciências jurídicas, portanto, o objetivo deste trabalho versa num breve estudo sobre a prisão, e por conseguinte, frente aos últimos dados disponibilizados pelo governo brasileiro, quanto à capacidade carcerária de nosso sistema, traçar alternativas de baixo custo e alto impacto social.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal afirmou que o direito não está alheio às questões econômicas. Posto isso, é sempre muito difícil aliar a obrigatoriedade estatal de prover uma execução penal adequada aos direitos humanos e a realidade brasileira, de um país rico, cuja riqueza não é redistribuída à sua população de forma igual, além de extensas falhas quanto ao fornecimento de uma educação, saúde e infraestrutura, todos de forma gratuita e de qualidade.

Assim, o tema não é palatável à sociedade, e, promover uma política pública em benefício da população carcerária, atrelada às diversas falhas de nossas políticas públicas, jamais será digerido pelos brasileiros sem críticas e desaprovação.

Mas, não podemos esperar que esta bomba relógio continue armada e pronta para explodir diante de nossos rostos. Não há espaço para covardia, é necessário enfrentar esta ferida frente, assim como já iniciado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Outrossim, a partir de um breve estudo sobre a prisão, passando por uma análise estatística de nosso sistema penitenciário e políticas bem sucedidas realizadas na França e no Brasil, tenta-se trazer soluções a este grave problema, ideias estas, que,

embora possam parecer mais empíricas do que teóricas, fomentar a discussão acadêmica, retirando a execução penal desse estado inercial científico é necessário.

A construção de uma sociedade melhor passa pela criatividade, e, não há dúvidas que não há povo mais criativo que o brasileiro, que, há muito tempo já aprendeu a contornar os revezes da vida com criatividade, pois fazemos seu uso. O primeiro passo é sempre mais difícil, porém necessário.

1. Um Breve Estudo Sobre A Prisão

As reflexões à prisão nos levam à antiguidade, e, embora apenas Platão e Aristóteles tenham contribuído para a humanidade com obras escritas, não podemos delimitar toda a filosofia agregada a estes dois grandes pensadores. Talvez, dentro deste universo filosófico, a maior de todas as vertentes da humanidade tenha sido dita por Protágoras, filósofo pré-socrático, em sua clássica frase: "o homem é a medida de todas as coisas".

Há quem defenda que tal frase tem viés subjetivo, defendendo a inexistência de verdades absolutas. Contudo, creio que desde a antiguidade, Protágoras já tenha dito que a sociedade devesse ser construída em respeito à própria humanidade, entendendo-a como detentora de direitos, que limitassem abusividades, tudo aquilo que pudesse pô-la em riscos, ou fosse considerado degradante à própria existência.

Ou seja, uma simples frase, exarada na antiguidade, talvez tenha sido o alicerce do que hoje conhecemos como direitos humanos.

Não obstante, embora vivamos a mais de 2000 anos após a existência de Protágoras, ainda convivemos com abusos à própria existência humana. Alguns de fácil solução, mas de baixo interesse, outros de difícil elucidação, mas com diversos entraves sejam políticos, financeiros ou administrativos.

Ainda, no campo filosófico, Platão e Aristóteles deram o pontapé inicial na discussão sobre o que é a justiça, e, novamente, o tema tem tamanha relevância, que anos e anos se passaram, e cada uma das fases da evolução humana foi marcada por um pensador, cujos estudos aprofundaram-se sobre o tema, até mesmo na contemporaneidade.

Portanto, a construção do pensamento quanto ao tema justiça é zetético, inexistindo premissas absolutas, quais garantem sua constante evolução, conforme a dialética hegeliana, representada pela tese, antítese e síntese.

Traçando um paralelo entre a evolução da justiça e suas teorias, afirma Dimitri Dimoulis⁵³:

Com exceção da teoria da justiça absoluta, que praticamente não encontra partidários nas últimas décadas, as demais correntes concordam que os valores de justiça dependem de três fatores: dos fatores tempo e espaço, já que as ideias sobre o justo se modificam dependendo do período histórico e do país, e também do fator social, já que a representação do justo pode divergir segundo o grupo social.

No mesmo sentido, Michel Villey conceitua justiça como “dar a cada um o que é seu⁵⁴”, argumento o qual pode ser enquadrado dentro de uma ótica criminológica absoluta/retributiva, cujas raízes estão presentes dentro dos ensinamentos de Kant e Hegel, os quais visavam devolver danos sociais causados por criminosos de acordo com sua culpa moral, representada pelo comando *quia peccatum est*, ou seja, pune-se porque pecou.

Embora o senso comum parta das premissas de Villey, entendendo que, no que tange ao direito do Estado em punir os seus jurisdicionados, mesmo frente ao superencarceramento do sistema prisional brasileiro, a justiça está representada, posto que a realidade dos apenados advém daquilo que fizeram, é de se admitir, que, sob a égide de nosso Estado Democrático De Direito, se o Estado detém o exercício do *jus puniendi*, o mesmo deve assegurar o cumprimento de todos os seus deveres trazidos em seara constitucional.

Dentre todos estes deveres, os mais importantes estão presentes no artigo 5º, XLIX da Constituição Federal, cujo teor afirma que é assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral, direito à integridade pessoal, e, no artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, quando afirma que: 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral; 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

⁵³ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 7. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 123.

⁵⁴ VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. - São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 66.

Outrossim, quanto à prisão, importante se faz mencionar que o sistema carcerário brasileiro, em regime fechado, é preenchido por duas modalidades de prisões: prisão pena e processual, que, nos dizeres de Guilherme Madeira Dezem⁵⁵, por prisão pena entende-se a aplicada na sentença ou acórdão em cognição plena e que tem incidência após o trânsito em julgado da sentença pena condenatória, enquanto a prisão processual é a aplicada durante o processo e antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo compostas por prisões temporárias e preventivas.

Tem-se, que embora a discussão sobre o sistema prisional brasileiro tenha sido esquecida pela academia e Poderes Executivo e Legislativo, as más condições carcerárias não ficaram a margem do Poder Judiciário, quando o Estado de Mato Grosso do Sul foi levado ao Supremo Tribunal Federal pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, exigindo-se sua responsabilidade civil pela violação aos direitos fundamentais dos apenados em estabelecimentos prisionais, vejamos:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas

⁵⁵DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. – 6. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: ThomsonReuters Brasil, 2020. p. 873.

específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação. (STF, RE 580.252/MS, Pleno,

rel. Min. Teori Zavascki, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 11.09.2017).

Entendimento compartilhado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no *case* Neira Alegria y otros vs. Perú⁵⁶:

En los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos. (Case Neira Alegria y otros vs. Perú, Sentencia de 19 de enero de 1995 (fondo), p. 15).

Segundo o Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN, o qual apresenta as estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, e sintetiza as informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária, no período de janeiro a junho de 2020, todo o sistema brasileiro dispunha de 446.738 (quatrocentos e quarenta e seis mil setecentos e trinta e oito) vagas, destas 414.656 (quatrocentos e quatorze mil seiscentos e cinquenta e seis) direcionadas ao sexo masculino e 32.082 (trinta e duas mil e oitenta e duas) direcionadas ao sexo feminino.

E, surpreendentemente, o total da população prisional era de 753.966 (setecentos e cinquenta e três mil novecentos e sessenta e seis), destes 716.967 (setecentos e dezesseis mil novecentos e sessenta e sete) homens e 36.999 (trinta e seis mil novecentos e noventa e nove) mulheres, representando um déficit de 231.768 (duzentos e trinta e uma mil setecentos e sessenta e oito) vagas, ou seja, 68,77% do total de vagas, um espanto!

Entre todos os regimes existentes na legislação brasileira, excluindo-se os presos que não estavam sob tutela dos Sistemas Penitenciários, 344.773 (trezentos e quarenta e quatro milsetecentos e setenta e três) estavam em regime fechado, 101.805 (cento e um mil oitocentos e cinco) em regime semiaberto, 43.325 (quarenta e três mil trezentos e vinte e cinco) em regime aberto, 209.257 (duzentos e nove mil duzentos e cinquenta e sete) em caráter provisório, 213 (duzentos e treze) em tratamento ambulatorial, e 2.696 (dois mil seiscentos e noventa e seis) em medida de segurança.

⁵⁶ Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf. Acesso em 25 de março de 2021.

Já nos aspectos criminais, os dados⁵⁷ foram divididos por tipificação e por quantidade de incidências por tipo penal, sendo os crimes contra a administração pública, dignidade sexual, fé pública, paz pública, contra a pessoa, contra o patrimônio, drogas, legislação específicas e particular contra a administração pública, totalizando 717.322 (setecentos e dezessete mil trezentas e vinte e duas) incidências.

Entre os crimes hediondos e equiparados⁵⁸, no período sob análise, o número de incidências foi de 361.443 (trezentos e sessenta e um mil quatrocentos e quarenta e três), e, entre os violentos⁵⁹ 320.709 (trezentos e vinte mil setecentos e nove).

Desta forma, em um primeiro plano, pode-se concluir, que, de todas as vagas disponíveis no sistema prisional brasileiro, 80,9% acabam sendo utilizadas por crimes cuja legislação imputa uma maior seriedade, e conseqüentemente, um maior tempo de encarceramento, remanescendo, apenas, algo em torno de 19,1%, a ser distribuído entre toda a demanda prisional brasileira, o que também é muito pouco, frente à regular progressão da taxa de aprisionamento por ano⁶⁰.



⁵⁷ Disponível em

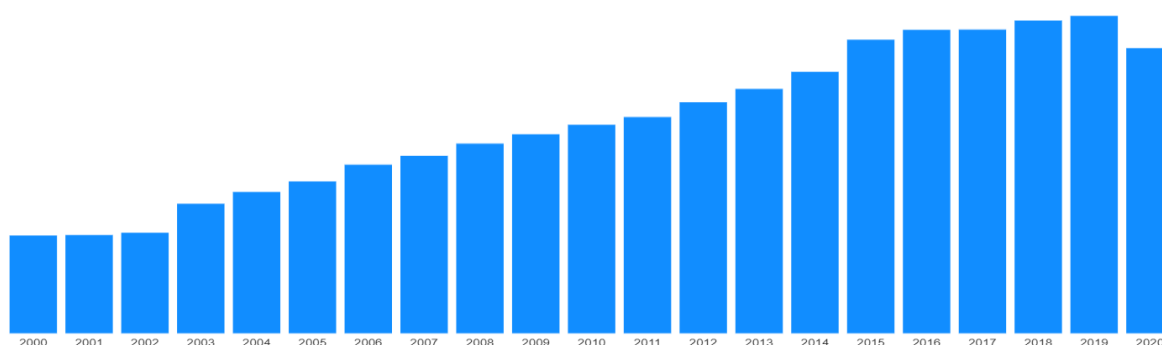
<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVIMWRiOWYtNDVkNi00N2NhLTk1MGEtM2FiYjJmMmIwMDNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> **acesso em 16 de fevereiro de 2021.**

⁵⁸ Tráfico Internacional de Drogas (1,41%), Tráfico de Drogas (54,01%), Homicídio Simples (7,33%), Latrocínio (4,09%), Homicídio Qualificado (14,66%), Estupro de Vulnerável (4,31%), Extorsão Mediante Sequestro (0,49%), Crimes de Tortura (0,13%), Associação para o Tráfico (6,64%), Estupro (3,36%), e Posse Ilegal de Arma de Fogo (3,33%).

⁵⁹ Violência Doméstica (2,17%), Sequestro e Cárcere Privado (0,64%), Roubo Simples (19,1%), Roubo Qualificado (32,98%), Quadrilha ou Bando (3,66%), Lesão Corporal (2%), Latrocínio (4,68%), Homicídio Qualificado (16,77%), Homicídio Simples (8,39%), Estupro de Vulnerável (4,93%), Extorsão Mediante Sequestro (0,56%), e Estupro (4,11%).

⁶⁰ Embora os dados referentes às conseqüências da pandemia ainda não tenham sido divulgados, houve um incentivo administrativo, por parte dos órgãos de controle judicial, e jurisprudencial ao desencarceramento.

População Privada de Liberdade por Ano



Ainda, há que se questionar os 209.257 (duzentos e nove mil duzentos e cinquenta e sete) presos provisórios existentes no país, cujo montante ocupa 46,84% de todas as vagas existentes no país.

Há que se repensar se o Poder Judiciário e o próprio Ministério Público não acabaram por banalizar o instituto, esquecendo-se das principais características das medidas cautelares pessoais, segundo a classificação de Guilherme Madeira⁶¹, – *provisoriidade* (a aplicação da medida cautelar deve ser necessária, devendo vigorar apenas enquanto perdurar a urgência que legitimou sua decretação), *revogabilidade* (a medida deve ser revogada quando verificada a falta de motivo à sua permanência), *excepcionalidade*, e *substitutividade* (a medida deve ser substituída por outra menos gravosa, quando verificada a falta de motivo para sua manutenção) principalmente frente às inovações trazidas pela Lei 13.964/2019.

Neste jaez, as alterações realizadas no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal, quais trouxeram a obrigatoriedade do órgão que decretou a prisão preventiva em revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, *de ofício*, sob pena de torna-la ilegal, representa muito do olhar do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário no tocante aos excessos de prisões preventivas no país, em claríssimo exemplo do sistema de pesos e contrapesos entre os poderes.

61 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. – 6. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: ThomsonReuters Brasil, 2020. p. 850.

Passados mais de 01 (um) ano de vigência da referida lei, a prática forense demonstra que os benefícios pensados pelo Poder Legislativo - quanto à reanálise das prisões preventivas pouco avançaram, não repercutindo em uma diminuição de prisões preventivas, mantendo-se os mesmos expedientes forenses de antes de sua sanção e promulgação.

Ou seja, o problema é gigante, e de difícil solução frente aos mais diversos desafios econômicos que vivenciamos, seja na manutenção do orçamento público, seja na eficiente divisão e distribuição dos recursos necessários aos investimentos em todas as áreas asseguradas pela Constituição Federal.

Neste diapasão, novamente citando as inovações da Lei 11.964/2019, vê-se que o Poder Judiciário também não está alheio às consequências econômicas, seja das suas decisões, seja da sua administração e orçamento.

As consequências econômicas da decisão judicial chegaram recentemente ao Supremo Tribunal de Justiça através da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, entre outros, quando, através da Ação Direita de Inconstitucionalidade 6.298, discutiu-se a eventual inconstitucionalidade do artigo 3-A do Código de Processo Penal, entre outros, qual instituiu o juiz de garantias ao cenário processual penal nacional.

Embora não fosse surpresa que o referido instituto fosse objeto de judicialização na Suprema Corte, frente às diversas críticas levantadas, desde o então Ministro da Justiça Sérgio Fernando Moro, até representantes das mais diversas camadas da sociedade, de certa forma, causou estranheza que referido argumento fosse utilizado por representantes da maior cúpula do Poder Judiciário, para deslegitimar a criação do instituto, ou retardar sua produção de efeitos, principalmente, porque, dentre todas as esferas do Governo, o referido Poder sempre teve orçamento e gastos generosos para manutenção de toda sua máquina pública, sem ter demonstrado inquietude quanto à repercussão de tais gastos nas contas públicas nacionais.

Abaixo os argumentos trazidos pelo Ministro Luiz Fux, em sede de decisão cautelar, na ADIn 62 acima mencionada:

(a2) O juízo das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos

62 ADI 6298 MC. Min. Relator Luiz Fux. Julgada em 22/01/2020. DJe 03/02/2020.

e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas.

(a3) A ausência de prévia dotação orçamentária para a instituição de gastos por parte da União e dos Estados viola diretamente o artigo 169 da Constituição e prejudica a autonomia financeira do Poder Judiciário, assegurada pelo artigo 99 da Constituição.

(a4) Deveras, o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 95/2016, determina que “[a] proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”.

Diante de todo o exposto, não sabemos se as consequências econômicas da decisão judicial é tema que veio para ficar em nosso ordenamento jurídico, contudo, o Supremo Tribunal deu a deixa de que devemos mudar nosso olhar quanto ao futuro do Poder Judiciário. Logo, se desejarmos prover mudanças em suas ramificações, especificadamente, em sua execução penal, teremos que ser criativos, fazendo muito, com pouco.

2 Alternativas Ao Superencarceramento Na França E No Brasil

2.1 Numerus Clausus

Creditam à Lavoisier a máxima nada se cria, tudo se copia, tudo se transforma. Embora postulados pareçam clichês, são sempre um bom ponto de partida a qualquer reflexão, a qualquer mudança a ser proposta, até mesmo porque, toda trajetória tem seu início, e como é bom não precisarmos ser bandeirantes, podendo trilhar um caminho pelo qual já tenhamos um mapa.

Em 1988, o então Primeiro Ministro Francês *Michel Rocard*, confiou ao Deputado *Gilbert Bonnemaïson*, por proposição de seu Ministro da Justiça *Pierre Arpaillage*, a missão de encontrar alternativas aos problemas que encontravam a Administração Penitenciária francesa.

O ponto de partida dos estudos deu-se através de entrevistas com servidores da administração penitenciária francesa, as quais verificou-se um sentimento comum de abandono, replicado por *Bonnemaïson* na seguinte sentença: “somos os esquecidos da sociedade”.

Assim, por mais que se pensasse, e se introduzisse melhorias no sistema prisional, verificou-se que tais inovações não lhes atingiam, causando insatisfações, cujas consequências também atingiam o bom funcionamento de toda marcha administrativa.

Como exemplo do descaso governamental com seus servidores, citou-se os esforços para o ensino de informática aos detentos, enquanto os agentes ainda trabalhavam com sistemas manuais, e tinham baldes espalhados pelas unidades penais, para dar conta às inúmeras goteiras existentes na estrutura predial.

Ao mesmo tempo, havia o desafio de equilibrar os necessários investimentos, com a opinião pública francesa, que não queria mais arcar com os custos de novas prisões, cujas obras estimavam custos de 4bi (quatro) bilhões de francos, além de 1,2bi (um bilhão e 200 milhões) de francos inerentes a despesas operacionais anuais.

Logo, em sua concepção, a mudança deveria ser muito mais estrutural e profunda do que sugerido pelo Ministério Francês:

Il faut donc s'atteler à une véritable modernisation du service public pénitentiaire portant à la fois sur l'équipement, les méthodes et les structures de gestion, la formation des personnels, mais aussi sur la revalorisation de la profession, le renforcement des effectifs. Cette modernisation, qui concerne plus généralement le service public de la Justice, doit être aussi l'occasion de développer d'autres formes de sanctions. Pourquoi la Justice, à l'image des autres secteurs de la société, ne pourrait-elle inventer de nouveaux modes d'action? Dans l'esprit de nos concitoyens, seule la prison a valeur de sanction. Les autres peines dites, à tort, alternatives ou de substitution, comme le jour- amende ou le travail d'intérêt general ne se voient pas reconnaître la même valeur. Or, nos concitoyens n'ont pas conscience de cette vérité première: plus il rentre d'individus en prison, plus il en sort; [...]. Les taux actuels de récidive, le coût du système carcéral doivent nous conduire à adapter le système pénal⁶³ - .64

63 BONNEMAISON, Gilbert. La Modernisation du Service Public Pénitentiaire. Paris. 1989. p 7.

64 Tradução livre do autor: Por isso, é necessário trabalhar numa real modernização do serviço penitenciário público, no que diz respeito tanto aos equipamentos, métodos e estruturas de gestão, à formação de pessoal, mas também à atualização da profissão, ao fortalecimento da força de trabalho. Essa modernização, que mais geralmente diz respeito ao serviço público da justiça, também deve ser uma

Como se vê, embora os fatos sejam datados da década de 80 (oitenta), em país desenvolvido, com muito mais recursos que o Brasil, os problemas eram semelhantes, persistindo, do lado de cá do atlântico, há mais de 33 (trinta e três) anos.

Mas, saindo do campo das ideias, o que de fato interessou a *Bonnemaison* foi a experiência norte-americana com a monitorização eletrônica, item que já estava em pleno desdoo início da década de 80 (oitenta), e que pouco era explorada em território francês.

A partir daí, desenvolveu seu método para solucionar o superencarceramento, chamado de *numerus clausus*, que consistiria "à definir une capacité théorique et, à partir de celle-ci, um taux d'occupation maximal des prisons⁶⁵", ou seja definir uma capacidade teórica, e, a partir dela, definir uma taxa de ocupação máxima das prisões.

Interessante mencionar, que a referida proposição foi trazida ao Brasil, com proposta de alteração da Lei de Execução Penal, através do Projeto de Lei 513/2013, de autoria do então Senador Renan Calheiros, trazendo os seguintes comandos:

Art. 41. Constituem direitos dos presos: XXII – obter progressão antecipada de regime quando estiver em presídio superlotado, e, *Art. 114-A.* É vedada a acomodação de presos nos estabelecimentos penais em número superior à sua capacidade. §1º. Sempre que atingido o limite será realizado mutirão carcerário pela Corregedoria respectiva; §2º. Havendo preso além da capacidade do estabelecimento, o Juízo de Execução deverá antecipar a concessão de benefícios aos presos cujo requisito temporal esteja mais próximo⁶⁶.

Logo, em análise as mandos acima citados, infere-se, que, pela ótica brasileira, *numerus clausus* seria a impossibilidade de admissão de detentos em número

oportunidade para desenvolver outras formas de sanções. Por que a Justiça, aos olhos de outros setores da sociedade não poderia inventar novas formas de ação? Na mente de nossos concidadãos, somente a prisão é uma punição. Outras penas, quais sejam, alternativas ou substitutivas, como multa ou serviço comunitário, não recebem o mesmo valor. No entanto, nossa sociedade não sabe dessa primeira verdade: quanto mais pessoas voltam para a prisão, mais saem dela; [...]. Taxas atuais de reincidência, o custo do sistema prisional deve nos levar a adaptar o sistema de justiça criminal.

⁶⁵ Ibidem 13. p. 25.

⁶⁶ Disponível em <http://www.legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3751577&ts=1606770047293&disposition=inline>. Acesso em 04 de abril de 2021.

superior à capacidade de custódia estatal, de modo que, sua entrada dependeria, obrigatoriamente, da saída de outro detento ou a existência de vagas para tanto.

Na realidade, como diz o próprio autor, trata-se de uma escolha, uma troca, dentre os presos provisórios, colocando-os em liberdade sob monitorização eletrônica, e, então abrindo-se vagas para novos detentos em regime fechado. A saber:

Il ne s'agit en aucun cas, comme certains le croient, de faire attendre à des délinquants ou des criminels qu'une place de prison soit libre pour les incarcérer. Il s'agit de choisir, parmi les personnes incarcérées en détention provisoire, celles qui libèront une place en prison pour un nouvel arrivant, et qui subiront alors une mesure de surveillance électronique à l'extérieur^{67.68}

A partir desta capacidade teórica, a administração penitenciária definiria normas e parâmetros de sua aplicação, de acordo com a respectiva metragem celular: 11m² para uma pessoa, de 11 a 14m² para duas pessoas, e 14 a 19m² para 3 pessoas, e assim sucessivamente. Ou seja, sempre que a capacidade excedesse tais parâmetros, já haveria indicativos para sua utilização.

Interessante se faz realizar um paralelo com a realidade brasileira, representada pela Lei de Execuções Penais, cujo artigo 88, parágrafo único, alínea b, traz como área mínima celular 6m² (seis metros quadrados), 5m² (cinco metros quadrados) a menos do que a França, na década de 80, trazia como parâmetro de salubridade prisional.

Da mesma forma, tais parâmetros seriam aplicadas a todas as modalidades de prisão francesa, a saber *Maison d'arret*⁶⁹, *Maison Centrale*⁷⁰ e *Centre de Détention*⁷¹, no seguinte percentual 150% (cento e cinquenta por cento), 100% (cem por cento), e 100% (cem por cento), respectivamente, sob justificativa da manutenção de uma taxa

67 BONNEMAISON, Gilbert. *La Modernisation du Service Public Pénitentiaire*. Paris. 1989. p 25.

68 Não é o caso, como alguns acreditam, de esperar que hajam vagas disponíveis para prender delinquentes ou criminosos. É uma questão de escolher, entre os presos em prisão preventiva, aqueles que liberarão seu lugar na prisão a um recém-chegado, sendo posto em monitorização eletrônica fora do sistema carcerário.

69 Penitenciária exclusiva aos presos preventivos.

70 Penitenciária destinada a presos com baixa possibilidade de reinserção social.

71 Penitenciária dedicada a presos com penas superiores a 2 (dois) anos, e com alta possibilidade de reintegração social.

acima da ocupação máxima às *Maisons D'Arret*, ao menos nos primeiros anos de vigência das proposições, frente à complexidade do instituto da prisão provisória.

Assim, se definiria um limiar [por exemplo, 5% (cinco por cento) abaixo da taxa máxima de ocupação] a partir do qual será possível prosseguir com as solturas, e evitaria incidentes na aplicação do dispositivo.

Logo, a soltura dos presos provisórios dependeria do cumprimento dos critérios acimamencionados, das seguintes condições: a gravidade da infração – não se aplicando, em nenhum caso, a criminosos perigosos; os antecedentes criminais, e o tempo de prisão preventiva já cumprida.

Já aos condenados definitivamente, a aplicação das penas deverá se ater às taxas de ocupação das prisões, com a eventual criação de dispositivos de semi-liberdade para dar vazão ao término das penas, ou às baixas penas fixadas.

Já nos aspectos processuais e práticos, a implementação do *numerus clausus* dependeria de uma sinergia entre diretores de presídios, agentes penitenciários, magistrados e membros do Ministério Público, que seriam regularmente informados da situação das prisões, e teriam autonomia para definir quais detentos provisórios seriam encaminhados à monitorização eletrônica.

Embora as ideias de Bonnemaison sejam de difícil aplicabilidade estatal, o fato é que elas ainda reverberam entre os estudiosos, demonstrando um estudo metódico, multidisciplinar, e que não trata o problema de maneira miraculosa, entendendo que as consequências do superencarceramento vão além da execução penal, mas de todos os atores que dela circundam.

2.2 A Experiência Paranaense

No Brasil, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná faz a aplicação do princípio da ocupação prisional taxativa (*numerus clausus*) na região metropolitana de Curitiba, definindo-o como “a sistematização de procedimento destinado a controlar a utilização das vagas disponíveis em estabelecimentos penitenciários determinada por Varas Criminais e de Execução Penal, através da Resolução GMF72-PR n. 01/17, de 10 de maio de 2017”⁷².

72 Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e de Medidas Socioeducativas do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

73 Disponível em https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Resolucao_GMF_PR_01_2017.pdf. Acesso em 01 de março de 2021.

Segundo a referida resolução, todas as vagas prisionais disponíveis, nos estabelecimentos penitenciários indicados, deverão ser individualizadas, e estarão afetadas, com recursos finitos, às respectivas Varas Criminais e de Execução Penal da região metropolitana de Curitiba, de modo que, a individualização das vagas disponíveis em cada estabelecimento penitenciário será realizada mediante a combinação de letras e números, a que se seguirão o nome do preso que a ocupa e a respectiva data, desde quando nela se encontra, de modo que em cada estabelecimento penitenciário haverá quantitativos de vagas destinadas à acomodação de presos em cumprimento de pena e presos provisórios.

Assim, toda vara aderente à proposta deverá administrar a utilização dos espaços que lhe forem ofertados, nas prisões correspondentes, sendo vedada a utilização de outras vagas além daquelas já disponibilizadas, e, sendo proibido, também, a apreciação e decisão de prisões sem a prévia informação concernente à disponibilidade de vaga que permita o cumprimento da referida coerção.

Todavia, em casos de extrema necessidade, e diante da inexistência de vagas, o GMF comunicará ao respectivo juízo, e poderá, excepcionalmente, requerer uma vaga adicional, compreendida como todo excedente de espaço ocupado em estabelecimentos penitenciários que não supere em 10% (dez por cento) do limite de sua capacidade prisional, limitada sua utilização ao prazo de 30 (trinta) dias, com a superveniente necessidade de rearranjo do sistema, através da análise, por todos os atores (AGEPEN, MP, DP, TJ, e OAB) de quais prisões mais antigas poderiam ser revogadas para a garantia da vaga necessária.

Interessante ressaltar que o referido projeto foi objeto de representação por inconstitucionalidade pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais do Ministério Público do Estado do Paraná, sob justificativa da rigidez quanto a decretação de novas prisões, frente a eventual inexistência de vagas.

Em justificativa para arquivamento do referido pleito⁷⁴, defendeu-se por sua constitucionalidade, principalmente, porque, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário RE 641.32075, em caráter de repercussão geral, determinou que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ apresentasse projetos que permitissem

74 Disponível em https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Parecer_Nucleo_do_Constitucionalidade_-_Arquivamento.pdf. Acesso em 04 de março de 2021.

75 RE 641320 / RS. Relator Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 11/05/2016. Publicação: 01/08/2016.

identificar, com maior celeridade, os presos mais próximos da progressão, extinção da pena, ou outros benefícios que pudessem levar à liberdade. Em síntese:

[...]. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

[...]. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal.

Neste diapasão, justificou-se que, em eventual discussão, quanto a colisão entre princípios e direitos assegurados, quais sejam, segurança pública *versus* direitos do preso, as mesmas devem se dar no caso em concreto, utilizando o critério hermenêutico da ponderação, isto é, "sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada⁷⁶".

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 360.

2.3 Justiça Presente⁷⁷:

Em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desenvolveu, em janeiro de 2015, o programa Justiça Presente, criado para superar o estado de coisas inconstitucional⁷⁸ que caracterizava a privação de liberdade no Brasil, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF347/DF, desenhado como um plano nacional para ações para todo o ciclo penal e socioeducativo no campo do apoio técnico, doação de insumos e articulação institucional.

Para tal fim foi criada uma rede institucional, com diversos agentes, dentre eles o Ministério da Justiça e Segurança Pública, na figura do Departamento Penitenciário Nacional, com maior papel de destaque, além do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, Colégio Nacional dos Defensores Públicos Geral – CONDEGE, e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dividindo os trabalhos em 10 eixos, dentre os quais se destacam:



Restabelecimento do Diálogo entre Judiciário e Polícias

1. Uniformização
2. da Execução Penal

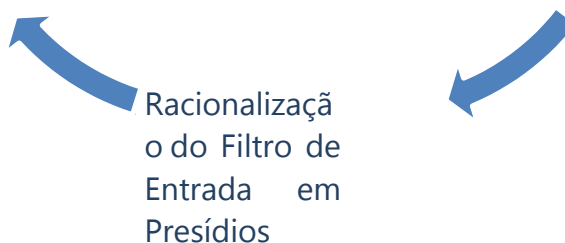


⁷⁷ Dados disponíveis em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Sum%C3%A1rio_executivo_final_1109.pdf . Acesso em 13 de março de 2021.

⁷⁸ ADPF 347 MC/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 09/09/2015. DJe 19/02/2016. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

4. Políticas de Cidadania a Presos e Egressos

3. Estruturação da Identificação Biométrica



Dentre as conquistas com o referido trabalho, principalmente no que pertine ao objetodeste trabalho – superencarceramento – a uniformização dos processos de execução penal, emescala nacional, através do Sistema de Eletrônico de Execução Unificado – SEEU, quantificou precisamente a execução penal no Brasil, pois, até então, não se sabia, com rigor, a exatidão depresos em cumprimento de pena em todos os Tribunais brasileiros.

Ainda, com a informatização do direito, e a autonomia dos tribunais em desenvolverem/contratarem seus próprios sistemas de processo eletrônico acabava por impedirsinergias, atrasando os trâmites e vencimentos de prazos para concessão de benefícios, que, obviamente, acabava por estender o período de reclusão desnecessariamente.

Como impacto, o referido programa traz como recorte os benefícios obtidos no Estadodo Paraná, ante a alegada limitação de tempo e de recursos, qual impossibilitou-se uma narrativa em âmbito nacional, afirmando a obtenção de uma *redução de até 98% (noventa e oito por cento) no tempo de concessão de benefícios*, o que, antes da unificação do sistema, o prazo médio para decisão sobre benefícios era de 60 (sessenta) dias, podendo chegar até 2 (dois)anos, e, com o SEEU tal conjuntura é analisada no mesmo dia, além de uma *redução de até 71% (setenta e um por cento) na quantidade de movimentações processuais* – redução de 7 (sete) para 2 (duas) movimentações por processo, e, *até 73% (setenta e três por cento) de redução do volume de trabalho nas varas*.

Além disso, no eixo 3 (três) – racionalização do filtro de entrada no sistema prisionaloperacionalizada – o programa afirma que em 2015, 40% (quarenta por cento) do total de presosno Brasil aguardavam julgamento, razão pela qual o Conselho Nacional de Justiça foi motivadoa implantar as audiências de custódia nas capitais brasileiras.

Mais adiante, o referido programa afirma que, mesmo diante de evidências quanto a uma estabilização do crescimento das prisões provisórias nos anos seguintes à sua implantação,as audiências ainda eram realizadas de forma heterogênea pelos

Tribunais, com pouca interiorização, subnotificação e atenção insuficiente ao tema tortura e maus-tratos e vulnerabilidades socioeconômicas e raciais, além da pouca ressonância da justiça restaurativa⁷⁹ entre os Tribunais, e, as diferenças entre a aplicação das políticas locais de alternativas penais e monitorização eletrônica frente as diretrizes nacionais do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN.

Após a intervenção do programa menciona-se uma redução de 4,63% (quatro inteiros e sessenta e três centésimos por cento) no número de presos provisórios no Brasil em 2019, redução qual afirma-se ser a maior em 17 (dezessete) anos, segundo a série histórica do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça e Segurança Pública – INFOPEN/MSJP.

Se tal informação já não fosse feliz o suficiente, como conquistas das audiências de custódia, narra-se que entre janeiro de 2019 e janeiro de 2020 houve uma queda de mais de 7% (sete por cento) na conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva, aumento de 17% (dezessete por cento) na quantidade de encaminhamentos para proteção social, aumento de 91% (noventa e um por cento) no número de capitais com atendimento à pessoa custodiada, aumento de 81% (oitenta e um por cento) no registro de casos com indícios de tortura e maus-tratos, espera para tornozeleiras reduzida no Estado da Bahia de até 7 (sete) dias para 1 (um) dia, aumento de mais de 80% (oitenta por cento) de audiências registradas no Sistema de Audiência de Custódia – SISTAC (privilegiando o maior controle e exatidão das estatísticas prisionais pelos órgão de controle).

Assim o estudo projeta⁸⁰ que com as alternativas penais, as quais incluem-se a monitorização eletrônica e justiça restaurativa, as prisões foram reduzidas, através do fortalecimento de políticas a nível estadual.

⁷⁹ A Justiça Restaurativa é um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato são solucionados de modo estruturado. A Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário está delineada na Resolução CNJ nº 225/2016 e tem por objetivo a consolidação da identidade e da qualidade da Justiça Restaurativa definidas na normativa, a fim de que não seja desvirtuada ou banalizada. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/justica-restaurativa/>. **Acesso em 13 de março de 2021.**

⁸⁰ A narrativa é projetada, segundo o estudo, pois a estruturação deficiente dessas políticas no país, incluindo o desconhecimento sobre quantas pessoas estão em alternativas penais ou que receberam monitorização eletrônica, impede o estabelecimento de uma linha de base que permita projetar reduções no encarceramento.

2.4 Fazendo Justiça⁸¹,

Finalizado o programa Justiça Presente, e, com a posse do Ministro Luiz Fux como Presidente do Supremo Tribunal Federal em setembro de 2020, foi iniciada uma nova fase entre o CNJ, o PNUD e o Ministério da Justiça e Segurança Pública, com a criação do programa Fazendo Justiça, cuja justificativa versa no descompasso dos dados mundiais – que demonstram uma redução da população carcerária – com os aspectos brasileiros, gerando consequências na segurança pública, agravando a violência estrutural, “enquanto torna-se cada vez mais difícil justificar os altos gastos para a manutenção dos sistemas de responsabilização de adultos e de adolescentes de forma a atender o anseio público por uma sociedade mais pacífica⁸²”.

O programa é dividido em 4 (quatro) linhas de atuação, proporcionalidade penal, cidadania sistemas e identificação civil e socioeducativo, dentre os quais, se destaca, dentre a proposta do trabalho, a proporcionalidade penal, qual é voltada nos seguintes campos de atuação:



No biênio, cuja execução do programa esta prevista, a principal etapa do programa versará na entrega de parâmetros e procedimentos para adequação entre a lotação e a capacidade do sistema prisional, com a previsão de instalação de central de vagas no sistema prisional, qualificação e parametrização dos sistemas de alternativas penais e de monitoração eletrônica conforme diretrizes nacionais e internacionais para gestão das vagas prisionais, e, processos formativos e ações de disseminação e comunicação, cujas realizações estão previstas para serem realizadas em 2 (duas) etapas, nacional e estadual:

NACIONAL	ESTADUAL
----------	----------

⁸¹ Dados disponíveis em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/sobre-o-programa/> . Acesso em 16 de março de 2021.

⁸² Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/justificativa/> . Acesso em 16 de março de 2021.

Elaboração de parâmetros nacionais do CNJ sobre Central de Vagas no Sistema Penal	Levantamento de informações sobre a unidade da federação e articulação dos atores para implantação de projeto-piloto de Central de Vagas no sistema penal
Incorporação de funcionalidades de gestão de vagas nos sistemas eletrônicos	Mapeamento dos processos judiciais da execução penal, no número e qualidade de vagas em unidades prisionais e de serviços de alternativas penais, monitoração eletrônica e para egressos
Formação nacional para magistrados	Execução de projeto-piloto de Central de
serventários sobre gestão de vagas	Vagas em três unidades da federação
Difusão do Modelo de Gestão para Monitoração Eletrônica de Pessoas	Aprovação do ato normativo estadual de regulamentação da Central de Vagas no sistema penal
Elaboração de parâmetros internacionais e nacionais para monitoração eletrônica de pessoas	Articulação com o Poder Executivo para qualificação dos serviços de monitoração eletrônica
Qualificação dos serviços de monitoração eletrônica	Pactuação de atos normativos, fluxos e termos de cooperação para a política de monitoração eletrônica considerando o Sistema de Justiça e o Poder Executivo

Por fim, vê-se que ambos programas brasileiros não divergem muito um do outro, tratando-se de continuação das políticas instituídas pela sucessão da presidência do Conselho Nacional de Justiça do Ministro Dias Toffoli para o Ministro Luiz Fux, mas, de toda forma, pelos dados que ambos trazem, pode-se notar que o Poder Judiciário não está alheio ao problema e busca alternativas para solucionar os problemas declarados na ADPF 347 - Estado De Coisas Inconstitucional – cabendo a nós acompanhar a evolução dos significativos resultados já apresentados pelos trabalhos acima mencionados.

3. Solucionando O Problema

3.1 Da Tecnologia E Das Medidas Despenalizadoras

Quando se analisa o panorama mundial do enfrentamento ao superencarceramento tem-se que o mesmo passa pela análise das prisões preventivas, quais, pelo o que se denota da análise ao trabalho do Conselho Nacional de Justiça, ainda não foi objeto de profundo enfrentamento.

No mesmo sentido, o Brasil está no mesmo plano que Rússia, China e Estados Unidos quanto aos países com as maiores populações carcerárias do mundo, e que dispõem de desafios a serem enfrentados a nível de falta de vagas para garantia dos direitos do homem e do cidadão. Ainda, embora não mencionado no capítulo anterior, frente aos resultados obtidos, a experiência norte americana não foi exitosa. Além de ter sua execução penal vinculada ao Poder Executivo, entregou seus presídios à iniciativa privada, acreditando que obteriam bons resultados a nível de gestão.

A soma destes dois fatores levaram sua experiência ao fracasso, fazendo com que, para surpresa de todos – frente ao histórico liberal de sua política de governo local, as concessões das unidades prisionais fossem retomadas pelo Estado⁸³, após os episódios de rebeliões e greves de fome, decorrentes da, então, impossibilidade jurídica de apreciação de ilegalidades/violações de direito pelo Poder Judiciário.

Tais problemas acabaram por dar visibilidade à execução penal americana, atingindo o Poder Judiciário, que estava alheio a tais problemas, trazendo-o a frente do embate, assim como no Brasil, vindo a promover um incentivo à redução das prisões preventivas e à liberação de presos condenados a pequenas penas⁸⁴, até o respectivo controle da situação, que ainda caminha a uma longa conclusão.

⁸³ Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-37195944> . Acesso em 23 de março de 2021.

⁸⁴ Disponível em <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/20/recordista-carcerario-eua-tentam-libertar-presos-para-evitar-surtos.htm> . Acesso em 23 de março de 2021.

Do mesmo modo, quando se fala em políticas prisionais exitosas, na contemporaneidade, citam-se exemplos no aumento da monitorização eletrônica e implementação de modelos de medidas despenalizadoras.

Nesta direção, e, em cenário local, o Brasil tem por hábito importar muitas teorias ao cenário nacional, muitas as quais nem sempre tendem a ter a melhor aplicabilidade, ocasionando diversos erros jurídicos. Pouco do que é produzido em sede legislativa e doutrinária aqui é pensado e desenvolvido com olhar às nossas nuances.

Mas, de toda forma, percebe-se um alinhamento entre as políticas institucionais entre os países analisados, quando a responsabilidade pelos problemas enfrentados foram assumidas em primeiro pelo Poder Judiciário, justamente por ser detentor da persecução penal.

Ainda, no que pertine às medidas despenalizadoras, o Brasil é referência em tal conjuntura, e, segundo o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Ruy Celso Barbosa Florence, em palestra ministrada no 1º Seminário da Defensoria Pública na cidade de Ponta Porã, em 30 de março de 2017, tal referência também se dá em âmbito estadual, posto que o primeiro projeto do então juizado especial de pequenas causas, como era conhecido, teria se dado por iniciativa deste Tribunal, em 1990, cinco anos antes da Lei 9.099/9585, através da Lei Estadual 1.071, de 11 de julho de 1990.

Por conseguinte, ainda falando-se em medidas despenalizadoras, a própria lei 9.099/95 trouxe ao cenário nacional a figura da audiência preliminar e sua transação penal, implementando o modelo negócio jurídico processual ao direito penal brasileiro, bem como a suspensão condicional do processo, além de sua aplicação jurisprudencial aos processos cujos procedimentos são regidos pelo Código de Processo Penal, políticas estas, as quais trouxeram bons resultados ao superencarceramento.

Por fim, mais recentemente, plantamos as sementes do Acordo de Não Persecução Penal, trazido ao cenário, também, pela Lei 13.964/19, e, embora ainda não possamos colher muitos frutos de sua experiência, trata-se de inovação extremamente bem vinda, que também traz resultados exitosos contra o aumento da população carcerária.

3.2 Numerus Clausus

85 Maiores informações em www5.tjms.jus.br/juizados/doutrina/DTR_20050607181401.pdf acesso em 23 de março de 2021.

Agora, em segundo plano, quando o CNJ resolveu enfrentar o Estado de Coisas Inconstitucional, vejo que sua atuação e seu planejamento de ataque não divergiu da opinião formulada por *Bonnemaison*, na década de 80, quando se atentou à falta de recursos públicos e financeiros, desejando promover o máximo com menos, e, conforme os dados demonstram, as etapas realizadas dos programas Fazendo Justiça e Justiça Presente já conseguiram excelentes resultados, principalmente, com o foco em tecnologia, estatística e monitoramento eletrônico.

Porém, os dados trazidos pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN são claros quando se observa que, de todos os êxitos no plano de ação, poucas foram as reversões às consequências do aumento da população carcerária e a falta de vagas e estrutura.

Neste prisma, acredito que o *numerus clausus* deve fazer parte da realidade nacional, de uma maneira diferente aos moldes primitivamente difundidos – “engessando” a persecução e execução penal – mas sim por demonstrar/rememorar aos participantes do sistema acusatório as consequências de suas decisões, que, por detrás do extenso volume processual existem identidades – muitas vezes esquecidas, e, mais além, que há escassez de vagas em nosso sistema, e um limite a ser seguido.

O contato constante dos atores processuais (juiz, promotor, defesa e gestão penitenciária) com os limites do sistema penitenciário, obrigando uma reanálise constante e em tempo real, das prisões mais antigas, e, da evolução da ressocialização dos apenados, visando a concessão de benefícios ou a liberdade aos merecedores, a cada necessidade de nova prisão cujo sistema já não suporta, tornam a experiência paranaense interessantíssima, ensejando seu maior acompanhamento, mesmo frente a insuficiência de maiores dados publicados nos sítios eletrônicos do respectivo Tribunal e do Conselho Nacional de Justiça.

Da mesma forma, não pode se haver um excessivo rigor quanto à sua implantação, pois, os dados do DEPEN também mostram que nosso país é violento, já que grande parte das vagas disponíveis são ocupadas por crimes com violência, grave ameaça ou hediondos, não havendo que se permitir a perpetuação do sentimento de insegurança social.

Por isso, considerando que o próprio legislador já estipulou uma maior gravidade a estas condutas praticadas, a execução penal deve tê-las com maior rigor e importância, garantindo-se maior disponibilidade/liberdade no decreto de prisões desta natureza.

Para tanto, o investimento em tecnologia - já iniciado pelo CNJ - permite uma maior análise de dados estatísticos, chegando-se a um bom denominador comum,

através da média aritmética da incidência destes crimes no intervalo médio de 5 (cinco) anos, por exemplo. Quanto maior a média aritmética, mais vagas seriam disponibilizadas para sua imediata utilização, mesmo que isso repercuta em superlotação.

Ou seja, as estatísticas permitiriam, que, o sistema carcerário tivesse uma dimensão objetiva de sua ocupação, seja em caráter provisório ou definitivo, e, também, que se estipulassem taxas de ocupação máxima por incidência de crimes, a serem reavaliadas intervalo de 5 (cinco) anos.

Logo, toda vez que se chegasse ao seu limite, que o sistema promovesse a reanálise de todas as prisões pertencentes aquela categoria, reanalisando, obrigatoriamente, se as mais antigas já não cumpriram os requisitos objetos para liberdade provisória, progressão de regime, ou, concessão de benefícios como a liberdade condicional, reajustando o sistema à sua capacidade de armazenamento.

Por fim, reitera-se que tais análises devem se dar, principalmente, aos crimes sem violência ou grave ameaça, pois, o bom direito é aquele cujos resultados sejam equânimes.

Nestes termos, não há que se permitir, frente à incidência de crimes de alta relevância e lesividade social, que o Estado seja integralmente impedido de impor o cumprimento da lei e o restabelecimento da ordem, frente a inexistência de vagas, pois, como visto acima, até mesmo *Bonnemaison* trouxe a possibilidade de lotação acima de 50% (cinquenta por cento) da capacidade máxima às *Maison d'arret*.

3.3 Do Interrogatório E As Mulas Do Tráfico

A prática penal, por muitas vezes, traz o sentimento do enxugamento de gelo, seja pela essonância criminal, pois, raramente se percebe uma diminuição de crimes praticados – trazendo aquela sensação de dever não cumprido, seja pela reincidência penal, que assola diariamente todas as Varas Criminais nacionais, sem exceção.

Talvez a advocacia privada não tenha tal percepção, mas qualquer servidor público que atua na área criminal – seja no julgamento, na acusação, na defesa, ou no expediente cartorário – chega facilmente a esta conclusão.

Neste diapasão, após dados estatísticos trazerem grande recorrência de pessoas presas preventivamente, sem julgamento, em prazo muito superior aos definidos pelo tipo penal, a Lei 13.964/2019 tentou aproximar juiz, acusação e defesa às prisões preventivas, com a inclusão do parágrafo único ao artigo 316 do Código de Processo Penal, quando preconiza que decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da

decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Entretanto, na prática, tal dispositivo reflete poucos resultados no enfrentamento ao encarceramento prisional, primeiro, porque, por mais eficiente que o Tribunal e seus juízes sejam, as metas de julgamento impostas pelo CNJ, frente à estrutura concedida aos julgadores, diminuem a capacidade de proceder a uma análise processual criteriosa, almejada para fins de liberdade provisória ou eventual relaxamento de prisão.

Ressalta-se, antes de mais nada, e, que se gere críticas em sentido diverso, tais argumentos estão presentes dentro de um plano de massa, ou seja, crimes com maiores incidências, excluindo-se eventuais crimes de colarinho branco, organizações criminosas, financeiros e econômicos, que embora de maior lesividade social, ainda não correspondem à maior parte do expediente forense.

Segundo, porque, o perfil criminológico também não ajuda, conforme já afirmado, a reincidência impera nas varas criminais. Logo, a acusação e o julgador tendem a ter maior rigorem se garantir liberdade no curso da tramitação do processo, àquele cujo histórico para prática de crimes é mais presente, justamente, porque não se tem garantias de que não cometerá mais crimes até o julgamento.

Pode até se afirmar que tal assertiva viola o princípio da presunção de inocência, ou legalidade, argumento este, que, a depender dos motivos utilizados para sua defesa, não deixa de estar certo. Contudo, analisando-se os fatos sob aspectos práticos, não é tão fácil promover mudanças de paradigma àqueles cuja atuação tem imposição de resultados pela sociedade e seus órgãos de controle, além de nem sempre encontrar solução aos problemas enfrentados no exercício de suas funções nos manuais, e, mesmo assim, a lei lhes impõe o dever de propor soluções.

Neste recorte, nem sempre as leis, ou a própria doutrina são feitas ou pensadas àqueles que as executam diariamente, de forma que, quando ocorre a compatibilização de ambos institutos à prática, seu resultado acaba por formular procedimentos nos mais diversos expedientes forenses, cuja reiteração acaba por torná-los regra na operação do direito.

Por conseguinte, dentre os tipos penais mais recorrentes nos dados do DEPEN, aqueles que mais reverberam aos argumentos neste momento defendidos, e, merecem análise especial quanto ao cumprimento dos comandos do parágrafo único ao artigo 316 do Código de Processo Penal, são aqueles decorrentes da Lei 11.343/2006, chamada de Lei de Drogas.

Condenações pelos crimes previstos na Lei de Drogas têm ampla ressonância no encarceramento brasileiro, contudo, tal abrangência não decorre dos grandes traficantes, ou das grandes organizações criminosas para o tráfico de drogas, principalmente, ante à maior dificuldade na identificação de seus atores, e à sua maior capilaridade, garantindo o aliciamento das mulas do tráfico com extrema facilidade e sem identidade, pois seus aliciadores são sempre pessoas invisíveis, sem nome, sobrenome, ou endereço. Desaparecendo do radar de forma muito articulada, raramente deixando rastros ou vestígios.

Neste plano, as mulas do tráfico são os grandes atores do cenário criminal nacional, representando majoritariamente a maioria das ações criminais envolvendo tráficos de drogas no país. Todavia, nem toda mula é traficante, embora nem sempre o judiciário veja dessa forma, e, nem toda mula, uma vez presa em flagrante, volta a delinquir.

Contudo, como regra, vê-se que as mulas atuam em locais distintos de onde residem, acabam por se deslocar a regiões fronteiriças, onde há grande atuação das organizações criminosas para o tráfico de drogas, e, justamente, acabam sendo presas longe de onde residem.

Esta conjuntura fática traz implicações aos Réus, pois, salvo raras exceções, tendem a ter suas prisões em flagrante convertidas em preventiva, e, mesmo que sejam primários, com bons antecedentes, e sem indícios de participação em organizações criminosas, tem seus pedidos de liberdade provisória negados, decisão esta que, quer queira, quer não, sobrecarrega ainda mais o sistema penitenciário.

De forma empírica, tem-se que um dos fundamentos à manutenção das referidas prisões preventivas, decorre da incerteza quanto ao comparecimento dos Réus em suas obrigações processuais, dentre elas, principalmente, seus interrogatórios, pois, embora prevaleça na doutrina e jurisprudência a natureza defensiva do ato, assim como preconiza Gustavo Badaró⁸⁶, há entendimento diverso, trazendo-o como meio de prova, nos termos consignados pelo artigo 185 do Código de Processo Penal, qual esta inserido dentro do título VII, da prova.

⁸⁶ Diante do direito ao silêncio do acusado, assegurado constitucionalmente (CF, art. 5º, LXIII), o interrogatório deve ser visto como ato de defesa, e não como um meio de prova, tal qual previsto no CPP. Se o acusado pode se calar, não respondendo a nenhuma pergunta, o interrogatório não pode ser visto como um meio de prova, posto que não se destina a fornecer elementos de convicção para o juiz". BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal** / Gustavo Henrique Badaró. – 4. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 446.

Ainda, em continuidade à referida impressão, uma das características do interrogatório é a sua obrigatoriedade, sendo sua realização um dever jurisdicional, mesmo diante de eventual silêncio do Réu, após devida qualificação.

Logo, no ímpeto de não atrasar a marcha processual, com eventual desaparecimento/descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, é comum a manutenção de prisões preventivas dos Réus acusados por tráfico de droga - mesmo que se anteveja o preenchimento dos requisitos processuais da liberdade provisória - até o seu efetivo interrogatório, oportunidade qual, cumpridas as obrigações processuais do juízo, acabam por rever tais prisões preventivas, com a eventual concessão de liberdade provisória ou domiciliar aos Acusados.

Neste prisma, toda vez que o juiz vislumbrar o preenchimento dos requisitos do artigo 321 do Código de Processo Penal, nos casos dos crimes da Lei de Drogas, que lhe seja previsto, se assim desejar, *via alteração legislativa*, a realização antecipada do interrogatório do Réu, como espécie de produção antecipada de provas, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, e, uma vez exaurido, cumpridas tais obrigações processuais, permitir-se-ia ao Réu o direito de responder ao processo em liberdade.

Embora pareça loucura, a princípio, principalmente a luz da defesa, conforme já exposto acima, em que o interrogatório tem natureza defensiva, inclusive, por seu procedimento prever sua realização somente após a oitiva das testemunhas da acusação e defesa, nos termos do artigo 400/87 do mesmo diploma legal, o artigo 57 da Lei 11.343/0688 trouxe ao cenário, portratar de procedimento especial, a inversão da ordem trazida pelo procedimento comum do processo penal, interrogando-se primeiro o Réu, e depois a tomada dos depoimento das testemunhas de acusação e defesa.

Ainda, não há como dissociar deste plano ideal, o atual entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, extraído do julgamento do HC 127.900/AM de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe 3/8/2016, cujo teor definiu que o sistema trazido pelo artigo 400 do Código de Processo Penal deve imperar a todo sistema processual penal, independentemente da eventual especialidade do procedimento, e,

87 Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

88 Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

com efeitos assegurados a partir do julgamento do referido remédio constitucional, como garantia da segurança jurídica nacional.

Contudo, hoje tal posicionamento, qual repito, hipotético e perfunctório, tem maiores chances de discussão e aplicabilidade, frente às inovações trazidas pela Lei 13.964/19, principalmente no que tange à figura do juiz de garantias, uma vez que, embora seus efeitos estejam suspensos, conforme já discutido acima, o artigo 3º-B, inciso VII do Código de Processo Penal⁸⁹ colocou sob os ombros do juiz de garantias a responsabilidade pela produção antecipada de provas.

Outrossim, a prova seria produzida pelo juízo da investigação, ficando com sua salvaguarda, até a audiência de instrução e julgamento, conforme já previsto pelo artigo 3º-C, §3º do mesmo dispositivo legal⁹⁰.

Não há dúvidas, que tal ideia seria muito criticada a luz do direito de defesa do Réu, mas, de outro plano, a grande massa dos crimes da lei de drogas é mula, na maioria das vezes presa em flagrante, em crime inafiançável, cujo procedimento investigatório prevê a realização de laudo preliminar/constatação⁹¹ do conteúdo apreendido, logo após sua prisão, e, seu eventual resultado positivo já tende a trazer grandes indícios de materialidade e à autoria do Investigado.

Ou seja, metaforicamente, se os atos procedimentais da Lei 11.343/06 fossem um jogo de cartas, neste, o *croupier*, além de movimentar o jogo, se anteciparia às suas jogadas, reduzindo seus êxitos, a cada nova rodada.

89 Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral.

90 Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da

91 Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas. § 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

Portanto, considerando que grande parte das mulas do crime são Réus confessas, sem participação em organização criminosa, primárias e de bons antecedentes, acabam por preencher os requisitos do artigo 33, §4º da Lei 11.343/06 – tráfico privilegiado – cuja dosimetria da pena acaba por permitir o cumprimento da pena em regime aberto.

Se considerarmos que na melhor das hipóteses, o Réu ficará preso preventivamente num intervalo de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, a depender da rapidez do fluxo de trabalho da vara criminal, a crime cuja pena não o levará ao regime fechado, mas, que levou esse Réu a ocupar uma vaga no sistema prisional, qual, perfeitamente poderia ser destinada a outro detento, seja em sede de execução definitiva, ou provisória, a quem, de fato, sua liberdade traria maior lesividade social.

Por fim, tal ideia é pensada, levando-se em consideração: 1- o direito do Réu em responder ao seu processo em liberdade, direito este, muitas vezes tolhido, inclusive em seara recursal; 2- a diminuição da violação de seus direitos da personalidade – enquanto recluso a estabelecimento prisional lotado e inadequado, e, 3- a construção de uma política pública, de baixo custo, tendente a reduzir o superencarceramento com perspectivas de bons resultados.

3.4 Do Programa De Execução Sequencial – PES

Por fim, como última sugestão, retoma-se às ideologias do *numerus clausus*, as quais instrução e julgamento, ressaltados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Os dados trazidos no início desta discussão científica não mentem quando demonstram que o Brasil é um país de alta criminalidade, principalmente para efeitos de crimes com violência ou grave ameaça e hediondos, cujas execuções penais, sejam em caráter provisório ou definitivo, ocupam grande parte das vagas disponíveis em nosso sistema prisional.

Neste prisma, não se vê alternativas, embora possa se criticar a falta de políticas adequadas de ressocialização, não há que se permitir/admitir que a sociedade conviva com os malefícios do *periculum libertatis* de criminosos violentos, faccionados e milicianos - que temse espalhado por nosso país como ervas daninhas irremediáveis - até mesmo porque na atual sistemática processual a vítima também sua relevância e atenção a ser assegurada pelo Poder Judiciário.

Mas, por outro lado, os dados trazidos pelo DEPEN afirmam que da totalidade de vagas existentes, sem excedentes, há uma margem de 19,1% (dezenove inteiros e um centésimo por cento), de presos com baixa periculosidade, provavelmente, também

primários e com bons antecedentes, percentual este, de grande relevância, e com maior maleabilidade para se traçar alternativas ao superencarceramento.

Assim sendo, entende-se que, pela interpretação do artigo 10592 da Lei 7.210/84, a execução penal é regida pelo imediatismo, ou seja, transitada em julgado a sentença condenatória, o Estado deve imediatamente prosseguir à execução da reprimenda estipulada, até mesmo porque, como detentor da persecução e da execução penal, é de seu altíssimo interesse evitar a prescrição da pretensão executória.

Em decorrência deste imediatismo vemos, após a certificação do trânsito em julgado para a defesa, a expedição de guia de recolhimento, e conseqüentemente, do mandado de prisão àqueles condenados em regime semiaberto e fechado.

Contudo, creio que inovação legislativa também possa permitir a flexibilização de tal instantaneidade, permitindo que a informatização da execução penal – qual já vem sendo realizada pelo CNJ – garanta a estipulação *do Programa de Execução Sequencial – PES*, um sistema de filas, no qual, o Condenado, após intimado do trânsito em julgado de sua reprimenda, possa se dirigir a eventual central de atendimento, se cadastrar, informar qual o estabelecimento prisional de sua preferência e ser incluso em lista, aguardando a disponibilidade de vaga para o cumprimento de sua pena, com ou sem monitoramento eletrônico, a depender do entendimento do juízo.

Neste mesmo diapasão, tudo que diga respeito à organização do Estado brasileiro, e envolva maior demanda do que oferta, a resposta administrativa estatal vem através de filas, seja no acesso ao Sistema Único de Saúde, na vacinação qual vivenciamos neste período de pandemia, no pagamento de precatórios, no ensino superior com o instituto do vestibular, e, muitos outros exemplos que não fui capaz de lembrar, com exceção da execução penal, e, por quê?

Até hoje a evolução humana não foi capaz de desenvolver tecnologia capaz de estabilizar oferta e demanda que não seja por fila, sendo surpreendente que tal conjuntura ainda não tenha sido idealizada na execução penal.

Inexiste óbice para que presos com baixa periculosidade, não reincidentes, e não contumazes às práticas criminosas, sejam inclusos em sistema de execução sequencial, que ordene vagas e prioridades para o cumprimento de suas reprimendas.

92 Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

É hialino que para tal fim, seria necessário promover alterações no teor dos artigos 11293 e 11794 do Código Penal, pois o Estado não poderia ter seu direito à persecução penal atingido, em detrimento das más condições carcerárias existentes no país.

No mesmo plano, a interrupção dos prazos prescricionais não é novidade no cenário jurídico brasileiro, já que a Lei 9.099/95 traz em seu artigo 89, que trata sobre a suspensão condicional do processo, que não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo, embora, como bem ressalta Gustavo Junqueira⁹⁵, o legislador tenha sido omissivo quanto a interrupção do prazo prescricional na hipótese de transação penal (art. 76).

Fora da Lei 9.099/95, tem-se novas hipóteses de interrupção do prazo prescricional, na nova redação do artigo 11696 do Código Penal, decorrente da inserção do Acordo de Não Persecução Penal em nosso ordenamento jurídico, e, ao abuso do direito, quanto a oposição de embargos de declaração, e demais recursos direcionados aos tribunais superiores.

Em outro plano, pode-se criticar o sequenciamento da execução penal frente as incertezas jurídicas que tais providências viriam a causar na vida das pessoas, que no curso de um trabalho bem desenvolvido, na formação de uma família, ou na sua regeneração, já não vindo a trazer nenhum malefício à sociedade, possa ser levado ao

93 Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

94 Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; II - pela pronúncia; III - pela decisão confirmatória da pronúncia; IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; VI - pela reincidência. § 1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles. § 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

95 JUNQUEIRA, Gustavo et al. **Lei anticrime comentada: artigo por artigo: inclui a decisão liminar proferidas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300** / Gustavo Junqueira; Patricia Vanzolini; Paulo Henrique Fuller; Rodrigo Pardal. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 32.

96 Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; II - enquanto o agente cumpre pena no exterior; III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e IV - enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal. Parágrafo único: Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo

cárcere, deixando para trás todas suas conquistas, em detrimento de uns dos objetos da execução penal, qual seja, a ressocialização do apenado.

Contudo, os fatos acima descritos já acontecem normalmente, independentemente de implementação do sequenciamento da execução penal, sob chancela da legislação e jurisprudência em vigência, pois, a partir do momento em que o artigo 109 do Código Penal estipula o prazo prescricional máximo de 20 (vinte) anos à prescrição da pretensão punitiva, o juiz tem, no mínimo, 20 (vinte) anos para julgar seu jurisdicionado, e, o que não se muda na vida de uma pessoa em 20 (vinte) anos?

E mesmo assim, passadas as citadas 2 (duas) décadas, uma vez condenado, deverá cumprir sua reprimenda, mesmo que em tal época já não seja o mesmo homem que praticou o delito lá atrás.

A execução penal é dever, cuja finalidade também é a pedagógica. Logo, ela tem um caráter repressivo e ruim, apto o suficiente a permitir a reflexão do apenado pelo crime cometido, de modo que, permitir que ele venha a aguardar em liberdade, um prazo razoável, para que cumpra sua pena, com vaga já predestinada, sem superlotação, cumpre com objetividade os princípios da execução penal, além de trazer o modelo de gestão administrativagerencial⁹⁷ – voltada à qualidade e eficiência do serviço público prestado – à execução penal.

Ainda no que tange à eficiência da gestão pública, repisa-se, o STF trouxe ao cenário político nacional que o direito não está alheio aos efeitos econômicos da decisão, outrossim, é hora de reverter o *modus operandi* de solucionar nossos problemas, com menos pressa, sem a máxima do Poder Legislativo e promover soluções mirabolantes a problemas urgentes, motivo pelo qual, mesmo que percepção final quanto aos temas e sugestões aqui propostas possam soar absurdas, o mais importante é debater, fomentar este debate, e promover ciência.

4. CONCLUSÃO

É possível fazer mais com menos, e é possível vencer o superencarceramento com os ditames trazidos pela Suprema Corte em 2020.

⁹⁷ Art. 37, CF: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Os dados são irrefutáveis quanto ao caos em que se encontra nosso sistema carcerário. Temos uma cidade, do tamanho de Dourados – MS, em sobrecarga as vagas disponíveis.

Contudo, em nosso Estado Democrático de Direito, não há o que se falar em mudanças de tal magnitude sem participação legislativa, sendo este o maior desafio às proposições realizadas no presente trabalho.

Infelizmente, temos um Poder Legislativo muito atrelado aos seus próprios interesses, e muito distante das mudanças necessárias ao bom desenvolvimento de nossa sociedade. O direito penal, processual penal e a execução penal só repercutem em apoio popular quando atrelado a medidas de aumento do encarceramento e punibilidade, sendo difícil crer que tais proposições sejam objeto de atenta análise parlamentar.

Todavia, fora do ambiente parlamentar, o Conselho Nacional de Justiça trouxe excelentes contornos aos problemas enfrentados, dentro da abrangência de sua competência, modernizando um sistema, que, embora já fosse objeto de informatização, a falta de sua compatibilização com o regramento próprio de todos os Tribunais de Justiça brasileiros, fez com que fosse um dos últimos patamares do direito, a fornecer resultados satisfatórios ante à vigência da processo eletrônico em nosso país.

Além da execução penal, o tráfico de drogas ainda é um problema o qual a sociedade brasileira foge do debate. Contudo, sem entrar no mérito da descriminalização das drogas, embora o Poder Executivo tenha aumentado seus investimentos no combate às organizações criminosas voltadas ao tráfico de drogas, ainda é muito pequeno o percentual de traficantes, chefes das respectivas organizações, reclusos em nosso sistema prisional.

É necessário pensar em alternativas às multas do tráfico, e, neste viés, embora a sugestão da antecipação de seus interrogatórios seja uma sugestão polêmica, que foge a todo regramento processual penal existente, principalmente no que tange ao direito de defesa do Réu, diante conflito de princípios, a hermenêutica constitucional é clara ao permitir ponderação de princípios e normas, sugerindo, inclusive, parâmetros para tal fim.

Entre a permanência demasiada da mula do tráfico em custódia penal, e, a garantia de sua liberdade, a existência de provas pré-constituídas, asseguradas pela Lei 11.343/2006, durante o inquérito, logo após eventual prisão em flagrante, já demonstra que o legislador trouxe flexibilizações ao direito do Réu, não havendo razões, diante da inovação do juiz de garantias, que se discuta a viabilidade de tal alteração legislativa, posto que o julgamento do Acusado decorrerá dos expedientes de dois juízes distintos,

ampliando-se os cuidados e rigores com a persecução penal, e sua presunção de inocência.

Por fim, o sequenciamento da execução penal é promissor. Após a sentença de mérito, o Estado corre contra o tempo para evitar a prescrição da pretensão executória, contudo, quando se analisa a prescrição da pretensão punitiva, o mesmo detém várias possibilidades de suspensão e interrupção do prazo prescricional, estendendo o exercício da persecução penal.

Logo, o direito de punir do Estado não é maior do que o direito do Réu em ter seus direitos da personalidade assegurados, com uma execução penal adequada, com equilíbrio entre oferta e demanda.

Portanto, quanto ao prazo do cumprimento da pena, não há óbice ao sequenciamento da execução penal, quando o próprio Estado já afirma que, em algumas situações, seu direito de punir pode ser suspenso, motivo pelo qual tal o direito ao escalonamento das vagas no sistema prisional pode ser assegurado aos crimes com menor potencial ofensivo, Réus primários e com bons antecedentes, etc., cujas penas excedem os limites já existentes para outras medidas despenalizadoras.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* / Gustavo Henrique Badaró. – 4. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONNEMAISON, Gilbert. *La Modernisation du Service Public Pénitentiaire*. Paris. 1989.
DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. – 6. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 7. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUNQUEIRA, Gustavo et al. *Lei anticrime comentada: artigo por artigo: inclui a decisão liminar proferida nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300* / Gustavo Junqueira; Patricia Vanzolini; Paulo Henrique Fuller; Rodrigo Pardal. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

O CONTRATO DE TIMESHARING SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

GUILHERME AUGUSTO BRITO ANDRADE:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados, UFGD, em 2015. Pós-graduado em Direito do Consumidor pela Faculdade Damásio de Jesus, 2018. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN, 2021. Atualmente é analista judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.⁹⁸

BRUNO ANTONY DANTAS DE VEIGA CABRAL

(orientador)

RESUMO: Esta monografia tem como objetivo apresentar um estudo de revisão bibliográfica sobre o contrato de *timesharing*, sob a ótica do direito do consumidor, destacando os argumentos dos doutrinadores sobre esta relação jurídica de aproveitamento econômico, através do direito comparado, mostrando suas características, classificações e o como ele se enquadra dentro do rol dos direitos reais sobre coisas alheias. Superada a introdução ao instituto, faz-se uma análise do direito de propriedade, fundamentado pelo código civil, cuja necessidade e justificativa esta embasada na teoria do diálogo das fontes. Por fim, o leitor é levado ao conhecimento do direito do consumidor brasileiro, desde sua criação, determinada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com seus principais fundamentos, dentre eles sua vulnerabilidade, a teoria da qualidade, as falhas na prestação do produto e serviço, situações as quais os consumidores se deparam ao adquirir esta modalidade de negócio jurídico, ainda não amparado por texto normativo. Motivo pelo qual, se faz necessária a intervenção da academia, para sua introdução nos tribunais, em auxílio aos muitos consumidores prejudicados, nos diversos cantos deste país.

Palavras-chave: *Timesharing*. Multipropriedade. Direito do Consumidor. Propriedade. Diálogo das Fontes. Vulnerabilidade.

ABSTRACT: This monograph aims to present a bibliographic review study on the timeshare contract, from the point of view of consumer law, highlighting the arguments of the jurists about this legal relationship of economic exploitation, through comparative law, showing their characteristics, classifications and the as it falls within the role of "Direitos Reais Sobre

⁹⁸ E-mail: guilhermeandrade_787@hotmail.com

Coisa Alheia”, as known in Brazilian civil law. Having overcome the introduction to the institute, an analysis of the property right is made, based on the civil code, whose necessity and justification is based on the theory of the dialogue of the sources. Finally, the reader is brought to the attention of the Brazilian consumer right, since its creation, determined by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, with its main foundations, among them its vulnerability, quality theory, product and service, situations that consumers face when acquiring this modality of legal business, not yet covered by normative text. This is why the intervention of the academy is necessary, for its introduction in the courts, in aid of the many impaired consumers, in the different corners of this country.

Keywords: Timesharing. Multipropriety. Consumer Law. Property. Dialogue of the Sources. Vulnerability.

1. INTRODUÇÃO

O legislador não tem condições de acompanhar o avanço da sociedade civil, que, de acordo com suas necessidades, elabora novas modalidades de negócios jurídicos. Neste mesmo diapasão, o *timesharing* aparece como um avanço da sociedade civil.

Nascido na Europa, numa época em que o setor imobiliário passava por grave crise financeira, veio como a atraente opção de uma “segunda casa”, e atraente modalidade de investimento da indústria turístico-hoteleira.

Embora não tenha regulamentação legal, a sociedade o realiza no seu dia a dia, cabendo à academia e a doutrina a elucidação deste instituto até mesmo para solução de prováveis problemas decorrente destes.

Através de um estudo de revisão bibliográfica dos autores Gustavo Tepedino, Dário da Silva Oliveira Júnior, Victor Emanuel Christofari, Carlos Roberto Gonçalves, Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio de Salvo Venosa e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, objetiva-se responder porque o enquadramento do *timesharing* como nova modalidade de direito real sobre coisa alheia é importante e quais benefícios podem advir da resposta a essa questão.

O primeiro capítulo não só conceitua o instituto, mas também destaca suas modalidades e como se deu seu desenvolvimento em outros países do globo. O segundo capítulo faz um estudo sobre os direitos reais, a propriedade, como foco nos direitos reais sobre coisas alheias. O terceiro capítulo, como conclusão, encaixa os temas abordados nos dois primeiros capítulos mostrando que o *timesharing* trata-se de um direito real sobre coisa alheia, e, aborda um entendimento jurisprudencial que o trata como condomínio edilício, demonstrando que por mais que existam semelhanças entre os institutos, não se

trata de condomínio.

2. TIMESHARING

A partir do momento que o ser humano descobriu que necessita de seus semelhantes para se desenvolver, vem criando novas modalidades de relacionar-se, com a finalidade de sempre proporcionar este desenvolvimento.

Tais modalidades muitas vezes se apresentam na seara pessoal, ou, coletiva, porém, ocorrendo tanto em uma como em outra, sempre acabam recaindo no direito, em especial, ao direito privado, responsável pela regulação das relações humanas entre particulares.

Nem sempre o direito é capaz de regular toda esta evolução através de sua legislação taxativa, até mesmo porque, o ser humano é inconstante e seus atos são totalmente imprevisíveis, sendo impossível a normatização de todos.

Nesse diapasão, o *timesharing* é a exemplificação de uma das facetas desta evolução, que no direito brasileiro, ainda carece de normatização.

Futuramente, será visto que na época de seu desembarque no Brasil não foi um instrumento que caiu no gosto popular, até mesmo porque as condições econômicas não permitiam que a maioria dos brasileiros fizessem investimentos cujo resultado não fosse totalmente visível e não recebesse respaldo jurídico.

Contudo, com a recuperação da economia vivenciada pelo país após 2002, muitos brasileiros puderam sair do país, por acaso ou coincidência, foram apresentados ao instituto e viram de frente como se dá seu funcionamento, e em seu retorno ao seu cotidiano, passaram a também buscá-lo por aqui.

Podemos, então, reconhecer que a melhora da economia não só viabilizou que os brasileiros obtivessem uma folga em seu patrimônio, utilizando um capital até então sem destinação específica em novas formas de investimento, como também a possibilidade de conhecer o *timesharing* pessoalmente, verificando sua viabilidade e segurança, fomentando não só a procura, mas também sua implementação em solo nacional.

Embora, conforme dito anteriormente, todas as ações humanas não são passíveis de legislação, mas, quando se trata de bens imóveis, o legislador deve dar tratamento especial, buscando regulamentar as inovações trazidas à realidade brasileira, adequando ao nosso ordenamento jurídico, evitando consequências trágicas aos negócios jurídicos.

Timesharing ou multipropriedade imobiliária correlaciona-se com a idade de tempo compartilhado, propiciando o gozo da propriedade, de forma compartilhada, como

entende Gustavo Tepedino:

“como a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua,”⁹⁹

Nascido na Europa ocidental, cujos primeiros relatos trazem a França como precursora do instituto em 1920, rapidamente se expandindo para Itália, Espanha, Portugal e mais tarde nos Estados Unidos, apresenta quatro modalidades: societária, imobiliária, hoteleira e como direito real sobre coisa alheia, todas estas, relacionadas à ideia de várias pessoas compartilhando o mesmo bem, ao mesmo tempo.

2.2 MODALIDADES

2.2.1 Societário

Esta modalidade apresenta como atores uma pessoa jurídica e seus sócios, na qual as partes celebram um contrato cujo teor permite aos sócios a utilização de um bem móvel ou imóvel de propriedade da pessoa jurídica por um certo espaço de tempo, de forma cíclica, ou seja, renovando-se o direito todo o ano, por prazo indeterminado.

A natureza desta relação é pessoal e mobiliária e seu objeto deriva do capital acionário ou quotas sociais investido pelo sócio, e o tempo permitido para o uso do bem varia de um mês até um ano. Particularmente, esta modalidade na França determina que a duração do prazo para esta modalidade de *timesharing* é de 99 (noventa e nove) anos.

2.2.2 Imobiliário

Talvez a modalidade mais importante, mais frequente, que se correlaciona aos direitos reais, necessitando atenção maior do ordenamento jurídico, até mesmo pela segurança que a legislação dá aos negócios jurídicos que envolvem direitos reais.

Nesta variante, vários proprietários dividem o proveito econômico de um bem imóvel ou móvel, durante período predeterminado, que pode ser semanas anuais ou meses, de forma cambiante, sendo todos os proprietários devidamente discriminados, até mesmo pelo caráter perpétuo do instituto e para que seja realmente cumprida o caráter exclusivo, característico do instituto.

⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1.

O direito de uso, aplicado aos bens imóveis, é estabelecido de tal forma que o proprietário possa gozá-lo de forma exclusiva, ou seja, sem concorrência dos demais. Porém, quando relacionado aos bens móveis, correlaciona-se mais à forma do compartilhamento do bem por vários proprietários do que ao seu objeto.

2.2.3 Hoteleira

A modalidade hoteleira até poderia ser uma subdivisão das duas primeiras já explanadas, societária e imobiliária, na qual um empreendimento hoteleiro utiliza-se de toda sua estrutura física no atendimento de seus clientes usuais e daqueles que fizeram adesão ao *timesharing*, através de contrato de compra e venda, tendo estes, direito ao uso das dependências do hotel, em data prefixada, de forma exclusiva e gratuita.

Acaba se tornando uma das modalidades mais complexas do instituto uma vez que não envolve a subdivisão dos direitos reais do direito civil brasileiro, mas também os âmbitos administrativo, consumidor, trabalhista, tributário, empresarial e urbanístico.

Defende-se que este modelo só se torna viável face à seriedade e o compromisso que estes empreendimentos hoteleiros têm com sua administração e gestão, pois, aliado ao fato de que já estarem acostumados ao gerenciamento de transações complexas, o vínculo agregado pelos multiproprietários, ou seja, aqueles adquirentes de títulos, contratos de *timesharing*, à instituição acaba se tornando apenas mais uma de suas responsabilidades, sendo um chamariz aos investidores que estão sempre em busca de investimentos que repassam segurança e seriedade.

Em contrapartida, o empreendimento tem a possibilidade de aumentar sua rentabilidade, haja vista que os apartamentos que não utilizados pelos respectivos hóspedes podem ser utilizados pelos multiproprietários, atingindo sua capacidade máxima de operação, otimizando receitas e despesas.

Por conseguinte, também acaba se tornando atrativo aos investidores na medida que com o advento da globalização os hotéis passaram a ter sede em diversos países do globo, assim, muitos empreendimentos possibilitam que ao fazer adesão ao *timesharing* o multiproprietário possa escolher utilizar seu período de gozo em um hotel, pertencente ao mesmo grupo empresarial, em outro país do globo, ampliando, também, as possibilidades de destinos em suas férias.

2.2.4 Como direito real sobre coisa alheia

A quarta e última modalidade não diferente em sua totalidade da terceira, acima mencionada, segundo Gustavo Tepedino caracteriza-se pelo, "direito de utilização de um imóvel por turnos de uma semana, recorrentes a cada ano, em caráter perpétuo ou por

tempo determinado, sendo o empresário do imóvel e gestor do empreendimento.”¹⁰⁰

Esta modalidade é tão bem sucedida quanto a anterior que versa sobre o mercado hoteleiro, mas, especificadamente, seu objeto versa em imóveis simples; como um apartamento na praia, uma casa de campo, para lazer ou gozo das férias, e, seu sucesso é vinculado justamente à possibilidade dada àqueles que não tem condições de adquirir um imóvel para tais fins sozinhos, seja pelo custo da aquisição ou da manutenção.

2.3 O TIMESHARING PELO MUNDO A FORA

Neste ponto daremos início aos exemplos de *timesharing* adotados por diversos países do globo.

2.3.1 O Modelo italiano

A Itália vivenciou com o passar dos anos desde a criação do instituto as modalidades acionária (no âmbito do direito societário), imobiliária e hoteleira, cada uma destas surgida como uma forma de amadurecimento das formas anteriores.

O início foi dado com a modalidade societária, na qual um grupo de pessoas constituíam uma sociedade anônima, que emitia ações ordinárias e preferenciais, com finalidade do aproveitamento de um bem pretendido.

No que se refere às ações de caráter ordinário ou preferencial, estas permitem aos seus adquirentes somente o direito de uso do referido bem e aquelas concedem não só direito de uso em turnos pré-definidos, mas também, a participação na gestão social do mesmo. Em suma, o multiproprietário não passa de um sócio acionário detentor de um direito obrigacional da sociedade.

Como se vê, a forma societária não cria vínculos de natureza real e sim societário, podendo induzir a erro o adquirente, ao interpretar que se trata da aquisição de uma propriedade.

Haja vista tratar-se de uma sociedade, os interesses individuais são pormenorizados em detrimento do ganho da sociedade, neste sentido diz Gustavo Tepedino:

O multiproprietário acionista sujeita-se, fundamentalmente, aos destinos da sociedade. O seu direito, em última análise, torna-se vulnerável à eventual alteração da destinação do

¹⁰⁰ TEPEDINO, 1993, p. 4

complexo imobiliário ou das regras originárias, por força da decisão administrativa, contra a qual só restaria aos acionistas multiproprietários o direito de recesso. Observou-se, ainda, em doutrina, a possibilidade de dissolução social, a qualquer momento, por decisão da assembleia, ou anteriormente ao período previsto originalmente para o funcionamento da sociedade, quando o contrato estipula prazo determinado.¹⁰¹

Por conseguinte, ainda como malefícios, a sociedade, por descontrole, pode acabar vendendo mais quotas acionários do que sua capacidade, causando prejuízo no planejamento do uso nos períodos de tempo disponíveis do bem do multiproprietário.

A decretação da falência da pessoa jurídica, e conseqüentemente, prejuízo ao acionista, ou até mesmo o uso do bem pelo sócio em caráter indiscriminado, como se único proprietário fosse, levaram à soma de motivos que levaram à descrença desta modalidade.

Por outro lado, a doutrina italiana contesta a constituição de pessoa jurídica sem fim lucrativo, cuja finalidade seja a administração e o gozo do patrimônio social, não caracterizando esta como direito obrigacional, como visto acima, e sim uma modalidade de condomínio ordinário, nos moldes do artigo 2.248 do então Código Civil Italiano.¹⁰²

Seja pelos problemas acima arguidos, ou, ainda por descrença, restou inviabilizada a continuidade desta modalidade, sendo gradativamente substituída pela imobiliária.

De forma intermediária, após o insucesso da forma societária, o ordenamento italiano criou a modalidade imobiliária, cuja forma também estabelece o uso comum de um bem por vários multiproprietários em lapsos temporais pré-determinados, recorrentes todo ano, por tempo indeterminado, contudo, de duas diferentes formas: a aquisição de uma compropriedade de todo complexo imobiliário, ou, a constituição de um condomínio especial.

Na primeira, conforme dito acima, há a aquisição de uma compropriedade representada por todo um complexo imobiliário, mas as regras de conduta, bem como os turnos de cada multiproprietário são realizados através da assinatura de um pacto de utilização da coisa comum.

A segunda formaliza-se através da constituição de um condomínio especial, cada unidade habitacional é dividida em compropriedade ordinária, todos os comproprietários

101 TEPEDINO, 1993, p. 12.

102 CAPARRELLI, Piercalo; SILVESTRO, Paolo Multiproprietà. In: *Dizionario del diritto privato*; diritto civile. Coord. Natalino Irti. Milano: Giuffrè, 1980, v. 1, p. 578.

são donos das unidades comuns, delimitando-se o período de uso das unidades comuns a cada condômino, dividindo-se as áreas comuns em tantos ciclos anuais forem os seus titulares.

Chega-se à conclusão que ambas modalidades de *timesharing* imobiliário italiano baseiam-se na assinatura de uma espécie de 'pacto' que assegura o respeito não só às normas administrativas, mas também delimita os turnos e certifique seu cumprimento.

O problema da falta de segurança jurídica existente na modalidade societária, previamente explanada, foi resolvida nesta; pois ao aderir a um *timesharing* imobiliário, o adquirente passou a ter o direito de transferi-lo de forma *inter vivos* ou *mortis causa*, atraindo mais investidores para comprá-lo, e, por conseguinte, cada adquirente passou a ter certeza do período de seu direito exclusivo ao gozo do bem.

Por fim, a última variante italiana, a hoteleira, se estabelece através da junção das formas imobiliária e societária, dependo da situação. Em linhas gerais, uma pessoa adquire o direito de utilizar as dependências do empreendimento hoteleiro, em período pré determinado, que se repete todo ano, por tempo indeterminado.

O aproveitamento do bem pode dar-se pela aquisição do direito de uma quota-ideal do mesmo ou de uma ação correspondente ao direito de fruição do mesmo.

Em linhas gerais, não há diferenciações do contexto do *timesharing* hoteleiro italiano e a modalidade padrão explanada no início deste capítulo, os adquirentes vão ter o direito de aproveitar dos recursos do hotel, e, este, ao mesmo tempo, otimizará suas despesas, proporcionando uma lotação próxima da máxima, inclusive nos períodos de baixa temporada.

Por fim, o direito do multiproprietário não é absoluto, pois ele tem um prazo para notificar o hotel acerca de sua intenção de utilizar ou não um apartamento no seu período estabelecido, não tendo interesse ou não respondendo, o direito decai, sendo tal apartamento repassado ou a outro multiproprietário ou a algum hóspede ordinário, sendo mais uma forma encontrada pelos empresários italianos para maximizar seus ganhos.

2.3.2 O Modelo francês

O *timesharing* francês afastou-se significativamente das modalidades imobiliárias, que se aproximam dos direitos reais, dando lugar e preferência à modalidade societária, embasada nos direitos pessoais.

Conforme exposto na introdução da presente monografia, o *timesharing* surgiu na França em meados de 1920, como forma de constituição de sociedades para construção

de condomínios edilícios, sem alguma legislação que fundamentasse este negócio jurídico, submetendo-se ao ordenamento jurídico já existente.

Neste diapasão, existiam duas modalidades jurídicas de construção de tais condomínios, o Método de Paris e o Método de Grénoble.

No método de Grénoble a compropriedade originava-se de uma construção coletiva, na qual partilhavam-se a compra do terreno, repartiam as respectivas frações entre os condôminos, procedendo-se à construção da acessão física ao terreno, ou seja, a obra propriamente dita. Tal método condizia às formas do condomínio ordinário do Código Civil Francês vigente à época.

Já no método de Paris constituía-se uma sociedade cuja finalidade era, também, a construção do edifício, mas, findado esta, transferia-se o bem imóvel do capital social da sociedade para co-titularidade dos condôminos.

Até mesmo pela simplicidade, o método de Grénoble favorecia pequenas construções, principalmente, porque na época vigia a necessidade de unanimidade para as deliberações administrativas do mesmo, ficando totalmente inviável a gestão de um empreendimento de grande porte, não atendendo os anseios comerciais.

O método de Paris favorecia grandes empreendimentos, diante da facilidade de crédito que poderiam obter através das portas que lhe eram abertas pela constituição da sociedade. Contudo, no decorrer dos anos, verificou-se que tal sociedade indispunha de fins lucrativos e não visava a partilha dos resultados sociais, sendo unicamente, uma sociedade destinada ao gozo do imóvel pelos seus membros.

A falta de normatização para regulamentar as relações entre os condôminos, levou o legislador francês a editar a Lei de 28 de junho de 1938, destinada a regulamentar o status da co-propriedade dos imóveis divididos por apartamentos, lei esta que possibilitou o desenvolvimento posterior do regime da multipropriedade, a partir de 1967, criando as chamadas sociedades de atribuição, destinadas à construção dos condomínios edilícios, “mediante aporte financeiro dos sócios e à atribuição dos respectivos títulos de propriedade das unidades habitacionais, em sistema de condomínio, ao final da obra, como no método parisiense.”¹⁰³

Por conseguinte, ainda na tentativa de melhorar o instituto, foi editada a Lei n. 86-18, de 16 de janeiro de 1986, cujo teor versava exclusivamente sobre os contratos de *timesharing*, e, a Lei n. 71-579, de 16 de julho de 1971, relativa às diversas possibilidades de construção.

103 TEPEDINO, 1993, p. 24.

Nas palavras de Gustavo Tepedino os objetivos com a Lei de 1938 eram os seguintes:

O legislador, para viabilizar tal método de construção, pretendeu dirimir os inconvenientes antes apontados, abrindo duas exceções ao regime societário ordinário. Declarou, de uma parte, a validade das sociedades constituídas exclusivamente para a construção e utilização dos bens sociais pelos sócios, ainda que sem qualquer escopo de repartição de lucros.¹⁰⁴ De outra parte, admitiu, nesta espécie societária, a compulsoriedade dos aportes suplementares que se fizessem necessários para a construção. De modo que, sob pena de exclusão por inadimplemento, ficavam os sócios obrigados aos "appels de fond supplémentaires, nécessités par la réalisation effective de l'objet social, [ou seja, às chamadas de capital suplementar, necessários à realização efetiva do objeto social], (artigo 2º da Lei de 28 de junho de 1938), não obstante já houvessem conferido integralmente os aportes correspondentes à sua participação social, fixados no contrato social do estatuto.¹⁰⁵

Dessa maneira, o legislador francês destinou a possibilitar a construção de tais imóveis, oportunizando a extinção da sociedade logo após o término das obras e a venda das unidades, correspondentes às frações ideias do terreno.

Saindo da seara da construção do empreendimento e partindo para o respectivo gozo rotativo do bem, a fim de garantir o chamado *droit d'usage et de séjour successif et périodique*, da tradução livre de, direito de uso e estadia sucessiva e periódica, representado pela estabilidade entre o multiproprietário e o imóvel; constituía-se, então, uma sociedade de atribuição, de duração de 99 (noventa e nove) anos, cujo objetivo era justamente o aproveitamento econômico das unidades autônomas pelos sócios, de acordo com a rotatividade anual previamente estabelecida.

104 Aduz o artigo 1º da Lei de 1938: "são validamente constituídos, sob diferentes formas reconhecidas pela lei, mesmo que não tenham elas por fim partilhar lucros, as sociedades que têm por objeto quer a construção ou a aquisição de imóveis tendo em vista a sua divisão por frações destinadas a ser atribuídas aos associados em propriedade ou em gozo, quer a gestão e a manutenção desses imóveis assim divididos" (Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses, trad. Souza Diniz, Rio de Janeiro, Record Ed., 1962).

105 TEPEDINO, 1993, p. 25.

A constituição de uma sociedade para garantia dos direitos de cada multiproprietário demonstra o caráter pessoal do instituto francês, sujeito ao regulamento dos bens móveis, característica esta que distancia da modalidade imobiliária adotada pela maioria dos países, embasada no direito real da propriedade.

Mas, então, por que não teria vingado a modalidade imobiliária no ordenamento francês? Talvez a rigidez do Código Civil Francês de 1939 tenha sido a maior culpada.

Embora na atual conjuntura, o ordenamento francês seja outro, há de se convir que a concretização de qualquer instituto requer tempo, e, já na época de sua instauração, a hipótese imobiliária não foi formulada. Pode ser adicionado a este motivo o fato do ordenamento civil francês ser taxativo no que se refere aos direitos reais, "bem como a inadequação da disciplina do condomínio, levando-se ainda em conta a necessidade de se agregar, ao gerenciamento do imóvel em *timesharing*, a complexa estrutura de serviços, ausente no condomínio de edifícios."¹⁰⁶

2.3.3 O Modelo espanhol

Na Espanha o instituto carece de disciplina legislativa específica ou de um direcionamento doutrinário pacificado.

Majoritariamente apresenta a modalidade imobiliária, através da co-titularidade do domínio, assim como na Itália. Após a construção da edificação cria-se um condomínio edilício, formado por unidades individuais, cada uma delas atribuída a um grupo de multiproprietários, cuja definição do período de gozo de cada um deles é realizado mediante pacto de divisão por turnos de utilização da respectiva unidade.

Na medida em que presenciaram o fracasso da modalidade societária francesa, este modelo garante a situação jurídica do multiproprietário, na medida em que há o registro do título aquisitivo, bem como, a possibilidade de transmissão direito *inter vivos* e *causa mortis*.

Haja vista à falta de regulamentação legislativa, doutrina e jurisprudência têm atribuído natureza condominial, não só ao instituto, bem como, à situação jurídica do multiproprietário.

2.3.4 O Modelo português

Em Portugal as primeiras experiências do instituto são datadas na segunda metade da década de 70. Contudo, nesta época, não obteve muito sucesso face à desconfiança

¹⁰⁶ Ibid., 1993, p. 28.

diante da falta de garantias quanto à durabilidade e liquidez do investimento.

Com o passar dos anos, os portugueses passaram a aplicar suas poupanças, na construção de imóveis urbanos, até mesmo nos clandestinos, atraídos por um título imobiliário pensado àqueles que indispunham de capital suficiente para a aquisição de imóveis, disciplinado pelo Decreto-Lei n. 355/81, de 31 de dezembro de 1981.

A partir deste Decreto-Lei nasceu o direito real de habitação periódica, nome com o qual o *timesharing* ficou conhecido em Portugal. Tratado como direito real sobre coisa alheia, o qual ao investidor é transferido uma situação real sem necessidade de lhe deferir o domínio, por uma fração de tempo correspondente a uma semana por ano, em caráter limitado ou perpétuo.

2.3.5 O Modelo inglês

Acerca deste modelo a doutrina nos apresenta poucos relatos. No entanto, através do *Timesharing Act 1992*, legislação sobre o instituto, o considera como um direito de uso de natureza contratual.

No mesmo sentido, em 1997, o *Consumer Protection – The Timesharing Regulations*, mantém a mesma consideração, direito de uso de natureza contratual.

2.3.6 O Modelo austríaco

A Lei n. 32 de 1997 regulamenta o *timesharing* na Áustria até a presente data. Seu artigo 2º o considera um direito de uso a tempo parcial, como direito real concedido ou obrigatório para gozo, de forma cíclica e limitada, ou seja, um direito de uso de bens imóveis, a tempo parcial.

2.3.7 O Modelo americano

Diferentemente dos demais países, quando a doutrina estuda o *timesharing* nos Estados Unidos da América, chegam a conclusão que o legislador americano despreocupou-se em definir sua natureza jurídica, mas sim, estabelecer um forte sistema que proteja seus adquirentes e usuários.

3. ASPECTOS GERAIS DA PROPRIEDADE

Embora o objetivo do presente estudo seja a análise do instituto sob a ótica do direito do consumidor, a análise do instituto perante a legislação civil é indissociável à integral satisfação de direitos consumeristas, e, como será visto futuramente, pela teoria do diálogo das fontes, normas jurídicas não se excluem, mas se complementam, na tutela

integral da satisfação do direito do consumidor prejudicado.

A propriedade, perante o Código Civil é estudada sob a ótica dos direitos reais. Neste sentido, segundo Caio Mário da Silva Pereira, a raiz histórica do nosso instituto de propriedade, inclusive seu caráter individual, adveio do Direito Romano.¹⁰⁷ Nesse cenário inicial, tratava-se de um direito exclusivo aos cidadãos romanos, cujo objeto também era delimitado ao solo romano.

Com o passar dos anos, fatos históricos como a invasão dos bárbaros Germanos, a instituição da monarquia absoluta, a Revolução Francesa e até a contemporaneidade vem moldando seus aspectos gerais, chegando a uma conjuntura, a qual, hoje não se obtém estabilidade, pois, regimes jurídicos e políticos os modificam de acordo com seus interesses gerais, sob a argumentação do primado da ordem pública sobre o princípio da autonomia da vontade.

Em síntese, hoje, a propriedade individual não detém o mesmo conteúdo de sua origem, principalmente, porque, tais mudanças são conseqüências da evolução da humanidade, ou seja, algo totalmente natural. Mas, mesmo assim, reconhece ao *dominus* o poder sobre a coisa, e, este reúne os mesmos atributos originários - *ius utendi, fruendi et abutendi*, ou seja, direito de usar, gozar e dispor da coisa.

Na atualidade, não só o domínio, mas seus atributos originários sofrem intervenções legais tendentes a evitar abusos e 'que o exercício do exercício de propriedade se transforme em instrumento de dominação,'¹⁰⁸ crescendo os processos expropriatórios, sujeitando a coisa ao interesse público, não particular.

Tal interesse social na sociedade brasileira é fruto da função social da propriedade, trazida ao ordenamento jurídico nacional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que a inseriu entre os princípios gerais da atividade econômica, no mesmo patamar da propriedade privada, em seu artigo 170, *in verbis*:

[...] artigo 170, CF.: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...];

II - propriedade privada;

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014a, p. 68.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 2014, p. 70

III - função social da propriedade;

[...]

Por fim, analisando, como era o instituto da propriedade e sua atual situação, percebe-se uma total inversão de valores, totalmente distanciada dos conceitos clássicos e externalizada, no âmbito jurídico nacional, pela Constituição Federal.

Acerca da definição de propriedade, novamente, Caio Mário da Silva Pereira, refletindo sobre as obras de Pugliatti, Natoli, Planiol, Ripert e Boulanger, chega a conclusão que propriedade não se define, se sente.¹⁰⁹ Desde o maior dos intelectuais até o mais simples dos seres humanos, inclusive crianças, tem em suas entranhas o sentimento de “seu e meu”, defendendo, a perda de sua posse, mesmo desconhecendo a relação jurídica dela proveniente.

Nosso legislador não conseguiu definir o que seria propriedade, bastou, apenas, no teor do artigo 1.228, argüir que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

O teor do artigo supracitado nada mais representa do que os atributos da propriedade, explanados no anteriormente, e, neste sentido, **quando os quatro atributos estão reunidos em uma mesma pessoa, têm-se a propriedade plena, plena in re potestas. Na medida em que um destes atributos ou faculdades são transferidos a outrem, têm-se a constituição de um direitos real.** Mas, é necessário salientar, que tal transferência, dentro dos direitos reais é exceção, pois o direito de propriedade é uno, sendo sua conjuntura natural a plenitude e a exclusividade, no teor do artigo 1.231 do Código Civil.

3.2. DOS DIREITOS REAIS

Conceituar direito real de forma concreta e concisa não é tarefa fácil, o próprio legislador, como se verá detalhadamente adiante, ao formular o teor do artigo 1.225 do Código Civil, voltado justamente à matéria em questão, bastou-se ao citar qual é sua composição, mas não uma definição facilmente interpretativa.

Dentre os doutrinadores da área, àquele que chegou mais próximo da conceituação do instituto foi Cunha Gonçalves, cujo estudo aduz que direito real “é a relação jurídica que permite e atribui a uma pessoa singular ou coletiva, ora o gozo

109 PEREIRA, 2014a, p. 74.

completo de certa coisa, corpórea ou incorpórea, incluindo a faculdade de alienar, consumir ou destruir (domínio), ora o gozo limitado de uma coisa, que é propriedade conjunta e indivisa daquela e de outras pessoas (copropriedade) ou que é propriedade de outrem (propriedade imperfeita), com exclusão de todas as demais pessoas, as quais têm o dever correlativo de abstenção de perturbar, violar ou lesar, ou do respeito dos mesmos direitos.”¹¹⁰

Por conseguinte, conforme citado acima, o artigo 1.225 traz o conceito legal de direito real, como se vê abaixo:

artigo 1.225, CC.: São direitos reais:

I – a propriedade;

II – a superfície;

III – as servidões;

IV – o usufruto;

V – o uso;

VI – a habitação;

VII – o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII – o penhor;

IX – a hipoteca;

X – a anticrese;

XI – a concessão especial de uso especial para fins de moradia;

XII – a concessão de direito real de uso, e

XIII – laje.

Para o ordenamento jurídico nacional, o artigo supra é taxativo, qualquer limitação ao direito de propriedade que não esteja em seu conteúdo é tratado como natureza obrigacional, pois, é vedada a constituição de direito real sem previsão legal.

Então, a falta de ordenamento jurídico caracteriza a natureza obrigacional da

¹¹⁰ GONÇALVES, Luis da Cunha. *Da propriedade e da posse*. Lisboa: Edições Ática, 1952, p. 53.

limitação ao direito de propriedade constituído *inter partes*, haja vista o entendimento do legislador é de que os direitos pessoais não são delimitados legalmente, bastando-se que as partes sejam capazes, seu objeto lícito, possível e determinável e forma não vedada em lei, conforme artigo 104 do Código Civil.

Dando continuidade, Lafayette Rodrigues Pereira entende que “o domínio é suscetível de se dividir em tantos direitos elementares quantas são as formas por que se manifesta a atividade do homem sobre as coisas corpóreas. E cada um dos direitos elementares do domínio constitui em si um *direito real*. tais são o direito de usufruto, o de uso, o de servidão. Os direitos reais, desmembrados do domínio e transferidos a terceiros, denominam-se direitos reais na coisa alheia (*jura in re aliena*).”¹¹¹

No que se refere à sua aquisição, o direito civil brasileiro não dispõe de uma forma unitária para todos os bens, havendo uma modalidade para os bens móveis e outra para imóveis, sendo a variante destes, um pouco mais complexa, comparada a daqueles, pois, conforme visto anteriormente, o ser humano desde os primórdios deu elevada atenção e proteção à propriedade imobiliária, e, tal postura legislativa garante uma maior segurança a estes negócios jurídicos.

De acordo com o artigo 1.227 do Código Civil, os imóveis constituídos, ou transmitidos por atos *inter vivos*, só adquirem eficácia de direito real após o devido registro do respectivo título no Cartório de Registro de Imóveis, salvo casos extraordinários, expressos em lei, e, conforme aduz o artigo 1.226 do mesmo *codex*, a própria tradição/transmissão é válida como constituição de aquisição de direito real.

3.3. DOS ATRIBUTOS DOMINIAIS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

3.3.1 Direito de usar – *ius utendi*.

Consiste na faculdade de colocar a coisa a serviço do titular, sem modificação na sua substância, ou seja, o proprietário pode servir-se pessoalmente de seu bem, ou, cedê-la a um terceiro. Caso não deseje utilizá-lo, também tem a faculdade de deixá-lo inerte, pois, usar não é apenas servir das qualidades da coisa, mas também, deixá-la apta para uso. Entretanto, ao optar por deixá-lo inerte, desrespeita a função social da propriedade, podendo sofrer as sanções previstas para reverter este quadro.

Deve-se ressaltar que por mais direito que o dono possa ter sobre a coisa, quando fala-se em direitos de propriedade, seu uso não pode sobressair aos direitos previstos em

¹¹¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Atual. por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003, t. 1, p. 28.

lei especial, fauna, flora, belezas naturais, equilíbrio ecológico, patrimônio histórico e artístico, bem como, dirigido no propósito de ser nocivo a outrem, conforme o artigo 1.228, parágrafos 1º e 2º do Código Civil.

Vejam os entendimentos de Caio Mário da Silva Pereira sobre os parágrafos do dispositivo supracitado:

Nesta submissão sobreleva o conceito de função social, mais determinável pelo aspecto negativo, de sorte que o dominus não faça de seu direito um instrumento de opressão, nem leve o seu exercício a extrair benefícios exagerados, em contraste com a carência circunstante. Destoa, da noção encrustada no parágrafo, que o proprietário use egoisticamente seu direito em detrimento da coletividade, extraindo da coisa proveito que importe em sacrifício do maior número.¹¹²

Seu posicionamento pode ser comparado com o pensamento do legislador brasileiro, influenciado pelos direitos advindos da Constituição Federal de 1988, os quais, por mais esforços que existam para que a propriedade particular seja protegida e mantida, ocorrendo um exercício arbitrário do direito de uso, o Estado lhe tolhe em benefício dos direitos da coletividade, priorizando a harmonia comum.

3.3.1 Direito de gozar – ius fruendi.

Embora gramaticalmente uso e gozo possam ser sinônimos, quando se fala em direitos reais, ambos não possuem o mesmo significado.

Dentro dos direitos reais o gozo correlaciona-se com o aproveitamento dos frutos advindos da propriedade, sejam naturais, *quidquid nasci et renasci solet*, ou, civis.

3.3.2 Direito de dispor - ius abutendi.

Nas palavras de Hedemamm, quem dispõe da coisa mais se revela dono do que aquele que usa ou frui.¹¹³ Neste sentido, o direito de dispor é o poder de alienar a coisa a qualquer título – doação, venda, troca; quer dizer ainda consumir a coisa, transformá-la, alterá-la; significa ainda destruí-la, desde que não suceda de comportamento antissocial, nos mesmos moldes do explanado sobre as limitações do uso da coisa, decorrentes do parágrafos 1º e 2º do artigo 1.228 do Código Civil.

Caio Mário da Silva Pereira traz uma única exceção ao direito de dispor daqueles

¹¹² PEREIRA, 2014a, p. 78.

¹¹³ HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Version espanola y notas de Jose Luis Diez Pastor, Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 140.

que dispõem da propriedade plena, ou seja, com os 4 (quatro) atributos, a propriedade resolúvel, ou seja, aquela que resulta de cláusula posta em título aquisitivo, pois, resolvido o domínio, os direitos reais constituídos durante sua vigência também são resolvidos.

Nos termos do artigo 1.359 do Código Civil, “resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar o poder de quem a possuía ou detinha”, em termos mais simples, desfeito o domínio, todos os direitos reais constituídos em sua vigência, assim, também o serão.

3.3.3 Reaver a coisa – rei vindicatio.

Direito de ação proveniente do Direito Romano, cujas diretrizes iniciais não permitiam àquele desprovido do direito a possibilidade de perseguir seu objeto em juízo.

Contemporaneamente, na realidade brasileira, mais uma vez através dos princípios provenientes da Constituição Federal de 1988, de forma mais precisa, em seu artigo 5º, inciso XXXV, todo direito é provido de ação que o assegura.

Neste sentido, haja visto que aos brasileiros é garantido o direito de propriedade, conforme visto acima, em nada serviria tal direito, caso não lhe fossem dados, também, a garantia de recorrer em juízo de alguém que injustamente possuísse suas coisas ou as detivessem sem justo título.

Pela vindicatio o proprietário vai buscar a coisa nas mãos alheias, vai retomá-la do possuidor, vai recuperá-la do detentor. Não de qualquer possuidor ou detentor, porém, daquele que a conserva sem causa jurídica, ou a possui injustamente.¹¹⁴

Embora possa parecer repetitivo e maçante, não há como desvincular os direitos de propriedade do novo ordenamento constitucional, principalmente porque o vigente Código Civil foi modificado, não só para regulamentar os atos da sociedade brasileira, já em descompasso com a legislação antiga, mas também para enquadrá-los na nova ordem constitucional.

Ainda que não haja muita correlação com objeto do presente estudo, não há como se estudar a *rei vindicatio*, sem ao menos citar, mesmo que de forma sucinta, a nova

¹¹⁴ PEREIRA, 2014a, p. 79, grifo do autor.

limitação a este atributo, advinda do artigo 1.228, § 4º e 5º do Código Civil, *in verbis*:

Artigo 1.228, CC.: *O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.*

§4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante;

§5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para registro do imóvel em nome dos possuidores.

Tal privação ao direito de reaver a posse da coisa gerou um *frisson* na doutrina e jurisprudência, na tentativa de se formalizar a natureza jurídica de tal inovação legislativa.

Neste mesmo diapasão, existem 4 posicionamentos: uma nova constituição de modalidade de desapropriação de direito privado; uma espécie de usucapião onerosa; modalidade de aquisição *sui generis* por interesse social, e, por fim, uma privação do direito do proprietário de reaver a posse da coisa, uma vez preenchidos os requisitos normativos previstos.

Posicionamentos a parte, por mais nobre que tenha sido a intenção do Poder Legislativo, os parágrafos em análise padecem de definição, pois, não demonstra referências para que se arbitre o tamanho a ser considerado apto para tornar-se objeto desta perda de direito de reaver, bem como, quem pagará tal indenização, já que Município, Estado e União não podem arcar com tal *quantum* por não fazerem parte de nenhum dos pólos desta lide, não podendo sofrer os efeitos desta possível sentença condenatória.

3.4 CLASSIFICAÇÃO

Do rol de classificações doutrinárias dos direitos reais, a mais pertinente, ao presente trabalho é aquela que os dividem entre direitos reais sobre coisa alheia e direitos reais sobre a própria coisa, que, de acordo com Sílvio Venosa, tal divisão obedece à possibilidade de desdobramento da titularidade do direito real, tornado limitado o direito

de propriedade.¹¹⁵

Direito real sobre coisa alheia trata-se de uma classificação inexistente no vigente Código Civil, haja vista que no Código Civil de 1916 o Título III do Livro II contemplava os direitos reais sobre coisas alheias, cuja abordagem trazia os direitos de gozo e fruição (Capítulos II a VII) e, por conseguinte, os direitos reais de garantia (Capítulo VIII).

No novo Código Civil tal classificação é inexistente, cabendo apenas à parte doutrinária do estudo do direito civil. No entanto, sua ausência não pormenoriza sua aplicação no direito, ficando a classificação legal atida apenas aos Direitos Reais de Gozo ou Fruição, Direitos Reais Limitados de Garantia e Direito Real de Aquisição.

No capítulo anterior, foi dito que quando todos os 4 (quatro) atributos da propriedade, (usar, gozar, dispor e reaver), estavam reunidos na mesma pessoa tinha-se a plenitude do direito de propriedade e quando algum deles era transferido a outrem formava-se um direito real sobre coisa alheia, ou, *jura in re aliena*.

São direitos reais sobre coisa alheia o usufruto, uso, habitação, as antigas enfiteuses (haja vista que o artigo 2.038 do Código Civil de 2002 proíbe a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, permitindo que as antigas existam até sua extinção), servidões, hipoteca, penhor e anticrese; os quais são divididos ainda, em direitos reais de gozo e de garantia.

A primeira categoria, de gozo ou fruição, são compostos aqueles que conferem ao usuário a possibilidade de uso e atividade efetiva sobre a coisa, ou seja, uso, habitação, enfiteuses e servidões. Na segunda e última, de garantia e de aquisição, o titular extrai modalidade de segurança para o cumprimento de obrigação.¹¹⁶ Neste diapasão, trata-se de uma garantia acessória à obrigação principal, adquirida pelo proprietário, cujo teor confere uma segurança ao cumprimento de tal negócio jurídico, ou seja, em caso de descumprimento, a constituição deste direito real garante o cumprimento da convenção, sendo compostas, pelo penhor, hipoteca e anticrese.

Por fim, quando os 4 (quatro) atributos da propriedade estão reunidos na mesma pessoa tem-se o direito real sobre coisa própria, representado pela própria propriedade.

3.5 NATUREZA JURÍDICA

Passado o estudo específico dos direitos reais, mesmo que o rol quanto aos

¹¹⁵ VENOSA, Sílvio de Sávio. *Direito Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Direito Civil; 5), p. 24.

¹¹⁶ VENOSA, 2012, p. 24.

direitos reais seja taxativo, defende-se a necessidade de que o *Timesharing* também seja enquadrado juridicamente, através de lei ordinária, como direito real sobre coisa alheia, principalmente como forma de trazer maior segurança jurídica aos consumidores, participantes de negócios jurídicos desta natureza.

Salienta-se, primeiramente, que diante de todas as modalidades apresentadas no primeiro capítulo, o presente trabalho não se aterá à modalidade societária, pois, além de não ter obtido muito sucesso nos países os quais a aplicaram, não ter se encontrado registros desta modalidade sendo utilizada em solo nacional, e, por fim, por tratar-se de direito pessoal e não real.

As outras modalidades, imobiliária, hoteleira e como direito real sobre coisa alheia, embora exista a ausência de previsão legal, analisando suas características essenciais, pode se concluir que poderia ser enquadrado como um direito real.

Do mesmo modo que o *timesharing*, também, ainda sem previsão legal, poderia ser compreendido como um direito real sobre coisa alheia, pois, os direitos reais sobre coisas alheias se constituem quando o proprietário desmembra o domínio de sua propriedade e o transfere a um terceiro, neste sentido, de acordo com todas as modalidades apresentadas no primeiro capítulo, com exceção da societária, ocorre a transferência do domínio da propriedade a um terceiro, independentemente da forma a qual tal transferência é realizada.

O exercício dos direitos relativos ao domínio (uso, gozo, fruição e disposição) fica restringido ao fator tempo, já determinado, e somente a ele, fora do tempo estabelecido, os mesmos direitos serão aproveitados por outrem.

Quando chega o período de direito do multiproprietário, este se 'coloca' na posição de 'proprietário', recebendo os atributos da propriedade, inclusive o domínio, podendo decidir se usa sua unidade autônoma, as áreas comuns, de acordo com as regras já pré-estabelecidas.

Optando por não utilizar o imóvel no seu período tem a faculdade de locá-lo a terceiro, sem precisar da vênua dos demais multiproprietários, pois o domínio do bem neste período é seu, pode também vender seu direito no imóvel para terceiro, relativos à sua unidade e partes comuns, restringido ao seu lapso temporal, mesmo que exista cláusula contratual em sentido contrário, pois como será verificado no capítulo seguinte, o direito do consumidor não está vinculado ao *pacta sunt servanda*, de modo que o consumidor não pode ser submetido a obrigações de natureza iníqua, abusiva ou desrespeito a boa-fé.

Não existem impedimentos para que também o direito de multipropriedade seja

doado, legado ou transmitido através de *alienação causa mortis*, desde que realizado de acordo com a legislação vigente sobre tais temas, e, neste último, nos mesmo moldes os quais o *de cujus* detinha em vida.

Em resumo, nas palavras de Dário da Silva Oliviera Jr e Victor Emanuel Christofari, “não se pode olvidar que cada multiproprietário é detentor de direitos sobre a sua ‘coisa’, ou seja, uma unidade (parte autônoma e parte comunitária) aliada a um tempo, e esse é seu *patrimônio* no complexo turístico. Assim, qualquer que seja o ônus, ou encargo, não pode ultrapassar essa quota, restrição indispensável ao respeito dos direitos dos demais condôminos.”¹¹⁷

Neste sentido, tal limitação é característica dos direitos reais sobre coisas alheias, pois a natureza do domínio não é modificada, o titular da propriedade fica privado de alguns dos poderes inerentes à propriedade, havendo dois titulares sobre a mesma coisa, em graus jurídicos diversos, o multiproprietário na vigência de seu direito sobre o bem e o próprio proprietário, antes, durante e depois do lapso temporal pertinente ao multiproprietário, consignando sua restrição durante o uso deste.

3.6 LIMITES AOS PODERES DE USAR, GOZAR E DISPOR DO MULTIPROPRIETÁRIO

Particularmente, por mais que o multiproprietário também possua os poderes de uso, gozo e disposição da propriedade, pela singularidade do instituto, tais autorizações alteram a concepção clássica/básica de domínio, ocorrendo, então a restrição deste, principalmente porque a principal destinação do instituto é turístico-residencial-empresarial.

Neste sentido, ao adquiri-lo o multiproprietário, não tem o condão de alterar a destinação do imóvel, devendo todos adquirentes se sujeitar a mesma norma, fato atípico às aquisições de direito de propriedade, principalmente, porque conforme dito acima sua finalidade é turístico-residencial-empresarial subordinada obrigatoriamente à uma atividade lucrativa que será também utilizado por outros multiproprietários ou clientes. Assim o titular não pode escolher outra modalidade de fruição que não seja a convencionalizada no contrato e desvie o imóvel das suas finalidades.

Por conseguinte, por mais que em tese o proprietário possa destruir seu imóvel, desde que nos moldes permissivos da legislação e não desrespeitando a função social da propriedade, o multiproprietário indis põe do *ius destruendi*, seja nas partes privativas ou

¹¹⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Dário da Silva; CHRISTOFARI, Victor Emanuel. *Multipropriedade (Timesharing:)* aspectos cíveis e tributários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 34.

comuns do empreendimento.

O multiproprietário também está impedido de realizar qualquer alteração no mesmo, inclusive benfeitorias, devendo cuidar da unidade imobiliária, desde a estrutura, conforme dito, até o mobiliário, pois a cada início de estadia o mesmo deve preencher uma ficha acerca deste inventário. Se ao final da mesma for encontrada qualquer irregularidade, ele pode ser obrigado a arcar com os custos de manutenção/reparo dos bens móveis, ou, até mesmo ser submetido à retenção de suas bagagens para satisfação dos mesmos, de acordo com as normas civis.

Embora o uso da unidade imobiliária seja livre, o multiproprietário não pode abrigar mais ocupantes que a unidade privativa possa dispor, seja convidados ou membros da família, sob a mesma justificativa de preservação do bem. Neste mesmo sentido, o titular também deve sair das dependências do imóvel em data e horário previamente estabelecidos, sob pena de pesadas multas cominatórias, por hora de atraso, perdas e danos, e, dependendo da gravidade até mesmo a caracterização de esbulho possessório.

O titular também não tem o direito de interferir na gestão do imóvel, que fica sob exclusividade do proprietário, seja pessoa física ou jurídica, até mesmo porque trata-se de um empreendimento cuja gestão demanda uma expertise especializada para não garantir sua perpetuidade e satisfazer não só os multiproprietários, mas também hóspedes ordinários e seus próprios funcionários. Tais limitações, no entendimento de Dário da Silva Oliveira Jr e Victor Emanuel Christofari, provocam, por outro lado, a delegação de imenso poder ao administrador e, de outro, a submissão do titular a uma disciplina condominial rígida, inexistente e sequer imaginável nas maneiras tradicionais de aproveitamento do domínio por seu único titular.¹¹⁸

Por fim, com relação ao poder de disposição do bem, os limites impostos ao titular vão de acordo com a convenção do empreendimento. Via de regra, ele tem total autonomia para alienar seu direito, seja a título oneroso ou gratuito, bem como cedê-lo para uso e fruição através de contrato, conforme visto no capítulo anterior. Por outro lado, a limitação imposta tem o condão de manter o controle entre os usuários e a administração, pois, a regra entre as convenções exigem a comunicação aos gestores dos atos de transferência. Ou, em casos mais extremos, mas que simbolicamente, também demonstra privações ao direito de dispor, a proibição de realizar cópias das chaves do apartamento.

3.7 TIMESHARING: DIREITO REAL SOBRE COISA ALHEIA OU COISA PRÓPRIA?

Durante o desenvolvimento do presente trabalho, na fase de estudo propriamente

¹¹⁸ OLIVEIRA JÚNIOR; CHRISTOFARI, 2000. p. 37.

dita, foi verificada a identificação do *timesharing* como um condomínio, fato este que causa estranheza, haja vista, doutrinariamente dizendo, ser tratado como um direito real sobre coisa própria, ou seja, *jus in re própria*.

Neste sentido, a primeira razão pela qual o *timesharing* deve ser dissociado do condomínio é o fato de que a relação condominial não pode ser tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, fato este que retira direitos e garantias aos consumidores, que via de regra, só tomam conhecimento deste instituto através de oferta, publicidade, geralmente em período de férias, quando se hospedam em empreendimentos acostumados com esta modalidade de negócio jurídico, ocasião de relativa hipossuficiência, por tratar de momento de lazer, em que relativiza-se conhecimentos anteriormente adquiridos, em benefício à descontração, relaxamento.

Em continuidade, o condomínio é um direito real originário, que manifesta a reunião dos atributos de uso, gozo, disposição e reivindicação, por outro lado, os direitos reais sobre coisa alheia só manifestam quando ocorre o desdobramento destes atributos do direito de propriedade, as faculdades contidas no domínio, cuja existência jamais será exclusiva.

Como então poderia o *timesharing* ser um direito real sobre coisa própria? A fim de elucidar este tema vejamos alguns entendimentos jurisprudenciais:

EMENTA. CIVIL COBRANÇA DE DESPESAS CONDOMINIAIS MULTIPROPRIEDADE TIMESHARING IMOBILIÁRIO A RESPONSABILIDADE DE CADA COPROPRIETÁRIO EM RELAÇÃO ÀS DESPESAS DA UNIDADE É PROPORCIONAL À SUA FRAÇÃO - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. O prazo prescricional para cobrança de despesas condominiais, segundo entendimento firmado no e. Superior Tribunal de Justiça, é regulado pelo art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil.
2. Como forma de garantir a permanência do vínculo jurídico tal como idealizado, a solução inexorável é a de responsabilizar pessoalmente cada coproprietário tão somente pela quota proporcional das despesas condominiais, sendo certo que, na hipótese de inadimplemento, apenas sua fração ideal responderá pelo cumprimento da obrigação, pelo menos até que sobrevenha a extinção amigável ou judicial do condomínio, para aqueles que defendem a possibilidade.

3. Recurso conhecido para decretar a prescrição parcial da pretensão e, no mais, prover parcialmente o recurso do condomínio. **TJSP APL 37897920108260576 SP 0003789-79.2010.8.26.0576. Relator: Des. Artur Marques. Julgamento:30/07/2012. Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 31/07/2012.**

EMENTA: AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS. MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (TIME SHARING). ATRASO NA CONCLUSÃO DA OBRA. GOZO DO PERÍODO DE FRUIÇÃO A QUE FARIAM JUS OS AUTORES EM OUTROS IMÓVEIS. CONCORDÂNCIA QUANTO AO PROCEDIMENTO ADOTADO. PROVEITO ECONÔMICO COM O AJUSTE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO MATERIAL. ENLEIO PRESERVADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O sistema **time sharing** ou multipropriedade imobiliária é uma espécie condominial relativa aos locais de prazer, pela qual há um aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento), repartido, como ensina Gustavo Tepedino, em unidades fixas de tempo, assegurando a cada co-titular o seu uso exclusivo e perpétuo durante certo período anual (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 4º volume. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 212).

2. Atrasada a conclusão do empreendimento múltiplo, com violação de cláusula específica, assistia aos autores o direito à resolução, ou então, perseguir o cumprimento do enleio, nos termos do art. 1.092 do Código Civil de 1916 (art. 475 do CC/2002). Exercida a fruição de férias em outros imóveis da rede, equivalente à segunda opção, sem indicativo de prejuízo até que o resort ficou pronto, e sem demonstração de impossibilidade do uso ulterior, observa-se proveito econômico bastante à rejeição do pedido de ruptura negocial lançado de forma tardia.

3. Recurso desprovido. **TJSC. Apelação Cível: AC 638305 SC 2010.063830-5. Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgamento: 01/02/2011. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil.**

EMENTA. DESPESAS DE CONDOMÍNIO - AÇÃO DE COBRANÇA - EXTINÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL - AFASTAMENTO MULTIPROPRIEDADE

IMOBILIÁRIA OU TIMESHARING - INSTITUTO QUE GUARDA SEMELHANÇAS COM O CONDOMÍNIO EDILÍCIO - POSSIBILIDADE DE REGÊNCIA PELA LEI N. 4.591/64 - PRECEDENTES DESTA CORTE -SIMPLES LIMITAÇÃO TEMPORAL AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE USO DO IMÓVEL, SEM COMPROMETER O DIREITO REAL DE PROPRIEDADE - ESTIPULAÇÃO EM CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO DEVIDAMENTE REGISTRADA - EXPRESSÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE DOS COMNDÔMINOS - MEIO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A COBRANÇA - DESPESAS COMUNS COM NATUREZA ANÁLOGA ÀS DESPESAS DO CONDOMÍNIO EM EDIFICAÇÕES - AÇÃO PROCEDENTE -INCIDÊNCIA DE ENCARGOS MORATÓRIOS AMPARADOS EM CONVENÇÃO CONDOMINIAL. Recurso provido. TJSP APL 992060663404 SP. Relator: DES. Edgard Rosa. Julgamento: 25/08/2010. Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 08/09/2010.

Pelo fato do *timesharing* não ser um instituto muito difundido no país, não há legislação nacional, nem extensas doutrinas brasileiras sobre o tema, e, as existentes antecedem o Código Civil de 2002. Neste sentido, sua natureza jurídica e alcance são de difícil delimitação.

As jurisprudências acima ratificam o entendimento de classificação do *timesharing* como uma relação condominial, representante dos direitos reais sobre coisa próprias. Passemos ao estudo do condomínio, os fundamentos da sua forma clássica e como sua teoria se constrói.

Primeiramente, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira, a ideia mestra do condomínio “está no exercício conjunto das faculdades inerentes ao domínio pela pluralidade de sujeitos, por tal arte que cada um deles tenha um poder jurídico sobre a coisa inteira, em projeção de sua quota ideal, sem excluir idêntico poder nos consócios ou coproprietários.”¹¹⁹

Por conseguinte, condomínio é transitório, seja em sua natureza em oposição à exclusividade da propriedade, seja porque desde os primórdios tem sido objeto de diversos litígios, os quais os legisladores, inclusive os brasileiros, tentam reprimir e cercear, instituindo no caso brasileiro, o artigo 1.320 do Código Civil o qual permite sua desconstituição por qualquer condômino, a qualquer tempo, ainda que o estado de

¹¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014b, p. 52.

comunhão tenha se dado através de doador ou testador, conforme os parágrafos 1º e 2º do mesmo dispositivo legal.

Por fim, a forma clássica de condômino também não pode dar a posse, o uso ou o gozo da propriedade a terceiros sem anuência dos demais condôminos, de acordo com o artigo 1.314 do Código Civil, nem alienar sua quota-parte a não condôminos, sem permitir o direito de preferência para adquiri-la aos outros coproprietários, vide artigo 1.322 do mesmo *codex*.

Agora no que se refere à propriedade horizontal, sua matriz diverge dos princípios tradicionais. De início, os direitos dos condôminos da forma edilícia, fracionada em apartamentos residenciais ou comerciais não se resumem a coisa toda, apenas sua quota ideal, além dos espaços comunais e aqueles necessários à consolidação da comunhão como fiação, encanamento e a própria construção, por exemplo. Contudo, seus poderes são mais importâncias naqueles relacionados aos exercidos exclusivamente sobre a sua fração da coisa, excluindo os demais condôminos.

Neste caso, diferentemente da forma tradicional o qual há a intenção de evitar a perpetuidade do condomínio, a comunhão permanente e perpétua é estimulada, cuja finalidade é a manutenção de sua estrutura jurídica, pois, “não será possível a conservação útil do complexo jurídico nem concebível a fruição da parte exclusiva de cada condômino sem a permanência do estado de comunhão. Em consequência, esta é a obrigatoriedade duradoura, em contraposição à comunhão clássica, que a lei quer transitória.”¹²⁰

Além do uso da coisa por si ou por outrem, o condômino também pode dar posse, uso ou gozo da propriedade a estranhos sem anuência dos demais, mas, tal direito pode sofrer restrição caso a convenção livre dos titulares assim decida. Por conseguinte, no que se refere ao terreno e as partes comuns não se pode destacar do direito exclusivo sobre a propriedade, muito menos o proprietário ser impedido de alienar sua unidade autônoma, sem a anuência dos demais.

Acerca de sua natureza jurídica, haja vista que juridicamente, o condomínio edilício também se trata de inovação jurídica, diversas correntes foram formalizadas, pelos diversos doutrinadores de peso do Direito, seja nacional ou internacional, desde aquelas que tentou aproximá-lo do teor proveniente do direito romano até outras que o trataram como figura nova de pessoa jurídica, por exemplo. No entanto, suas características próprias não podem ser ofuscadas pela antiga concepção de propriedade.

Trata-se de um conceito dominial novo, teoria embasada tanto por Caio Mario da

120 PEREIRA, 2014b, p. 53.

Silva Pereira, quanto Orlando Gomes,¹²¹ cujos reflexos são objetos de uma combinação entre os conceitos de domínio singular e plural, ou, como preferir, domínio exclusivo e comum.

Neste sentido, caso não tratasse o condomínio edilício como novo conceito dominial, todos os direitos subjetivos presentes na propriedade exclusiva perderiam sua estabilidade caso não fosse exercido junto a existência do condomínio, pois o funcionamento do domínio tornar-se-ia inviável se não houvesse a propriedade coletiva ou a propriedade conjunta de todos sobre as áreas de acesso. Se não houvesse também a copropriedade do terreno, quanto à unidade autônoma, não seria possível a realização de sua construção.

Da mesma forma que o condomínio sobre subsolo, solo e áreas comunais, perderiam todo sentido caso também não houvesse a propriedade individual, representada por sua unidade autônoma.

Neste sentido, conclui novamente Caio Mario, "a propriedade horizontal e, portanto, um direito, que se configura com suas linhas estruturais definidas, próprias, características, peculiares, na aglutinação do domínio e do condomínio; da propriedade individual e da propriedade comum, formando um todo indissolúvel, inseparável e unitário. Os direitos do comunheiro sobre a sua unidade autônoma e sobre as partes comuns consideram-se então indivisíveis, não podendo ser cedidos separadamente [N.A.: Código Civil, art. 1.339, §1º].¹²²

E continua, quando diz que:

somente esta simbiose orgânica dos dois conceitos, na criação de um direito complexo, é que oferece justificativa precisa aos direitos e aos deveres dos condôminos. Não é apenas uma propriedade mista, em que o domínio exclusivo vive ao lado do condomínio. Não é uma justaposição de direitos e de conceitos. É uma fusão de direitos e uma criação de conceito distinto. Não é, por outro lado, uma relação de dependência, em que um direito tem caráter principal e outro direito o tem acessório. [...] Há uma fusão de direitos, pela qual o mesmo sujeito é simultaneamente titular de uma propriedade e de

121 Segundo Orlando Gomes em sua obra Direitos Reais, o condomínio edilício não é propriedade individual nem condomínio, mas as duas coisas ao mesmo tempo.

122 PEREIRA, 2014b, p. 64.

*uma copropriedade. Relação subjetiva uma, relação objetiva dicotômica.*¹²³

Por fim, conforme demonstrado, não há como se auferir prioridade e valoratividade na relação entre condomínio e propriedade horizontal, pois há dependência do solo em relação à construção, e vice-versa. Bem como não se pode dizer qual é a coisa principal e qual a acessória, não só porque a quota individual acompanha a unidade autônoma, mas também, porque o terreno figura entre as coisas inalienáveis, do domínio de todos os proprietários do prédio.

Analisado os aspectos jurídicos do condomínio clássico, bem como de sua forma edilícia, entendo que por mais semelhanças que possam existir, o *timesharing* não se trata de um condomínio, ou um direito real sobre coisa própria, como a doutrina entende como a classificação coerente ao condomínio.

Primeiramente, a diferença básica encontrada se apresenta na questão da propriedade e seus atributos. Quando se analisa o *timesharing* se verifica que o multiproprietário jamais será o dono do empreendimento e não terá a reunião dos atributos de uso, gozo, disposição e reivindicação reunidos na sua pessoa, enquanto no condomínio, o proprietário detém todos os atributos de sua unidade autônoma reunidos em si.

Os atributos da propriedade de uso, gozo e disposição do empreendedor são desmembrados de si e repassados ao multiproprietário, que passa a ter tais direitos somente à sua unidade autônoma, ou seja, o apartamento que utilizar e as devidas unidades comuns.

Por mais que no ato da aquisição do *timesharing* o comprador, hora multiproprietário detenha um direito cuja duração é posterior à sua morte (haja vista que pode ser transferido *mortis causa*) ou até sua transmissão *inter partis*, ele só se consuma em seu período aquisitivo, ou seja, no período contratualmente determinado, o qual o apartamento pertencente ao empreendimento terá o uso cedido ao multiproprietário. Fora deste período todos os atributos são reunidos novamente no proprietário, e, ou serão repassados a outro multiproprietário, caso seja o seu período, ou, permanecerão com aquele, caso o apartamento seja utilizado por um hóspede ordinário.

Os poderes inerentes à propriedade não são temporários no condomínio, enquanto o condômino for o titular do respectivo bem, bem como, seu exercício não sofrerá limitações, a não ser aquelas dispostas no ato constitutivo do condomínio, inclusive

¹²³ Ibid., p. 65.

no que se refere ao alcance de seu domínio às áreas comuns do edifício.

Conforme visto anteriormente, o multiproprietário não tem autonomia para administrar o *timesharing*, sendo tal ato exclusivo do proprietário e os gestores por este nomeados. No entanto, no condomínio edilício, por mais que haja a figura do síndico, e, contemporaneamente, empresas prestadoras deste tipo de serviço, a administração fica sob encargo dos moradores, representados pela assembleia geral.

A responsabilidade civil entre os institutos também é diferente, pois, o proprietário empreendedor é o único responsável por qualquer ato ilícito cometido contra outrem, inclusive os trabalhistas perante os funcionários responsáveis pela manutenção do bem. O multiproprietário, neste caso, só fica responsável pelo pagamento das taxas relativas ao seu uso, para preservação do mesmo, mas, não só o condomínio, mas também os condôminos, individualmente, podem ser responsáveis por seus atos ilícitos.

Por fim, conforme demonstrado acima são várias as diferenças entre os institutos, sendo a mais importante delas àquela relacionada à propriedade e seus atributos. Todavia a caracterização do *timesharing* como um condomínio edilício, por mais que errônea, pode ser explicado através da origem das obrigações atinentes tanto ao multiproprietário quanto do condômino. Além de ambos pagarem taxas pelo uso ou conservação do bem e possuírem áreas comuns compartilhadas, ambos devem seguir uma cartilha de obrigações similares no que se refere ao uso de tais unidades. No entanto, geralmente o multiproprietário adere às condições propostas pelo empreendedor-proprietário, sem possibilidade de questionamento, até mesmo porque sua investidura dá-se através de contrato de adesão cujas cláusulas já delimitam seus direitos e deveres. Mas, quanto ao condômino, seus direitos e deveres são estabelecidos na assembleia de constituição do condomínio edilício, cujo alcance destes são objeto de questionamento entre todos os condôminos.

4. O Timesharing Sob a Ótica do Direito do Consumidor

Preliminarmente, antes de aprofundar-se no estudo da matéria do direito do consumidor face ao contrato de *timesharing*, há de se ter como premissa que o Direito do consumidor deverá ser promovido pelo Estado, na forma da lei, conforme garantia presente no Artigo 5º, XXXII da Constituição Federal, e, que a ordem econômica nacional tem por fim assegurar a todos existência digna, observando princípios, dentre eles, o da defesa do consumidor, conforme artigo 170, V, da Carta Magna.

Interessante frisar, antes do aprofundamento da temática consumerista, que a própria criação de seu instrumento normativo demonstra a vulnerabilidade trazida pelo legislador à questão, pois se está diante de um código de defesa e não simplesmente um

códex relativo à normatização de negócios jurídicos entre empresas e consumidores, mas sim que sua base principiológica é a proteção do consumidor.

A importância da criação de normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, foi manifestada pelo Poder Constituinte, ao formular o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, obrigando a criação do Código de Defesa do Consumidor, cabendo a nós, operadores do direito ou não, defendê-las com todo rigor, diante da magnitude do tema exposto por nossa Constituição Federal.

Neste sentido, os artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor afirmam que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final e fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Não obstante, serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista, conforme disposto no artigo 3º do mesmo dispositivo legal.

Deste modo, não restam dúvidas que aquele adquirente/contraente de um *timesharing* na modalidade hoteleira consubstancia-se na condição de consumidor, e, o contratado como prestador de serviços, configurando uma relação de consumo, independentemente do olhar doutrinário que recai sobre o instituto.

Em continuidade, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, seu artigo 6º afirma que é direito básico do consumidor a informação adequada sobre os diferentes produtos e serviços, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, dentre todas, aquelas pertinentes aos tributos e preço, modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua modificação por situações supervenientes que a tornem excessivamente onerosas.

Pelos motivos acima expressos torna-se necessária a análise jurídica desta modalidade contratual perante a esfera do direito do consumidor, pois a realidade brasileira ainda está vinculada ao desrespeito, violação e judicialização das relações de consumo, de modo que empresas não só desrespeitam a legislação a qual estão vinculadas, mas também se desinteressam em promover a satisfação dos vícios e defeitos de forma extrajudicial.

4.2 O Direito do Consumidor e o Diálogo das Fontes

Num primeiro momento, pode-se questionar, a necessidade de iniciar o estudo de

um instituto sob a ótica do Código Civil, analisando-se, sobre tudo sua adequação a um direito real, não embasada em texto normativo, bem como, sua diferenciação com condomínio, condomínio edilício e direito de natureza pessoal e real, já que o objetivo do presente trabalho é justamente a explanação e elucidação de direitos do consumidor, que à primeira vista em nada se assemelha com o texto normativo civil.

Entretanto, a ideia de que as leis devem ser aplicadas de forma isolada umas das outras é afastada pela teoria do diálogo das fontes, teoria esta totalmente harmonizada com a mensagem do Código de Defesa do Consumidor.

Idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a Teoria das Fontes surgiu para fomentar a ideia de que o Direito deve ser interpretado como um todo de forma sistemática e coordenada, ou seja, uma norma jurídica não excluiria a aplicação da outra, como acontece com a adoção dos critérios clássicos para solução dos conflitos de normas (antinomias jurídicas), idealizados por Norberto Bobbio.

Pela teoria, as normas não se excluíam, mas se complementariam. Nas palavras do professor Flávio Tartuce, “a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierarquia, especialidade e cronologia). Realmente, esse será o seu papel no futuro¹²⁴”.

Neste sentido, através desta teoria, dentre todo o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se aplicar qualquer uma delas, que seja mais benéfico ao consumidor, mostrando-se totalmente permissivo o diálogo entre os dizeres do Código Civil e Código de Defesa do Consumidor.

Haja vista o Código de Defesa do Consumidor em seu capítulo sobre a proteção contratual do consumidor não mencionar e muito menos se aprofundar na proteção do consumidor em contratos de natureza semelhante ao aqui estudado, faz-se *mister* o intercâmbio de informações e normas jurídicas do instrumento normativo civil, vez que consumidores não deixarão de realizar contratos de *timesharing*, bem como defeitos e vícios nas relações de consumo não deixarão de ocorrer somente pela inexistência de texto normativo específico sobre o tema, e, o Poder Judiciário, uma vez provocado, tem o dever de promover a satisfação do direito prejudicado, independentemente da existência ou inexistência de lei sobre o tema, conforme entendimento extraído do artigo 4º da Lei de

124 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 2. ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 66.

Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Ratifica-se, também, que a nova sistemática do direito brasileiro, não prevê mais a aplicação do *pact sunt servanda* sobre toda e qualquer circunstância, mas sim, a busca da equivalência e equilíbrio do direito e obrigações dos participantes do negócio jurídico.

No entanto, a hermenêutica do CDC não deve ser realizada de forma isolada, mas sim, em sua ideia geral, de modo que os dizeres do artigo 51, que manifestam sobre as nulidades de pleno direito, pois representam cláusulas abusivas, veda as obrigações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor, e, restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual.

Assim, de acordo com Silvio Venosa, “a prestação de serviços pode ser conceituada como o contrato sinalagmático pelo qual uma das partes, denominada prestador, obriga-se a prestar serviços à outra, denominada dono do serviço, mediante remuneração. [...] Trata-se de contrato bilateral, pois gera direitos e obrigações para ambas as partes e como decorrência é oneroso; consensual, por se aperfeiçoar com simples acordo de vontades, e comutativo, porque impõe vantagens e obrigações recíprocas que se presumem equivalentes, conhecidas pelas partes. Quanto ao objeto, conforme artigo 594 (antigo 1.216) absorve toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial¹²⁵”. De modo que, o *timesharing* em sua modalidade hoteleira é formalizado através de um contrato de fornecimento de produtos e serviços, e, para melhor satisfação do direito do consumidor adquirente, é mediante sua constituição em direito real sobre coisa alheia, através de escritura pública, com seu devido registro, concedendo publicidade e segurança jurídica ao consumidor, mesmo não se tratando da aquisição de um bem imóvel, pois, se esta diante da transferência dos atributos da propriedade pelo titular ao multiproprietário, mesmo que por período determinado de tempo, configurando a realização de um direito real sobre coisa alheia.

4.3 Da Aparência e do Risco

Parafraseando Arruda Alvim, a vulnerabilidade é o traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos¹²⁶, entendimento este representado pelo artigo 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor.

125 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: contratos em espécie. V. 3. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 187 a 188).

126 ALVIM, ARRUDA. Código do Consumidor Comentado. 2ª ed. Revista dos Tribunais. 1995. p. 45.

Antes de adentrar ao estudo dos vícios do produto e do serviço os quais os consumidores podem se deparar ao tornarem-se multiproprietários, é necessário ter como premissa que em defesa desta vulnerabilidade, lhe foram criados mecanismos, a fim de reduzir esta vulnerabilidade, inclusive econômica, face à dificuldade na produção de provas para defesa de seus direitos, dentre eles, a teoria da aparência e a teoria do risco.

Dentro do universo consumerista, não são poucas as vezes as quais uma pessoa aparenta ser detentora de um direito ou dever, agindo por sua própria responsabilidade, quando não é, e não representa o verdadeiro titular, sendo que esta situação não hipotética é elucidada pela teoria da aparência, cuja configuração jurídica se dá quando “exista uma situação de fato que se apresente como situação de direito¹²⁷”.

Tal teoria faz-se muito necessária quando grandes corporações administram tais empreendimentos turísticos, inclusive mediante *holdings* de modo que o consumidor acaba contratando o fornecedor prestador de serviço, de acordo com as referências obtidas, ou até mesmo o prestígio público da marca empresarial envolvida, sendo que, na prática, diante de uma falha ou vício na prestação do produto/serviço acaba encontrando os mais diversos entraves, mais precisamente as infundadas alegações de ausência de obrigação ou responsabilidade civil, decorrente da administração do *timesharing* decorrer de outra empresa pertencente ao mesmo grupo, ou não, a qual o consumidor sequer conhece sua procedência.

Neste mesmo diapasão, porém não menos importante, a teoria do risco se fixa no fato de que, se alguém se põe em funcionamento qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência ou a um erro de conduta. Ou seja, aquele que lucra com uma atividade, deve responsabilizar-se pelos riscos inerentes à mesma.

Por estas teorias, o consumidor está tutelado a reivindicar seus direitos à pessoa jurídica cuja aparência lhe revela ser a responsável pelos problemas vivenciados, ou aquela cujo proveito econômico ocorreu diretamente ou indiretamente aos valores pagos pelo produto e serviço e serviço adquiridos, sendo totalmente infundada qualquer alegação de ausência de responsabilidade fundamentada em administração de grupo diversa àquela mencionada em contrato.

4.4 Oferta e Publicidade

Na contemporaneidade, raríssima é a relação de consumo que se inicia sem uma

127 RAO, Vicente. Ato Jurídico: São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 247.

oferta ou um encarte publicitário, seja mediante através de mídias sociais, jornais, rádio, televisão ou até mesmo, vendedores bem treinados, que partem do tudo ou nada para atrair consumidores em férias em *resorts* para adquirir títulos de *timesharing* em troca de altíssimas comissões.

Dentro das relações de consumo o *timesharing* tornou-se um diferencial nos lucros de grandes incorporações, aumentando a ocupação de apartamentos vagos em períodos de baixa temporada, vez que a maioria dos períodos aquisitivos somente são disponibilizados nesta época do ano, permitindo que não tenham perda de rendimento durante a alta temporada.

Ainda, no que se refere ao início do negócio jurídico, o *timesharing* não diverge da maioria dos contratos de consumo, iniciando-se através de um contrato de adesão, cujo teor dos direitos e obrigações não são objeto de discussão ou questionamentos. Se o consumidor desejar adquirir um título, *a priori*, administrativamente, deverá submeter-se ao contrato padrão, cujo teor nem sempre está em consonância com o diploma consumerista.

Em qualquer ramo do direito brasileiro, seja ele público ou privado, ele será norteado pela boa-fé, e, no direito do consumidor tal premissa não é diferente, tratando-se da estrutura basilar de toda relação de consumo perfeita, isenta de vícios, defeitos e em perfeita consonância com direitos e garantias legalmente instituídos.

Sobre a boa-fé, Maria Helena Diniz afirma que ela é alusiva a um padrão comportamental a ser seguido baseado na lealdade e na probidade (integridade de caráter), proibindo o comportamento contraditório, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes, no cumprimento não só da obrigação principal, mas também das acessórias, inclusive do dever de informar, de colaborar e de atuação diligente¹²⁸.

Tais obrigações acessórias são denominadas deveres anexos ao contrato e podem ser sintetizadas nas condutas de probidade, boa-fé, colaboração, informação e cuidado, e não estão unicamente restritas ao momento contratual, vinculando seu momento anterior, sua execução, nos casos de obrigações/prestações continuadas e sua conclusão.

Dentro deste regramento de obrigações anexas se incluem os institutos da oferta e publicidade trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 30 e 36. Por oferta entende-se o ato de oferecer, doar algo e está relacionada à

128 DINIZ. Maria Helena. Código Civil Anotado. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 218.

disponibilidade de algo ou coisa, enquanto publicidade significa divulgar, tornar público.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece ser direito do consumidor informação adequada e proteção contra propaganda enganosa. Note-se:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III – A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Artigo 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Portanto, como se pode notar é direito do consumidor ser garantido no tocante à oferta do produto, com informações corretas, sendo vedada a publicidade enganosa e abusiva.

O artigo 30, do CDC menciona que toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Analisando ambos dispositivos, conclui-se que toda a informação advinda da publicidade tem efeito de vinculação sob a oferta por ela proposta, mas, para que se tenha efeito legal, a oferta deve criar uma expectativa de cunho objetivo a respeito do produto ou serviço, e, a quebra desta, que enseja ao consumidor uma das opções presentes no teor do artigo 35 do CDC.

Compreende-se, assim que, em linhas gerais o nosso sistema não exige prova de enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial, ou seja, capacidade de indução ao erro. É irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente.

Cláudia Lima Marques, no que tange à publicidade, assevera que:

"A publicidade é um meio lícito de promover, de estimular o consumo de bens e serviços, mas deve pautar-se pelos princípios básicos que guiam as relações entre fornecedores e consumidores, especialmente o da boa-fé. As relações de consumo, mesmo em suas fases pré-contratual ou como preferem alguns, extracontratual, devem guiar-se pela lealdade e pelo respeito entre fornecedor e consumidor." (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, 4. ed., p. 675).

Desta forma, o consumidor, multiproprietário em potencial muitas vezes se submetem a ofertas cuja realidade não se comprova, caracterizando uma falha na prestação do serviço, ferindo o dever de qualidade o qual esperava com a aquisição deste produto/serviço.

De frente desta situação em potencial, determina o art. 48 do CDC que As declarações de vontade, constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos as relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos. De modo que, o consumidor lesado tem três opções, a exigência do cumprimento forçado a oferta e o aceite de outra prestação de serviço semelhante, seja pelos moldes administrativos, dentre eles, auxiliados pelo PROCON, ou a resolução do contrato, na via judicial.

Sobre a resolução do contrato, seja na esfera civil ou consumerista tal via de solução de litígios não é a regra, pois o atualmente entendimento jurisprudencial é sempre de tentar salvar o negócio jurídico, dentro do legalmente possível ao invés de resolvê-lo.

Em *prima facie* o descumprimento da oferta poderia ser semelhante ao enquadramento legal dos defeitos, falhas e vícios dos produtos e serviço, tutelados pelos artigos 12 a 25 do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, latente a falha na prestação do serviço, estes dispositivos de lei em nenhum momento asseguram ao consumidor a resolução do contrato, apenas a substituição/reexecução do produto ou serviço, a restituição dos valores pagos ou eventualmente o abatimento proporcional do preço.

Diverso é o entendimento do legislador sobre a oferta e publicidade, demonstrando a gravidade da lesão, pois nos termos do artigo 35, CDC, o consumidor lesado pela oferta está apto a requerer a resolução do contrato, com direito à restituição de qualquer quantia paga, corrigida monetariamente, sem mencionar o direito à indenização por danos materiais, fundamentando na comprovação das perdas e danos.

Necessário se faz mencionar o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quanto à oferta nas relações de consumo na jurisprudência abaixo mencionada:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO. COMPRA DE PRODUTO OFERTADO COMO REMÉDIO PARA EMAGRECIMENTO. INEFICÁCIA. PROMESSA DE EFEITOS NÃO EVIDENCIADOS. INDUÇÃO DO CONSUMIDOR A ERRO. ENGANOSIDADE. QUEBRA DA BOA-FÉ CONTRATUAL. ARTIGOS 4º, INCISO III, DO CDC E 422, DO CC. ABUSO DE DIREITO. CARÁTER VINCULATIVO DA PROPOSTA. ARTIGOS 30 E 37, DO CDC. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PRODUTO COM PUBLICIDADE SUSPENSA PELA ANVISA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 38 DO CDC. DANO MORAL CARACTERIZADO. CONSTRANGIMENTO, FRUSTRAÇÃO, ANGÚSTIA E INDUÇÃO A ERRO APROVEITANDO-SE DA FRAGILIDADE E DA BOA-FÉ DE CONSUMIDORA HIPOSSUFICIENTE. FIXAÇÃO DO QUANTUM EM ATENÇÃO AOS CRITÉRIOS REGULADORES DA MATÉRIA, SOB O BALISAMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO DO VALOR DA VERBA REPARATÓRIA. PRECEDENTES DO STJ E DESTES TRIBUNAL. 1 A publicidade enganosa autoriza a rescisão do contrato quando impossível sua execução na forma divulgada (artigos 30, 35, inciso III e 37, todos do CDC), previsto o direito às perdas e danos face aos efeitos vinculantes da oferta. 2. A publicidade, como espécie de oferta, é tratada de modo especial no Código de Defesa do Consumidor dada sua evidente importância no mercado de consumo, definindo-se nas modalidades enganosa e abusiva, igualmente suscetíveis de consequências bastante severas quer no âmbito civil como no administrativo e penal. 3. Tudo que se diga a respeito de um determinado produto ou serviço deverá corresponder, exatamente, à expectativa despertada no público consumidor, com as consequências elencadas na seção II do capítulo V, das práticas comerciais. 4. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé, conduzindo-se sob critérios de honestidade, transparência e eticidade (artigo 4º, inciso III, do CDC e 422 do CC). 5. Constitui publicidade enganosa (artigo 37, § 1º, do CDC), o anúncio de empresa que oferta produto para emagrecer, desconsiderando proibição da ANVISA (suspensão), fazendo promessas de perda de 22 kg em um mês cujo resultado proclamado não foi obtido após cumprimento das orientações previstas. 6. O

artigo 30 do CDC consagra o princípio da boa-fé que deve vigorar nas relações de consumo desde a fase pré-contratual, visando tal norma coibir os abusos praticados por intermédio do chamado marketing, obrigando o fornecedor a cumprir o prometido em sua propaganda. 7. A responsabilidade do fornecedor é objetiva pelos danos que causar ao consumidor, independente da existência ou não de culpa, na forma do artigo 18 do CDC, bastando para tanto a existência de nexo de causalidade entre o evidente vício do produto, e o dano causado. 8. O quantum fixado a título de dano moral deve apreciar o fato concreto, estando em conformidade com as circunstâncias específicas do evento, atentar para a situação patrimonial das partes (condição econômico-financeira), para a gravidade da repercussão da ofensa, atendido o caráter compensatório, pedagógico e punitivo da condenação, sem gerar enriquecimento sem causa (artigo 884 do CC), levando-se em conta, ainda, a medição da extensão do dano de que trata o artigo 944 do Código Civil, específica em cada caso, sempre em sintonia com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em quantia que seja capaz de gerar efetiva alteração de conduta. 9. Com esses fundamentos, o montante de R\$ 40.680,00 (quarenta mil e seiscentos e oitenta reais) fixado na sentença deve ser reduzido para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação pelo dano moral pelo produto ineficiente, considerando que não há nos autos notícias de que tenha a autora tenha sofrido danos em sua saúde, senão a frustração psicológica, considerada a angústia, o constrangimento, o vexame, bem como a fragilização da pessoa humana com evidente indução ao erro para satisfação dos padrões de beleza proclamados e prometidos. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (TJ-RJ - APL: 00064784220078190206 RJ 0006478-42.2007.8.19.0206, Relator: DES. LUCIANO SILVA BARRETO, Data de Julgamento: 30/01/2014, VIGÉSIMA SEXTA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de Publicação: 21/02/2014 16:35).

Haja vista que nas relações jurídicas consumeristas, os contratantes devam pautar-se em certo padrão ético de confiança e lealdade, em atenção ao princípio da boa-fé, a conduta da o consumidor deve sempre estar atento ao desrespeito a todos estes princípios, principalmente suas prerrogativas quanto ao descumprimento da oferta e publicidade.

4.5.1 Da Inversão Ope Legis do Ônus da Prova

Presente a relação de consumo, insta salientar que o Código de Defesa do Consumidor prevê duas distintas regras de julgamento/instrução no que se refere ao ônus probatório, a inversão *ope judicis*, decorrente do crivo judicial, ao identificar o preenchimento dos requisitos do artigo 6º, VIII, ou seja, verossimilhança das alegações e sua comprovada hipossuficiência, e, a inversão *ope legis*, decorrente da imposição legal, quando o direito discutido versa em fato do produto ou serviço ou publicidade (art. 12, § 3º, II; art. 14, § 3º, I e art. 38).

No campo legal, a inversão do ônus da prova, na esfera consumerista, é direito presente em seu artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, cujo teor afirma que é direito básico do consumidor, dentre outros, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Assim, denota-se que a inversão do ônus da prova, dentro da esfera consumerista, quando *ope judicis*, está fundamentada na plausibilidade da verdade ou da fraqueza econômica, aspecto fático ou mesmo técnico do consumidor.

Ainda sobre a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, sua vulnerabilidade é sempre presumida, independentemente de quem seja o consumidor e qual situação fática vivenciada, todos os consumidores são vulneráveis, conforme extraído do artigo 4º, I, CDC. Entretanto, no que se refere à hipossuficiência, que enseja a inversão *ope judicis* do ônus da prova, a mesma depende de prova, e, não é obrigatória.

Cláudia Lima Marques entende que vulnerabilidade significa uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção¹²⁹.

Em continuidade, embora alguns doutrinadores digam que existem quatro modalidades distintas de vulnerabilidade, entende-se que a adequação correta dá-se no campo da hipossuficiência, haja vista esta depender de prova a objetivar a inversão *ope judicis* do ônus da prova. São elas: técnica, jurídica, fática/socioeconômica e informacional.

A técnica, afirma que o consumidor é frágil nos conhecimentos técnicos do

129 MARQUES. Cláudia Lima; BENJAMIN. Antônio Herman V.; BESSA. Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 87.

produto ou serviço adquirido; a jurídica alega a fragilidade nos conhecimentos jurídicos e científicos; fática representa um aspecto frágil no aspecto econômico e situações peculiares ao caso concreto, e, a informacional, mais recente, mais recente, cujo teor manifesta uma fragilidade vinculada às informações veiculadas do produto ou serviço, conforme esclarecimentos prestados por Fabrício Bolzan¹³⁰.

Exceção à regra, a inversão *ope legis*, obrigatória, decorrente do texto normativo, só está presente em 2 (duas) situações em nosso ordenamento jurídico, nos casos da responsabilidade pelo fato do produto e serviço, inerente a acidentes de consumo e falha do dever de segurança, nos termos do artigo 12 e 14, CDC, e, publicidade, nos termos do artigo 38 do mesmo *códex*.

Neste sentido, em matéria de publicidade não se aplica a regra da inversão do ônus da prova disposta no artigo 6º do CDC, cuja inversão fica a critério do magistrado, mediante apresentação da verossimilhança das alegações e hipossuficiência e vulnerabilidade.

Outrossim, em qualquer disputa na qual se ponha em dúvida ou se alegue enganiosidade ou abusividade do anúncio, caberá ao anunciante o ônus de provar o inverso, sob pena de dar validade ao outro argumento, pois, a responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é de responsabilidade do fornecedor respectivo, conforme teor do artigo 38º do CDC.

De acordo com tal posicionamento, entende a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 363939 MG 2001/0117474-5, vejamos:

EMENTA. Recurso especial. Publicidade. Oferta. Princípio da vinculação. Obrigação do fornecedor. - O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado. - Constatado pelo eg. Tribunal a quo que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da oferta apresentada. - Diante da

¹³⁰ BALZAN, Fabrício. Direito do Consumidor esquematizado. 2ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

declaração de falência da concessionária, a responsabilidade pela informação ou publicidade divulgada recai integralmente sobre a empresa fornecedora. (STJ - REsp: 363939 MG 2001/0117474-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/06/2002, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.07.2002 p. 338 RMP vol. 19 p. 452 RSTJ vol. 159 p. 373).

Portanto, sempre que um consumidor, multiproprietário deparar-se com o descumprimento da oferta realizada, bem como do encarte publicitário fornecido, o fornecedor, após veicular seu anúncio, não pode arrependê-lo ou mesmo revogar a oferta realizada, pois, tal conduta representa um desrespeito ao princípio da irretratabilidade da oferta publicitária.

4.5.2 Aspectos Processuais da Inversão do Ônus da Prova

Brevemente afirmando, por força do teor do Recurso Especial 422.778/SP, julgado em 19 de julho de 2007, durante muito tempo a jurisprudência defendeu que a inversão do ônus da prova era regra de julgamento, razão pela qual o momento de sua aplicação era em sentença, sem que fosse oportunizado às partes desvencilhar-se do ônus lhe embutido, com provas, durante a instrução processual.

Evidente a insegurança jurídica que tal posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça causava aos jurisdicionados, principalmente, no aspecto subjetivo (comportamento), que a inversão do ônus da prova, como regra de julgamento causava às partes, com a interposição de novos recursos cuja matéria questionava a legitimidade do manifesto cerceamento de defesa da parte prejudicada, houve a evolução do pensamento jurisprudencial, por força do julgamento do Recurso Especial 802.832, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseveriano, publicado no Diário De Justiça em 21 de setembro de 2011, cujo recorte segue abaixo:

“Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão ‘ope judicis’ ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). (...) VI. A inversão ‘ope judicis’ do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de prova.”

O julgamento do REsp 802.832 elevou a distribuição do ônus da prova ao patamar de Regra de Procedimento, como já entendiam os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, em 2007, quando participaram do julgamento do REsp 422.778/SP, citado anteriormente, defendendo que o “a inversão do ônus da prova deveria ocorrer no momento da dilação probatória¹³¹”.

Desta forma, tratando-se de relação de consumo, o multiproprietário prejudicado, que decidir ir a juízo, na defesa de seus interesses, deve sempre se atentar, no que se refere à inversão do ônus probatório, ao despacho saneador.

Se o juízo omite-se na fixação dos pontos controvertidos, não manifestando-se expressamente quanto à eventual inversão *ope judicis* ou omitindo-se quanto à especificação concreta da inversão *ope legis*, nos casos previstos em lei, o consumidor estará diante de flagrante caso de *error in procedendo e error in judicando* do juízo, cujas consequências é o cerceamento do seu direito de defesa do consumidor, possibilitando o julgamento catastrófico do direito requerido, seja pela impossibilidade da produção da prova que lhe era necessária, uma vez compreendido que não seria hipossuficiente no caso em contrato, seja pelo desrespeito ao seu direito à inversão *ope legis*, obrigando-lhe a produzir prova cujo texto normativo não lhe imputa responsabilidade.

Todas estas questões devem ser discutidas no juízo de primeiro e segundo grau, através dos recursos cabíveis, antes do encerramento da instrução probatória, a fim de que se evite eventual argumentação de preclusão do direito, ou, que se leve todas estas questões ao Tribunal de Justiça, em sede de preliminar de recurso de apelação, que poderá acarretar a declaração da nulidade da sentença, objetivando o retorno dos autos à instrução, caso não seja possível aplicar a teoria da causa madura, atrasando ainda mais o reconhecimento judicial do direito requerido.

4.6 Das Nulidades Contratuais

Configurada a relação de consumo, com o preenchimento dos requisitos presentes nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, conforme arguido anteriormente, o artigo 6º, inciso III, do mesmo dispositivo de lei afirma que é direito básico do consumidor a informação adequada sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta, dentre todas, aquelas pertinentes aos tributos e preço.

Não obstante, identificada a lesão ao consumidor, em descumprimento a ideia geral deste texto normativo, em qualquer hipótese de suas garantias, dentre elas eventual

¹³¹ <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8907737/recurso-especial-resp-422778-sp-2002-0032388-0/inteiro-teor-14034135>

vício/defeito no produto ou serviço, inerente à qualidade ou segurança, descumprimento da oferta, publicidade, ausência de informação adequada, ou, até mesmo, a submissão do consumidor as nulidades contratuais presentes no Código de Defesa do Consumidor, conforme passa-se a iniciar seu estudo no presente trabalho; antes de qualquer coisa, o lesado, então consumidor deve ter ciência que a lei processual civil lhe garante o direito à declaração da existência ou da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica, nos termos do artigo 19, I do Código de Processo Civil.

Cláudia Lima Marques afirma em sua obra Manual de Direito do Consumidor, escrito em coautoria com o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antonio Herman Benjamin, citando o voto da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial REsp 1144840/SP132, que:

“Os arts. 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada . Diante disso, o comando do art. 6º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim entendida como aquela que se apresenta simultaneamente completa , gratuita e útil , vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor”.

Por conseguinte, o inciso IV do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor institui a transparência e a boa-fé no fornecimento dos produtos e serviços, que, em raciocínio conjugado com o artigo 4º, caput, CDC, expandem a exigência da boa-fé aos agentes contratuais tanto nos aspectos pré-contratuais, como formação e **execução dos**

132 BENJAMIN, Antonio Herman V. Manual de direito do consumidor / Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 74/75.

contratos de consumo.

Quando analisada a execução do contrato de consumo, mais precisamente, fornecimento de produtos e serviços de *timesharing*, sua apresentação, também, deve assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, origem e outros dados, nos termos dos artigos 31, 37, cujo teor informa sobre as praticas abusivas das relações de consumo, e, o 51, relativo ao rol **exemplificativo** das nulidades contratuais, todos do Código de Defesa do Consumidor.

Nestes termos aduz o artigo 51, CDC:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Quando o consumidor esta diante de uma nulidade contratual, a mesma sempre lhe é apresentada através de um contrato de adesão, de modo que, mesmo ciente dos seus direitos assegurados por lei, o fornecedor/prestador de produtos ou serviços não modificará os termos do negócio jurídico a ser firmado, ante a manifestação de vontade do consumidor, de modo que, vulnerável e hipossuficiente, o consumidor só poderá concretizar tal avença, caso sucumbente aos interesses do fornecedor, representados pelo contrato de adesão.

Não obstante, dentro de uma relação de consumo, cujos efeitos do *pacta sunt servanda* são afastados, a satisfação do direito do consumidor lesado só ocorre com a interferência judicial no referido negócio jurídico, restabelecendo a ordem emanada pelo texto normativo consumerista.

Nesta seara, importante frisar que a interferência judicial no presente caso ocorre de modo diverso da ideia trazida pela relação civil, em que, via de regra, a invalidade do negócio jurídico implica em sua integral anulabilidade, salvo exceções devidamente expressas no Código Civil.

Dentro do direito do consumidor, até mesmo por sua importância ao fomento da economia nacional, conforme ideia extraída de seu artigo 4º, a nulidade contratual não invalida todo contrato, apenas é afastada, judicialmente, para que o fornecimento/prestação do produto ou serviço siga até seu encargo, condição ou termo, prevalecendo a matriz primitiva dos interesses, de cada um dos participantes, com o resultado do negócio jurídico firmado, conforme se extrai da ideia do artigo 51, §2º, CDC, acima citado.

Ainda, sobre o direito à informação e as nulidades contratuais, o mesmo, conforme anteriormente afirmado, deriva do princípio da boa-fé, princípio geral de direito que permeia não apenas as relações de consumo, mas todo o ordenamento jurídico, mormente depois da promulgação da Carta de Outubro bem como do vigente Diploma Civil, este último no ano de 2002.

Sobre o tema leciona, com o brilhantismo que lhe é peculiar, ALEXANDRE DAVID

MALFATTI:

“Interessa destacar que o dever de informação do fornecedor rompe o tradicional dever de informar-se (“caveat emptor”) atribuído ao consumidor. Agora, é o fornecedor que tem a obrigação de acautelar-se ao colocar seu produto ou serviço no mercado de consumo¹³³.”

Desse modo, é um dever do fornecedor informar, de maneira clara e ostensiva, as qualidades do produto ou serviço oferecidos no mercado de consumo, esclarecendo de tal forma suas características que seja possível ao consumidor ponderar acerca das vantagens e desvantagens do produto ou serviço e, diante de tais informações, escolher entre contratar ou não.

Conforme bem destaca o renomado Sérgio Cavalieri Filho, “só há autonomia de vontade quando o consumidor é bem informado e pode manifestar a sua decisão de maneira refletida¹³⁴”.

Ainda sobre as nulidades contratuais, a jurisprudência entende que elas também são representadas por cláusulas limitativas de direito as quais impossibilitem o exercício do negócio jurídico firmado, na finalidade pela qual houve sua pactuação, ou seja, quando o consumidor se submete a uma prestação do serviço ou aquisição do produto, tal submissão vem acompanhada por uma expectativa, de modo que, a aquisição é acompanhada da adequação e expectativa.

O que torna difícil a identificação pelo consumidor de qualquer nulidade contratual é o fator de que ela somente se apresente no momento da execução do contrato de consumo, pois, a mesma se consuma por contrato de adesão, cuja redação nem sempre cumpre os requisitos presentes no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 54, e, até o seu início tudo que dele decorre, tratam-se de meras expectativas.

No caso do *timesharing* o que se identifica em pesquisa em jurisprudência nacional, são nulidades versadas na superveniência do vício do dever de informação, representadas por cláusulas limitativas do acesso à determinadas regiões das dependências do empreendimento hoteleiro, dificuldade no agendamento do período aquisitivo de gozo, seja pela impossibilidade em períodos de alta temporada ou pela disponibilização de apartamentos que somente não foram objeto de reserva por clientes

133 MALFATTI. Alexandre David. O direito de informação no código de defesa do consumidor. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003, p. 247

134 CAVALIERI FILHO. Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 88.

regulares (não adquirentes de títulos de timesharing), ou, até mesmo, em casos mais graves, responsabilidade civil decorrente de débitos trabalhistas adquiridos pelo próprio administrador da rede hoteleira.

Diante desta situação, inexistente alternativa ao consumidor, qual seja o requerimento judicial da declaração de sua nulidade, afastando a ele seus efeitos, ou, caso detenha conhecimento jurídico mais aprofundado, procurar o Ministério Público Estadual, entidades coletivas de defesa do consumidor, ou, a Defensoria Pública Estadual – desde que preencha os requisitos de hipossuficiência econômica ou financeira – a fim de possibilitar o ajuizamento de demandas coletivas de consumo, dentre elas a ação civil pública.

Consigna-se, por fim, que caso o consumidor tenha eventual prévio conhecimento de seus direitos quanto à sociedade do consumo, a declaração da nulidade contratual pode ocorrer anteriormente à contratação do serviço, em ação cumulada com obrigação de fazer para que ao mesmo tempo que o juiz faça o devido reconhecimento da respectiva nulidade, haja a condenação do prestador de serviço à realização do negócio jurídico com o consumidor, sem as referidas cláusulas limitativas de seu direito, enquanto consumidor.

4.7 Do Defeito Negócio Jurídico

A validade de todo negócio jurídico advém da declaração de vontade, de forma que seja feita de forma livre e espontânea. Quando a declaração de vontade não é manifestada de forma livre e espontaneamente, diz-se que ocorre algum defeito em sua formação ou declaração, prejudicando o próprio declarante, terceiro ou até mesmo a ordem pública.

Ainda como alternativa aos consumidores, à obtenção jurídica da garantia de seus direitos, uma vez desrespeitados em eventual contrato de *timesharing* viciado, com base na teoria do diálogo das fontes, anteriormente citada, o Código Civil garante que encontrada alguma das hipóteses, as quais a declaração de vontade se mostre viciada, o negócio jurídico pode tornar-se anulável juridicamente, nos dizeres de seu artigo 171, vejamos:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves, os vícios presentes no rol acima citado,

tratam-se de vício de consentimento, porque provocam uma manifestação de vontade não correspondente com o íntimo e verdadeiro querer do agente. Criam uma divergência, um conflito entre a vontade manifestada e a real intenção de quem a exteriorizou¹³⁵. Da mesma forma que os chamados defeitos do negócio jurídico, são, pois, as imperfeições que nele podem surgir, decorrentes de anomalias na formação da vontade ou na sua declaração¹³⁶.

Dentre todas as hipóteses de defeito do negócio jurídico, a adesão do consumidor a eventual contrato de *timesharing* em que sua execução lhe demonstra a existência de nulidades contratuais, alheias à própria natureza da aquisição feita, é dotada de vício de erro, pois induz em uma falsa representação da realidade, de um modo muito tênue, sem que consiga definir se houve a ideia falsa da realidade, configurando o erro, ou, se houve o completo desconhecimento da realidade, configurando a ignorância.

Salienta-se que, para efeitos do Código Civil, os efeitos do erro e da ignorância são equiparados.

Perante a doutrina, para que o erro seja passível de anulação do negócio jurídico o mesmo deve ser substancial, escusável e real, de forma, que o erro substancial é o que recai sobre circunstâncias e aspectos relevantes do negócio, de forma que, caso tivesse pleno conhecimento da realidade, o negócio não seria realizado.

Aduz o artigo 139 do Código Civil:

O erro é substancial quando:

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

Quando o erro substancial recai sobre a natureza do negócio jurídico, o agente pretende agir de uma forma, contudo, pratica outro, cujo resultado é divergente do

135 GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 397.

136 AMARAL. Francisco. Direito Civil: introdução. P. 479-480.

desejado.

Sobre esta espécie de erro, Pontes de Miranda afirma que a divergência quanto à espécie de negócio, no que cada um manifestou. Há discrepância entre o significado objetivo do ato e o significado que lhe atribuiu, subjetivamente, o manifestante: o consenso sobre o conteúdo do negócio é somente aparente, porque se funda em erro¹³⁷.

No entanto, as nulidades apresentadas pela jurisprudência brasileira nos contratos de *timesharing* também são defeituosas, decorrente de erro substancial, no que se refere à natureza do negócio, pois em nenhum momento tais prestadores de serviço fazem uso de seus deveres anexos de boa-fé, cuidado, respeito, informação, agir conforme confiança, lealdade, probidade, colaboração e cooperação, para orientar a todos os seus consumidores dos riscos que permeiam o investimento realizado, e, o modo real de seu gozo, e, como consequência à esta anuência, estariam negando vigência a direitos e garantias previstas em dispositivos normativos presentes no direito brasileiro, em seu benefício, dentre eles, o Código de Defesa do Consumidor.

Vê-se claramente, que o animus dos consumidores, sempre versa no sentido de adquirir um título, que lhe forneça a possibilidade de de reduzir os custos de seu período de férias, garantido a fidelização com determinado grupo hoteleiro, que lhe melhor se enquadre às suas expectativas e experiências, e, não o contrário, como encontrar dificuldades para fazer o agendamento das datas das diárias lhe disponibilizadas ou tornar-se responsáveis por encargos legais da administração do empreendimento.

Resta hialino que os consumidores jamais compreendem ou sejam orientados quanto à forma de execução dos contratos que realizam, desta finalidade estudada, e, nessa conjuntura, mostra-se que seus efeitos lhes trazem prejuízos de ordem financeira e psicológica, que deve ser devidamente resguardada pelo Poder Judiciário.

4.8 Dos Danos Morais

O dano moral dentro do direito do consumidor tem nascedouro diverso daquele exposto no código civil que divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual.

A responsabilidade civil no CDC foi baseada na teoria da qualidade, a qual o prestador/fornecedor de serviço tem o dever de qualidade e segurança dos produtos e serviços que são colocados no mercado de consumo, fazendo com que os mesmos atinjam a finalidade e a segurança a qual o consumidor espera ao adquiri-lo.

Outrossim, a responsabilidade civil no CDC é dividida entre a responsabilidade do fato e do vício do produto ou serviço, respondendo o fornecedor/prestador de serviço,

137 DE MIRANDA. Pontes. Tratado de Direito Privado: parte geral, t. 4, p. 287.

independentemente de culpa, por seus produtos colocados no mercado, pois, é um risco inerente à sua atividade, e, por conseguinte, havendo o dever de indenizar, os custos deste dever são pulverizados pelo mercado de consumo, embutidos no preço de seus produtos, adquiridos pela sociedade, em geral.

Neste sentido, afirma os artigos 14 e 20, CDC, responsáveis à legislação do defeito e vício no serviço:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

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

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

Importante mencionar os entendimentos de Rizzato Nunes sobre defeito e vício:

“São consideradas vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os serviços (ou produtos) impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes

diminuem o valor. Da mesma forma são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária; [...] O defeito, por sua vez, conforme já dissemos, pressupõe vício. Há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício. O vício é uma característica inerente, intrínseca do serviço (ou produto) em si. O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa intrínseca ao serviço (ou ao produto), que cause um dano maior que simplesmente o mal funcionamento, o não funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago – já que o serviço (ou produto) não cumpriu o fim ao qual se destinava, etc. O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material e/ou moral do consumidor¹³⁸”.

Embora não expressamente manifestado o direito aos danos morais, decorrentes à falha na prestação do serviço, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antônio Herman Benjamin, afirma em sua obra, Manual de Direito do Consumidor que “a indenização, embora expressamente referida apenas no inciso II, é sempre devida, em face do direito básico do consumidor de “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais” (art. 6º, VI), na mesma linha da interpretação do §1º do artigo 18. A doutrina é pacífica neste sentido¹³⁹”.

Com os ensinamentos do nobre jurista, chega-se à conclusão que, mesmo sob a menção de algumas hipóteses ensejadoras do dever de indenizar, no Código de Defesa do Consumidor, este rol é meramente exemplificativo, pois, a ideia geral deste códex, representada pelo seu artigo 4º, I, é que o consumidor é hipossuficiente e vulnerável na relação de consumo.

O dano moral na esfera consumerista está presente na lesão na esfera biopsicofísica do consumidor, pois, a ideia geral do Código de Defesa do Consumidor não é cerceadora.

Havendo qualquer falha na prestação de serviço, falha esta, que não precisa ser exatamente as elencadas na seção III do Capítulo IV do CDC, mas sim, um ato sofrido na prestação de serviço pela qual o consumidor não esperava, cujo dano reflete em sua esfera

138 NUNES. Luiz Antônio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 6ª Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 358.

139 BENJAMIN, Antonio Herman V. Manual de direito do consumidor / Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 205.

biopsicofísica, já caracteriza o dano moral.

Frisa-se que, quando o consumidor se deparava com uma falha na prestação do serviço, antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, este buscava a satisfação de seu direito nas legislações contratuais, em especial na teoria do inadimplemento contratual.

Novamente, segundo Herman Benjamin, o vício no serviço passa a ter noção objetiva, “considerando-se os parâmetros legais: as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, a inadequação para os fins que razoavelmente se esperam dos serviços, normas regulamentares de prestabilidade. Ou seja, não é mais unicamente no contrato e nas suas cláusulas que se deve verificar se houve uma adequada e eficaz prestação do serviço. A noção do serviço inadequado é objetivada, até porque depender do teor do contrato é colocar tudo nas mãos e no controle do fornecedor, o qual, invariavelmente, utiliza-se de contratos de adesão e redige as cláusulas considerando unicamente os próprios interesses econômicos¹⁴⁰”.

A indenização por danos morais, pela falha na prestação do serviço tem duplo efeito, ou seja, atenuador do mal sofrido pelos consumidores e pedagógico punindo a prestadora de serviço, para que seja mais prudente, agindo com diligência no trato com seus clientes, pois, o contrato de prestação de serviço deve ser analisado, conjuntamente, com a situação em concreto enfrentada pelo consumidor (oferta, publicidade, fins que razoavelmente se esperam do serviço, normas regulamentares de prestabilidade).

Ferido o interesse individual dos consumidores, tem-se, via de regra, a reação do lesado, que se valendo do instrumento posto à sua disposição, ou seja, a tutela jurisdicional, busca a solução para o dano sofrido, pleiteando judicialmente as providências cabíveis, com fulcro nos dispositivos legais do Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil.

Em princípio devemos conceituar Dano Moral tendo como base alguma das mais respeitadas doutrinas.

MARIA HELENA DINIZ, com a precisão que lhe é peculiar, assim se tem manifestado sobre a existência dos danos morais:

“Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma

140 BENJAMIN, Antonio Herman V. Manual de direito do consumidor / Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 206.

compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte seu sofrimento¹⁴¹”.

A reparação do dano moral cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sintagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal da reparação para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar, a sua imputabilidade etc.

Estabelece o artigo 6º, incisos VI e VII da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, que:

Art. 6. São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

E da mesma forma também estabelece o artigo 5º, inciso X da Magna Carta, in verbis:

ART. 5º.

(...)

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

Diante disso, tem-se adotado o ponto de vista da razoabilidade humana para se aferir a existência ou não de uma efetiva lesão moral, partindo-se do critério objetivo do

141 DINIZ, Maria Helena. in “Responsabilidade Civil”, Ed. Saraiva, 9a ed., págs. 584/585

homem-médio, ou seja, perguntando-se se na situação uma pessoa normal padeceria de um considerável sofrimento, donde, então, se extrairia uma presunção do acometimento do dano.

O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, adota o entendimento de que em relação ao dano moral, em si mesmo, puro, não há que se falar em prova; o que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento, etc.. Provado o fato, impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano *in re ipsa*.

Com relação à quantificação da indenização por dano moral, insta salientar que no Direito Brasileiro predomina o critério do arbitramento pelo juiz, pelo qual este se vale de um juízo discricionário para estabelecer o valor indenizatório.

Todavia, essa margem de discricionariedade e subjetividade do juiz é limitada, na medida em que há de se considerar elementos, como, por exemplo, as condições das pessoas em litígio, em especial as econômicas e sociais, as consequências do evento danoso, sua durabilidade, etc., atendendo, dessa forma, aos objetivos da reparação civil de proporcionar compensação pelo dano experimentado pela vítima.

Esse contexto, haverá de ser considerado ainda que o valor arbitrado deve punir o ofensor, desmotivando-o para a prática de atos de idêntica natureza e, finalmente, que o valor fixado não seja causa de enriquecimento da vítima, ultrapassando os objetivos da própria reparação que não está voltada para tal propósito.

Mesmo que juízes e Tribunais tenham resistência em reconhecer a incidência de lesão à esfera biopsicofísica do consumidor, pelo descumprimento ao dever de qualidade e segurança, ligada à inadequação do produto ou serviço adquirido, sob infundada alegação de situação de mero dissabor, é papel do operador do direito promover a evolução da jurisprudência, ratificando que o mero dissabor têm seu valor, seja qual for a relação de consumo vivenciada pelo multiproprietário, devendo as barreiras da resistência serem quebradas, para integral tutela do direito do consumidor em juízo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consonância com o que foi exposto percebe-se a necessidade de um acompanhamento efetivo do Poder Legislativo face às mudanças comportamentais da sociedade. O ser humano é complexo em sua essência, e, talvez só tenha sido capaz de chegar onde está na escala evolutiva, face sua capacidade de gerenciamento de crises. Neste sentido enquadra-se o surgimento do *timesharing* como instituto jurídico hábil a ajudar o mercado imobiliário europeu a se salvar da crise financeira que atravessava. Sua criação não só resolveu o problema pelo o qual foi criado, mas também sua proposta se

desenvolveu e cruzou o globo terrestre fazendo novos adeptos.

Dentre todas suas modalidades, a como direito real sobre coisa alheia obteve mais sucesso não só aos empresários que buscaram nela alternativas de angariar melhor rentabilidade a seus empreendimentos, mas também àqueles que adquiriram seus direitos de multipropriedade, devido à sua simplicidade e comodidade.

Contudo, progresso nem sempre traz apenas benefícios, e, no mesmo passo surgem diversos problemas ocasionados pelo seu desenvolvimento natural, os quais não eram imaginados no ato de sua criação, cuja solução é sempre buscada perante o Poder Judiciário, por isso a necessidade de se formular estudos concretos sobre os alcances deste instituto para que se possa elucidar quem detém o melhor direito, na esfera jurídica, e, trazer mais segurança, novamente, a empreendedores e consumidores. Estes precisam de confiança para fazerem seus investimento e aqueles garantias de que não terão sua propriedade lesada indevidamente.

Por conseguinte, quando se diz que quando os atributos de usar, gozar, dispor e reaver estão dispostos na mesma pessoa temos a consolidação de um direito real sobre a coisa própria, situação na qual se enquadra o dono do empreendimento hoteleiro. Contudo, quando seu domínio sobre o bem é desmembrado e repassado ao multiproprietário, para exercê-lo, de forma compartilhada, sobre um apartamento, em período pré-determinado, temos não só a constituição do *timesharing*, mas também de um direito real sobre coisa alheia.

Por fim, o direito do consumidor brasileiro tem muito à evoluir, pois ainda se consolidada no desrespeito às normas jurídicas, e, a excessiva judicialização das tutelas de consumo, que nem sempre conseguem satisfazer seus direitos, embora a jurisdição lhe seja prestada.

Profissionais do direito ainda saem dos bancos de graduação desconhecedores do direito do consumidor, de modo que, a forma simplificada a qual o CDC foi instituído da a falsa impressão que sua aplicação é de fácil interpretação. Do outro lado, juízes, mesmo sob provocação diária sobre desrespeito ao direito do consumidor ainda são temerosos em sua aplicação de forma a coibir empresas ao seu desrespeito, principalmente, aplicando condenações a indenizações por dano moral, sob sua justificativa pedagógica, por entender tratar-se apenas de mero dissabor, a qual o prejudicado, consumidor, deve se sujeitar.

O direito do consumidor tem uma peculiaridade a qual nenhum outro ramo do direito possui – enquanto seres humanos – somos consumidores do nascer ao morrer, do acordar ao dormir, diariamente expostos à sociedade de consumo, enquanto que, em outros ramos, possa-se afirmar que talvez viva-se uma vida inteira sem à lesão a um direito

administrativo, trabalhista, entre outros.

Por esta razão, nada mais justo e necessário que a academia e o próprio operador do direito estimule o poder judiciário, com a devida aplicação do texto normativo consumerista, não somente, seu capítulo quanto à responsabilidade civil, mas também permeando e conjugando tudo aquilo o que o legislador nos concedeu de bom, dentre eles as garantias quanto à oferta, publicidade, informação, as nulidades, as cláusulas abusivas, muitas vezes esquecidas, para que seja promovida uma evolução da jurisprudência, para que um dia consigamos alcançar uma sociedade harmoniosa, pela garantia de seus direitos, sejam eles quais forem.

6. REFERÊNCIAS

- ALVIM, ARRUDA. Código do Consumidor Comentado. 2ª ed. Revista dos Tribunais. 1995.
- BALZAN, Fabrício. Direito do Consumidor esquematizado. 2ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2014.
- CAVALIERI FILHO. Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 88.
- CAPARRELLI, Piercalo; SILVESTRO, Paolo Multiproprietà. In: *Dizionario Del diritto privato; diritto civile*. Coord. Natalino Irti. Milano: Giuffrè, 1980. v. 1.
- CAVALIERI FILHO. Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DINIZ. Maria Helena. Código Civil Anotado. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GONÇALVES, Luis da Cunha. *Da propriedade e da posse*. Lisboa: Edições Ática, 1952.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Version espanola y notas de Jose Luis Diez Pastor, Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- MALFATTI. Alexandre David. O direito de informação no código de defesa do consumidor. São Paulo: Alfabeta Jurídico, 2003.
- MARQUES. Cláudia Lima; BENJAMIN. Antônio Herman V.; BESSA. Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 87.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6ª Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 358.

OLIVEIRA JÚNIOR, Dário da Silva; CHRISTOFARI, Victor Emanuel. *Multipropriedade (Timesharing: aspectos cíveis e tributários)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014b.

_____. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Atual. por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003. t. 1.

RAO, Vicente. Ato Jurídico: São Paulo. *Revista dos Tribunais*

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 2. ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VENOSA, Sílvio de Sávio. *Direito Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Direito Civil; 5).

_____. *Direito Civil: contratos em espécie*. V. 3. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 187 a 188).

“SIMULADOR DE ESCRAVIDÃO”: RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA EM CRIMES RACIAIS

MIRELA REIS CALDAS: Bacharel em Direito pela faculdade Imaculada Conceição do Recife - FICR. Pós-graduada em Direito Tributário Municipal pelo IAJUF. Advogada142.

INTRODUÇÃO

As pessoas jurídicas apenas são réis na esfera penal quando forem autoras de crimes ambientais. Contudo, devido a acontecimentos recentes, estuda-se a possibilidade da responsabilização também em crimes raciais.

Um jogo online chamado “simulador de escravidão” permitia ao usuário simular ser um proprietário de escravos para “extrair lucros e evitar rebeliões e fugas”. Após repercussões negativas, o Google o removeu das lojas de aplicativos.

Desenvolvido pelo estúdio Magnus Games, o jogo trazia a imagem de homens negros trabalhando ao redor de um senhor branco em sua imagem de divulgação.

Os produtores afirmavam, na Play Store, que o aplicativo foi criado para “fins de entretenimento”, e que “condenam a escravidão no mundo real”. Na tela de abertura do jogo havia: “todo o conteúdo é fictício e não está vinculado a eventos históricos específicos” e “todas as coincidências são acidentais”.

Ainda, a descrição dizia que o usuário poderia “gerenciar seus escravos, mudar suas condições de vida e treiná-los”, “proteger seus escravos para evitar que escapem e se levantem” e “fazer negócios, atribuir escravos a diferentes empresas para trabalhar e gerar renda”, entre outros.

E por fim, as informações do jogo explicavam:

Neste simulador de escravidão, existem 3 tipos de escravos: trabalhadores [exibido como um homem negro acorrentado pelo pescoço], gladiadores [tom de pele mais claro] e escravos de prazer [mulher branca com roupa de dança]. Compre e venda-os. Cada

142 E-mail: mirelarcaldas@gmail.com

escravo é adequado para um determinado negócio. Treine seus escravos para aumentar seu nível de maestria e renda.

Após repercussão negativa, o Google informou que não permite conteúdo que “promova violência ou incite ódio contra indivíduos ou grupos com base em raça ou origem étnica”.

Em nota, disse que removeu o aplicativo da Play Store e que teria um "conjunto robusto de políticas que visam manter os usuários seguros e que devem ser seguidas por todos os desenvolvedores".

"Não permitimos apps que promovam violência ou incitem ódio contra indivíduos ou grupos com base em raça ou origem étnica, ou que retratem ou promovam violência gratuita ou outras atividades perigosas", informou o Google ao Globo (2023).

Nos comentários, que deram uma média de nota 4,0 de 5,0 ao aplicativo, usuários escreveram mensagens de ódio e satisfação com o teor do game.

Posto isso, estuda-se responsabilizar na esfera penal a pessoa jurídica em crimes raciais (racismo recreativo), não excluindo a possível responsabilidade daqueles que fizeram comentários na plataforma.

DA POSSÍVEL RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTÚDIO CRIADOR DO JOGO

A ONG Educafro Brasil ingressou com ação civil pública contra o Google após a plataforma disponibilizar o referido jogo em sua loja de aplicativos. A ONG requereu indenização de R\$ 100 milhões por danos morais coletivos (Ismerim, 2023).

Deve-se, em princípio, fazer distinção entre a (i) pessoa física, que age em nome da pessoa jurídica; e (ii) pessoa jurídica. Separando a atuação pessoal da atuação da entidade.

Hoje, a pessoa jurídica pode responder na esfera penal apenas por ato criminoso cometido contra o meio ambiente. Existirão tanto a responsabilidade penal da pessoa jurídica como a da pessoa física que, porventura, tenha agido e contribuído para o cometimento do crime (IBCCRIM, 2018).

A lei que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente diz:

Art. 3º, Lei 9.605/98. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu

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

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

Assim, a punição em crime ambiental da pessoa jurídica se condicionada ao cometimento da infração com interesse ou benefício próprio e, ainda, por decisão de seu representante legal ou contratual, ou seu órgão colegiado. Além de conduta intelectualmente pensada por seu representante, mas materialmente executada por seus agentes (IBCCRIM, 2018).

Por isso, uma possível responsabilização penal da pessoa jurídica criadora do jogo por racismo deveria seguir o padrão acima.

Se o ato praticado pela pessoa jurídica visou a apenas satisfazer os interesses do dirigente, sem qualquer vantagem ou benefício à pessoa jurídica, esta deixa de ser o agente do tipo penal e passa a ser mero meio utilizado para realização do crime. Por outro lado, quando a conduta visa à satisfação dos interesses da sociedade empresarial, esta deixa de ser meio e passa a ser agente.

Contudo, qual seria a justificativa para a responsabilização penal? Haveria benefício próprio ao promover/praticar condutas racistas em propagandas, produtos ou serviços, por exemplo?

Em paralelo ao Direito Criminal Ambiental, possivelmente a origem da responsabilização é a ideia de que a pessoa jurídica sempre busca o lucro como primeira finalidade. Para chegar a este fim, são frequentemente ignorados prejuízos causados à coletividade e ao meio ambiente, especialmente quando são grandes grupos econômicos.

Parece-nos, em uma primeira análise, que não há interesse, benefício ou satisfação próprios da pessoa jurídica que possam ser capazes de responsabilizá-la por crimes raciais, mas apenas os seus representantes ou sócios.

No entanto, no caso do jogo “Simulador de escravidão”, com cunho claramente racista, houve benefício da pessoa jurídica quando ela lucrou com possíveis compras feitas pelos consumidores dentro do jogo e patrocinador.

Quando mais pessoas baixavam o jogo e comentavam as “boas” experiências, a pessoa jurídica estava lucrando: mais pessoas conheciam o estúdio responsável pela criação do jogo e seus idealizadores ganhavam destaques.

Posto isso, podemos analisar outros desdobramentos da responsabilização.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM CRIMES RACIAIS

Por responsabilidade civil, temos o dever de um agente reparar (pecuniariamente) após provocar determinado dano (ilícito, no caso do jogo) a um bem jurídico.

Destaca-se que a sanção penal não necessariamente exclui a sanção civil (Cerqueira, 2021). Entende-se que o Código Penal define injúria e o Código Civil possibilita ao magistrado arbitrar uma indenização pelos danos morais (Farias, 2020).

No caso em análise, em uma possível responsabilização penal da pessoa jurídica, poderia haver dupla condenação pecuniária: (i) pena de multa e (ii) danos morais [costumeiramente convertidos em condenações pecuniárias].

Quanto à pena de multa, na lei de crimes raciais, existem várias possibilidades de sua aplicação, especialmente na injúria. Por esta, entende-se a ofensa à honra (subjéitiva), à dignidade ou ao decoro, através de termos pejorativos ou depreciativos; é o juízo que a pessoa faz de si própria (Farias, 2020). Em casos de racismo ou injúria racial, que violam a diversidade, a imagem, em uma tentativa de rebaixar a pessoa, são lesionadas as honras objetivas e subjétivas.

No tocante aos danos morais, sabe-se que eles têm uma dupla função: (i) penalizar o agente causador do dano, objetivando a não reiteração da conduta e (ii) compensar financeiramente o ofendido pelo estresse causado.

Salienta-se que a indenização não é meio de enriquecimento ilícito, pois o valor deve ser conforme o nível social das partes e do dano (Gagliano; Pamplona Filho, 2014).

Como o dano moral precisa ter um indivíduo específico, o estúdio criador do jogo responderia na esfera cível apenas ao ser ajuizada uma ação cível por pessoa física, independentemente da esfera penal, exceto em não autoria ou inexistência material do fato, conforme art. 66 do Código Penal.

Ressalta-se que pode haver cumulação com a prestação de atividades de promoção da igualdade racial, conforme a Lei nº 7.716/1989 (define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor).

DA POSSÍVEL RESPONSABILIDADE DO GOOGLE

Como o jogo em análise estava disponível na loja de aplicativos do Google, estuda-se a sua responsabilidade por racismo.

Em paralelo ao Direito do Trabalho, a 3ª turma do TRT da 9ª região decidiu que é objetiva a responsabilidade de empresa por ofensa racial a empregado (Migalhas, 2022), sendo assim, independe de culpa.

O empregador deverá indenizar uma empregada (negra) que sofreu atitudes racistas (xingamentos e gestos ofensivos) de uma colega de trabalho, em horário do expediente¹⁴³.

Diante de ofensa à intimidade, à vida privada e à honra, entendeu-se pelo dano in re ipsa, ou seja, que dispensa a comprovação. O dano moral se mostrou inquestionável.

No mesmo sentido, a 15ª Vara Cível de Porto Alegre responsabilizou o Clube Esportivo Bento Gonçalves depois de a torcida praticar atos racistas durante jogo (Martines, 2018).

Apesar de o clube ter afirmado que não teria responsabilidade pelos atos praticados pelos seus torcedores, os argumentos não foram acolhidos¹⁴⁴.

Posto isso, cogita-se responsabilizar o Google ao existir jogo com conteúdo visivelmente racista disponibilizado na loja de aplicativos, podendo entender que faltou curadoria no conteúdo disponibilizado.

Por outro lado, uma das críticas ao Marco Civil da Internet é que, apesar de o intuito de assegurar a liberdade de expressão dos usuários, não proíbe o provedor de suprimir, unilateralmente, conteúdo que julgue ofensivo (Frazão; Medeiros, 2021).

Isso pode gerar uma censura prévia. Diante do temor de ser responsabilizado, o provedor afasta qualquer conteúdo “sensível”, talvez até com ínfima nocividade.

A questão se desdobra ainda na possível lucratividade do Google com o jogo racista disponibilizado em sua loja de aplicativo.

143 A empregada disse que, em mais de uma ocasião, no horário de trabalho, a fiscal de caixa a agrediu verbalmente com palavras racistas. Uma testemunha confirmou as alegações e destacou que os atos foram feitos na presença colegas e clientes. A sentença acolheu o pedido da empregada, responsabilizando o empregador (supermercado, pessoa jurídica) pelo pagamento do dano moral. Em segunda instância, o colegiado explicou que, embora o ato ilícito tenha sido praticado por empregada do reclamado (supermercado), este responde objetivamente pelos atos de seus empregados, conforme art. 932, III, do CPC.

144 Em 2014, durante jogo, parte da torcida gritou: “volta para a selva, seu negro macaco, ladrão, safado, imundo. Temos que matar todos os negros sujos. Márcio Chagas [ex-árbitro], tu é a escória do mundo, seu lixo, mal-intencionado”. Ao final do jogo, o árbitro encontrou bananas no para-brisa e no escapamento de seu carro. Judicialmente, o clube foi condenado a indenizar em R\$ 15 mil o ex-árbitro.

DO PROJETO DE LEI

O Projeto de Lei 5415/20, de autoria do deputado Damião Feliciano (PDT-PB), tipifica para pessoas jurídicas sanções penais, administrativas, civis, econômicas e fiscais contra ações ou omissões relativas à prática de racismo, discriminação, preconceito e intolerância.

Ainda, o texto dispõe medidas de integridade e conformação a práticas antirracistas e antidiscriminatórias na administração pública e na iniciativa privada. Prevendo que a prática de racismo e discriminação pelas pessoas jurídicas que desenvolvam atividade econômica será crime contra a ordem econômica, a economia popular e o consumidor.

Conforme o PL, seria criado Cadastro Nacional de Pessoas Físicas e Jurídicas Sancionadas por Práticas Racistas e Discriminatórias (CPSPRD). O objetivo é reunir e dar publicidade às sanções aplicadas por todas as esferas de governo com base na futura lei.

CONCLUSÃO

Crimes raciais no Brasil estão extremamente ligados ao racismo estrutural, encobertos pelo véu da ignorância, mas sentidos na pele.

A responsabilização na esfera penal se propõe a atribuir peso às condenações cíveis por danos morais, já que “dano moral” não tem as consequências penais como reincidência e agravantes. O agravamento da responsabilização, por si só, já permite outro olhar.

Além disso, enquadrar como injúria racial ou racismo significa trazer a imprescritibilidade para o contexto, ponto importante diante da História do Brasil e da (im)punibilidade brasileira.

Sendo assim, por meio de uma política criminal (Gomes, 2022), a responsabilização criminal no caso em análise poderia ser por meio de multa, prestação de serviços à comunidade e até dissolução e responsabilização dos sócios, seguindo certas diretrizes da responsabilização da pessoa jurídica em crimes ambientais.

Posto isso, o jurista não pode esperar até existirem as condições normais de temperatura e pressão para responsabilizar a pessoa jurídica em casos de crimes raciais. Pelo contrário, precisa trabalhar e aplicar o Direito existente até então, torcendo para encontrar melhores soluções para problemas já existentes.

Apenas o fato de ter sido criado um jogo chamado “simulador de escravidão”, incentivando o racismo recreativo, diz muito sobre a nossa sociedade. É preciso tomar atitudes mais rigorosas para proteger os bens jurídicos tutelados pelos crimes raciais.

REFERÊNCIAS

CERQUEIRA, Lucas de Oliveira. **Responsabilidade civil nos crimes raciais**: uma atualização necessária do conceito jurídico de racismo. Revista Direito UNIFACS, n° 247, Janeiro, 2021. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7074>. Acesso em: 01/09/2023.

FARIAS, Alexandre. Responsabilidade Civil nos crimes de racismo e injúria racial. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/responsabilidade-civil-nos-crimes-de-racismo-e-injuria-racial/862249459>. Acesso em 01/09/2023.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela. **Responsabilidade civil dos provedores de internet**: a liberdade de expressão e o art. 19 do Marco Civil. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/340656/responsabilidade-civil-dos-provedores-de-internet>. Acesso em 06/09/2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 16 ed., ver. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Theuan Carvalho. **Como aplicar penas às pessoas jurídicas**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-18/theuan-gomes-aplicar-penas-pessoas-juridicas>. Acesso em 04/09/2023.

IBCCRIM. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica, um caminho sem volta**.

Disponível em:

<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/234#:~:text=%E2%80%9CAs%20pessoas%20jur%C3%ADlicas%20ser%C3%A3o%20responsabilizadas,ou%20benef%C3%ADcio%20da%20sua%20entidade>. Acesso em 30/08/2023.

ISMERIM, Flávio. **ONG pede indenização de R\$ 100 milhões a Google por jogo “Simulador de Escravidão”**. Disponível em:

<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/educafro-entra-na-justica-contra-google-por-jogo-simulador-de-escravidao-atitude-racista/>, acesso em 25/08/23.

GLOBO. **'Simulador de escravidão'**: game com negros em volta de 'senhor' branco e torturas é removido da loja do Google. Disponível em:

<https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2023/05/game-simulador-de-escravidao-e-oferecido-em-loja-do-google.ghtml>. Acesso em 25/08/23.

MIGALHAS. **É objetiva responsabilidade de empresa por ofensa racial a empregado**.

Disponível em: www.migalhas.com.br/quentes/373917/e-objetiva-responsabilidade-de-empresa-por-ofensa-racial-a-empregado. Acesso em 04/09/2023.

A REGULARIZAÇÃO DO TRABALHO DOS MOTORISTAS E ENTREGADORES DE APLICATIVO

JANNIELLY NERES SARAIVA SOARES:

Graduada em Direito pela Universidade de Gurupi Unirg, cursando o Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho, para obtenção do título de Especialista em Direito e processo do Trabalho pela Universidade Federal do Tocantins. 145

ANA PATRÍCIA R. PIMENTEL¹⁴⁶

(coautora)

RESUMO: A necessidade e a busca por oportunidades de trabalho fazem com que muitos indivíduos busquem o seu sustento e de sua família através de diversas formas de labor. Nos últimos anos, a atuação de motoristas e entregadores de aplicativo tem chamado a atenção da sociedade e de todos os envolvidos com o Poder Judiciário, haja vista que são questionáveis a natureza desses contratos de trabalho. Diante das características que cercam essa atuação profissional, existem celeumas jurídicas consiste em verificar quais são os mais recentes entendimentos legais e jurisprudenciais sobre a situação dos motoristas e entregadores de aplicativo, especialmente quanto à caracterização ou não de vínculo de emprego. Em decorrência da forma como se dá o exercício da atividade, via de regra, são considerados trabalhadores autônomos, no entanto, existem diversas decisões que vão de encontro com esse entendimento e reconhecem o vínculo de emprego. Diante disso, esta pesquisa objetiva analisar acerca do trabalho dos motoristas e entregadores de aplicativos segundo a legislação trabalhista em vigência, com enfoque no movimento crescente de projetos legislativos de regulamentação da matéria, para pôr fim da celeuma sobre a natureza desses contratos de trabalho. Elaborado segundo o método dedutivo de pesquisa bibliográfica, ao final, o artigo indica os posicionamentos majoritários ao mesmo tempo em que apresenta uma solução à celeuma existente, qual seja, a aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 1.615/2022, que apresenta uma regulamentação do trabalho dos motoristas e entregadores de aplicativo no Brasil.

145 E-mail: jannielly2022@gmail.com

146 Graduada em Direito pela Universidade Regional de Gurupi (2003). Especialista em Direito Tributário, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e Especialista em Direito Civil e Processo Civil, ambos pela Fundação Universidade do Tocantins - UNITINS. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direito Humanos pela Universidade Federal do Tocantins - UFT. Professora Adjunta, vinculada mediante Concurso Público, a Fundação Universidade Federal do Tocantins - UFT. Tem experiência como docente na área de Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário.

Palavras-chave: Aplicativo. Direito trabalhista. Entregadores. Motoristas. Regulamentação.

ABSTRACT: The need and search for work opportunities means that many individuals seek to support themselves and their families through different forms of work. In recent years, the actions of app drivers and delivery people have drawn the attention of society and everyone involved with the Judiciary, given that the nature of these employment contracts is questionable. Given the characteristics that surround this professional activity, there are legal disputes consisting of verifying the most recent legal and jurisprudential understandings on the situation of drivers and app delivery people, especially regarding the characterization or not of an employment relationship. Due to the way in which the activity is carried out, as a rule, they are considered self-employed workers, however, there are several decisions that are in line with this understanding and recognize the employment relationship. Therefore, this research aims to analyze the work of app drivers and delivery people according to current labor legislation, focusing on the growing movement of legislative projects regulating the matter, to put an end to the controversy over the nature of these employment contracts. Prepared according to the deductive method of bibliographical research, at the end, the article indicates the majority positions while presenting a solution to the existing controversy, namely, the approval of Senate Bill No. 1,615/2022, which presents a regulation of the work of app drivers and delivery people in Brazil.

Keywords: Drivers. Couriers. Application. Regulation. Rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Caracterização do vínculo de emprego e suas garantias legais. 3. O trabalho dos motoristas e entregadores de aplicativo: relação de emprego ou relação de trabalho? 4. A regulamentação da atividade laboral dos motoristas e entregadores de aplicativo. 5. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Compete ao ordenamento jurídico nacional ser atualizado em consideração às situações vivenciadas diariamente pelos jurisdicionados, especialmente no que compete as mudanças relacionadas às formas de trabalho firmadas pelos indivíduos em sociedade, a fim de que nenhuma atividade permaneça sem proteção aos envolvidos.

Nos últimos anos, uma forma de contratação tem crescido significativamente, surgindo a partir desses vínculos de trabalho, uma série de conflitos em relação aos direitos de contratantes e contratados. Essa forma consiste na atuação dos entregadores e motoristas de aplicativos.

Normalmente contratados com liberdade de atuação, os motoristas possuem uma certa autonomia em relação à sua jornada de trabalho, podendo acessar os aplicativos quando tiver disponibilidade, realizando o número de viagens que entender viável, faturando de acordo com a sua “produtividade”. Ocorre que, por outro lado, laborando “por conta própria” não existe segurança no trabalho em relação aos contratantes. Por não se enquadrar no contrato de emprego, os motoristas se veem desamparados em relação a direitos que os demais empregados possuem.

O problema que norteia o estudo jurídico consiste em verificar quais são os mais recentes entendimentos legais e jurisprudenciais sobre a situação dos motoristas e entregadores de aplicativo, especialmente quanto à caracterização ou não de vínculo de emprego.

Considerando as celeumas que surgiram com o avançar dos últimos anos, a presente pesquisa tem como objetivo analisar acerca do trabalho dos motoristas e entregadores de aplicativos segundo a legislação trabalhista em vigência, com enfoque no movimento crescente de projetos legislativos de regulamentação da matéria, para pôr fim da celeuma sobre a natureza desses contratos de trabalho.

Para tanto, realizada na forma de revisão de literatura, a pesquisa utiliza-se da análise qualitativa dos textos bibliográficos selecionados, expressados mediante citação de doutrinadores, estudiosos e informações veiculadas na mídia nacional. O estudo apresenta também os dispositivos legais aplicáveis e as jurisprudências proferidas pelos tribunais nacionais.

Elaborado segundo o método dedutivo, o artigo científico parte de uma noção geral acerca da relação de emprego no Brasil, seus requisitos e efeitos, para então avançar para a situação dos motoristas e entregadores de aplicativo, concluindo com a apresentação das propostas de regulamentação em tramitação no Congresso Nacional.

Este trabalho procura fazer uma contribuição na área de direitos trabalhistas dos motoristas e entregadores de aplicativo, matéria de interesse não apenas individual, mas também social.

2 A CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO E SUAS GARANTIAS LEGAIS

Para se ter uma noção sobre quais os direitos que um indivíduo possui em relação ao labor que executa, a princípio, é preciso identificar a natureza dessa relação, se a mesma é de emprego ou apenas de trabalho, posto que, em cada uma dessas situações os efeitos jurídicos são diferentes.

Relação de trabalho é a relação jurídica em que o prestador dos serviços é uma pessoa natural, tendo por objeto a atividade pessoal,

subordinada ou não, eventual ou não, e que é remunerada (ou não) por uma outra pessoa natural ou pessoa jurídica. Portanto, relação de trabalho é o gênero, sendo a relação de emprego uma de suas espécies. (JORGE NETO e CAVALCANTE, 2019, p. 323 -324)

Isto porque um dos conceitos acima é mais abrangente que o outro. Portanto, a relação de emprego é uma espécie de relação de trabalho, conforme ensina o mestre Mauricio Godinho Delgado:

A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual (DELGADO, 2017, p. 309).

O professor destaca que a relação de emprego consiste em um tipo legal próprio e específico, que não se confunde com as demais modalidades de relação de trabalho (DELGADO, 2017). A definição legal do vínculo empregatício está contida no artigo 3º da CLT:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. (BRASIL, 1943)

Em síntese, haverá uma relação de emprego quando houver um contrato baseado na legislação, em que de um lado encontra-se uma pessoa física que presta o serviço e de outro o empregador, que pode ser pessoa física ou jurídica, atendidos os requisitos da personalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade (JORGE NETO e CAVALCANTE, 2019).

Uma vez empregado, o trabalhador é titular de direitos que compreendem, além da anotação de sua CTPS, o recebimento de salário, o décimo terceiro, o gozo de férias, o descanso semanal remunerado, o recolhimento do FGTS pelo empregador, as horas extraordinárias, adicionais de periculosidade e insalubridade; e, em caso de dispensa, o saque do FGTS, a habilitação ao seguro-desemprego e o recebimento do aviso prévio.

Além desses direitos, as normas e convenções coletivas de trabalho podem prever outros direitos devidos a determinada categoria de trabalhador.

Em razão das garantias decorrentes do vínculo de emprego é que muitos buscam a contratação nos moldes da CLT, uma vez que, ausentes os requisitos legais, na relação de emprego, muitos direitos não se observam, permanecendo os trabalhadores desamparados em situações de necessidade.

No entanto, nem sempre o vínculo empregatício se concretiza, mas a relação de trabalho se firma entre as partes, é o que se dá com a categoria dos trabalhadores autônomos, cuja contratação afasta a qualidade de empregado, conforme determina o artigo 442-B da mencionada CLT: " A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação" (BRASIL, 1943).

Neste interim, a situação vivenciada pelos motoristas e entregadores de aplicativo precisa ser melhor analisada, já que aparentemente exercem seu labor de forma autônoma.

3 O TRABALHO DOS MOTORISTAS E ENTREGADORES DE APLICATIVO: RELAÇÃO DE EMPREGO OU RELAÇÃO DE TRABALHO?

Antes de adentrar especificamente no âmbito jurídico da relação de trabalho existente entre os motoristas e entregadores de aplicativo, compete apresentar um quadro geral sobre a utilização desses serviços nos últimos anos, bem como o surgimento de lides de natureza trabalhistas decorrentes dessas relações laborais.

A atuação entregadores e motoristas é uma atividade existente há muitos anos, presente no cotidiano dos brasileiros que eventualmente contratam taxistas, moto-taxistas e serviços de *delivery* de produtos. Contudo, nos últimos anos, a contratação desses serviços mediante utilização de aplicativos gerou, por outro lado, a atuação de pessoas na forma autônoma de prestação de seu labor, mediante contrato de trabalho divergente do especificado no artigo 3º da CLT.

Esses trabalhadores estão inseridos na chamada *gig economy*, termo que caracteriza relações laborais entre funcionários e empresas que contratam mão de obra para realizar serviços esporádicos e sem

vínculo empregatício, principalmente por meio de aplicativos. Os trabalhadores atuam como autônomos (TOKARNIA, 2022, p. 01).

Esses trabalhadores gerem seu trabalho sem controle direto, sendo que, os veículos utilizados são de sua posse ou propriedade, com despesas por eles custeadas. Nesses casos, a remuneração advém do valor recebido pelas entregas e pode variar de acordo com a produtividade por ele alcançada.

Nestes termos, os entregadores e motoristas que prestam serviços para empresas como a Uber, a iFood, a Loggi e a Rappi fazem parte do que chamamos “trabalhadores por aplicativo”, sendo esta nomenclatura decorrente do fato do aplicativo instalado no aparelho celular dos trabalhadores ser o principal meio de produção utilizado para gerenciar, organizar e controlar os processos de trabalho desempenhados. Nesta forma de trabalho, as empresas responsáveis pelo serviço se apresentam como mediadoras do encontro entre trabalhadores autônomos com consumidores, cobrando uma porcentagem do serviço prestado decorrente deste encontro. (AMORIM e MODA, 2021, p. 108).

De acordo com especialistas, o crescimento desse tipo de trabalho autônomo se deve às condições econômicas vivenciadas na última década. Em 2019, os dados fornecidos pelo IBGE e divulgados pela Central Única de Trabalhadores já apontavam um aumento dessa forma de labor:

Com a economia patinando, as taxas recordes de desemprego e o aumento da oferta de emprego precário e mal remunerado, o número de brasileiros trabalhando em veículos registrou a maior alta desde 2012, início da série histórica da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Em 2018, um total de 3,6 milhões de brasileiros estava trabalhando como motoristas de aplicativos, taxistas ou cobradores de ônibus. O aumento em relação a 2017 foi de 29,2%, ou 810 mil trabalhadores e trabalhadoras a mais fazendo bicos para sobreviver, de acordo com pesquisa divulgada pelo IBGE.

De acordo com a pesquisa, o total de pessoas trabalhando em local designado pelo empregador, patrão ou freguês, grupo que inclui os entregadores em geral também registrou a maior alta desde 2012.

São 10,1 milhões em 2018 nessa condição, uma alta de 9,9% em relação a 2017, equivalente a 905 mil pessoas a mais (CUT, 2019, p. 01).

Os números mais recentes publicados pelo Ipea no ano de 2021 apontaram os seguintes dados: aproximadamente 1,5 milhão de pessoas trabalhando com transporte de passageiros e entrega de mercadorias, sendo que mais de 60% deles são motoristas de aplicativos ou taxistas; 20% entregam mercadorias em motocicletas e 14% trabalham como moto-taxistas (TOKARNIA, 2022).

Ocorre que, apesar de ser crescente o número de trabalhadores, tal fato não exclui a precariedade em que esses serviços são contratados, principalmente porque se dão, na maioria das vezes, na informalidade, e tornaram-se mais escassos com o aumento de prestadores de serviços. Outro problema vivenciado consiste no desamparo em caso de adoecimento, dano no veículo, entre outras situações.

O surgimento dessas questões levou para o Poder Judiciário a responsabilidade de analisar esses contratos a fim de indicar qual a natureza dessa contratação e quais seriam os direitos que os trabalhadores possuem diante das situações vivenciadas no seu cotidiano.

Em que pese os motoristas tenham autonomia no desempenho de suas atividades perante as empresas de aplicativos, não são raras as situações em que essas pessoas buscam a responsabilização de seus contratantes diante das características em que o labor é desempenhado, especialmente quando há violação aos preceitos legais.

Primeiramente, importa verificar qual é a espécie do trabalho desempenhado:

Assim, a prestação de trabalho pode emergir como uma obrigação de fazer pessoal, mas sem subordinação (trabalho autônomo em geral); como uma obrigação de fazer sem pessoalidade nem subordinação (também trabalho autônomo); como uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas episódica e esporádica (trabalho eventual). Em todos esses casos, não se configura uma relação de emprego (ou, se se quiser, um contrato de emprego). Todos esses casos, portanto, consubstanciam relações jurídicas que não se encontram, em princípio, sob a égide da legislação trabalhista (CLT e leis esparsas) e, até o advento da EC n. 45/2004 (novo art. 114, CF/88), nem se encontravam, regra geral, sob o manto jurisdicional da Justiça do Trabalho (DELGADO, 2017, p. 311).

Via de regra, o labor de motoristas e entregadores de aplicativo não se enquadra como relação de emprego, porque não preenche todos os requisitos exigidos pelo artigo 3º da CLT, levando a improcedência dos pedidos dessa natureza. Exemplo do entendimento majoritário, é o aresto proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

ENTREGADOR DE MERCADORIAS. VÍNCULO DE EMPREGO NÃO RECONHECIDO. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA E DE PESSOALIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. O conjunto probatório demonstrou que não havia subordinação jurídica na prestação de serviços acordada entre as partes, estando ausente também a pessoalidade, pois o prestador poderia substituir-se por terceiros. O acervo probatório não autoriza a procedência do pedido, porquanto demonstrado que estão ausentes os requisitos previstos nos artigos 2º e 3º da CLT. Vínculo de emprego não reconhecido. (TRT3- Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Recurso Ordinário Trabalhista: RO XXXXX-39.2021.5.03.0101 MG. Nona Turma. Relator: Desembargador Weber Leite de Magalhães Pinto Filho, publicado em 16 de dezembro de 2021).

O mesmo entendimento foi exarado pelo Tribunal do Trabalho da 4ª Região, que no julgamento de um Recurso Ordinário, fundamenta a inaplicabilidade das regras da relação de emprego com base na liberdade da rotina e também por ausência de comprovação do requisito da pessoalidade:

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. ENTREGADOR DE MERCADORIAS. VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO RECONHECIDO. Ausentes os requisitos dos arts. 2º e 3º, CLT, quando o trabalhador labora como entregador de mercadorias sem que comparecesse à sede da reclamada, organizando ele mesmo a sua rotina, com ampla liberdade. Ademais, não é possível extrair a existência de qualquer impeditivo para que o reclamante se fizesse substituir na prestação do serviço. Provimento negado. (TRT4 – Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário Trabalhista. ROT XXXXX-54.2017.5.04.0663. Décima Turma).

Ao julgar a Reclamação 59.795 de Minas Gerais, o Supremo Tribunal Federal (STF) cassou uma decisão do TRT da 3ª Região, que havia reconhecido o vínculo de motorista de aplicativo ao considerar a forma em que era exercida a atividade laboral. No caso em questão a relação com a Cabify era exercido sem exigência mínima de labor, faturamento

ou número de viagens, sem punição pela decisão do motorista. Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, o vínculo mais se assemelha à situação prevista na Lei 11.442/2007 do transportador autônomo cuja relação é comercial, motivo pelo qual deveria ser analisado pela justiça comum e não a do trabalho. (STF, 2023)

O entendimento apontado é o majoritário, mas não é unânime na doutrina, tampouco na jurisprudência, já que existem posições contrárias entre os especialistas em direito do trabalho, posto que, de um lado estão os que apontam a relação e emprego, enquanto outros afirmam ser trabalhadores autônomos (MAZZOTTO, 2022).

Ao julgar um caso em primeira instância, uma magistrada do Estado do Rio Grande do Sul, mais precisamente da 4ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, constatou o preenchimento dos requisitos da relação de emprego de um motorista com a Uber.

Baseado em provas documentais e testemunhais o vínculo foi reconhecido a partir da atuação na Uber. Mesmo com a alegação da empresa de que o trabalho era autônomo, podendo aceitar ou não o serviço e os horários de trabalho, na prática a situação era diversa, posto que o aplicativo fixa parâmetros e impõe punições de acordo com o tempo em que o trabalhador está "online", de modo que o tempo de volante se relaciona diretamente com as promoções e ganhos na plataforma. Entendeu a magistrada que é a empresa que direciona os locais de comparecimento, estabelece o valor do trabalho e determina as condições de realização da atividade, incluindo as especificidades que o veículo deve conter; a empresa também é a responsável pelo pagamento da remuneração, caracterizada a pessoalidade e onerosidade. Por fim, quanto à subordinação, a mesma se caracteriza pela inserção do trabalhador no objetivo empresarial, e que, tendo dois polos na relação laboral, há de um lado quem admite, assalaria e dirige a atividade (Uber) e do outro quem presta o serviço não eventual e sob dependência (trabalhador). (MACHADO, 2023).

Desta forma, existem situações reais de reconhecimento de vínculo de emprego entre motoristas e entregadores e a empresa de aplicativo para quem prestam seus serviços. No exemplo a seguir, restaram provados todos os requisitos da relação segundo a CLT, considerando-se principalmente as características da atividade, marcada pela condição em que se dá a contratação.

MOTORISTA DE APLICATIVO. VÍNCULO DE EMPREGO. CONFIGURADO. [...]No caso, não obstante as alegações defensivas da reclamada, sua atividade não se limita a disponibilizar aplicativo para aproximação do motorista e do passageiro, mas, sim, visa à prestação de serviços de transporte. Basta ver que toda a lucratividade da empresa decorre de percentual dos valores recebidos pelos motoristas, em função das corridas realizadas. [...]

Nesse cenário, infere-se que a reclamada molda o comportamento dos motoristas, por meio do seu algoritmo de programação, no qual insere suas estratégias de gestão, o que significa, portanto, controle, fiscalização e comando. Obviamente, a padronização de serviços atende aos fins empresariais, revelando-se uma forma de subordinação jurídica. E a possibilidade de interromper a oferta de corridas, ainda que por curtos períodos, é espécie de suspensão dos serviços, em outras palavras, punição, o que também faz denotar a existência de subordinação. Não há negociação entre o trabalhador e a reclamada. O valor é ditado pelo algoritmo, de acordo com a programação da aplicação proprietária. [...]Ao motorista, resta apenas atender aos chamados e seguir os critérios exigidos pela plataforma. Se ao autor não cabe a escolha dos valores de seu serviço, nem as condições com que o serviço será executado, não há autonomia no contrato. Por estes motivos, reconheço o vínculo de emprego entre as partes. Dou provimento ao apelo do autor. (TRT2 – Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região: XXXXX-36.2021.5.02.0054 SP. Primeira Turma – Cadeira 3. Relator: Moises dos Santos Heitor. Publicado em 01/12/2021).

Neste sentido, uma decisão proferida pela 3ª Turma do TST reabriu a discussão até então sedimentada, ao reconhecer o vínculo de emprego entre um motorista e a Uber, ao julgar o Recurso de Revista nos autos 100353-02.2017.5.01.0066. “Para a maioria do colegiado, estão presentes, no caso, os elementos que caracterizam a relação de emprego: a prestação de trabalho por pessoa humana, com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação” (TST, 2022).

Ato contínuo, outros casos foram julgados de forma favorável aos motoristas e entregadores, o que denota uma tendência em regulamentar certas relações laborais a fim de reduzir as violações de direitos trabalhistas e fundamentais.

Uma das formas recentes de caracterização da contratação de motoristas e entregadores por empresas de aplicativo consiste no contrato intermitente de trabalho, que, apesar de possuir regras diversas, trata-se de modalidade submetida às regras da CLT e por isso gera uma série de direitos laborais.

No contrato intermitente, o requisito da habitualidade é flexibilizado, de modo que a pessoa receberá ordens, pagamentos e ser a única a executar o serviço, que, conforme diz o parágrafo 3º do artigo 443 da CLT, a prestação de serviços se dá com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade (BRASIL, 1973).

A CLT dita uma série de regras sobre como os contratos de intermitência devem ser regidos. O empregado deve ser convocado por qualquer meio de comunicação – o artigo 452-A da CLT fala que isso deve acontecer com, no mínimo, três dias de antecedência. Então, o empregado tem até um dia para responder à solicitação; se não o fizer, é como se tivesse recusado, automaticamente. É permitido ao trabalhador recusar a oferta, o que não descaracteriza a subordinação. Caso ele aceite, mas não cumpra o serviço, deve pagar 50% do valor da remuneração. O pagamento não pode ser menor do que o salário mínimo por hora – embora, ao longo de um mês, o valor possa ser inferior à remuneração mínima mensal, se ele trabalhar menos do que oito horas diárias. Por outro lado, o trabalhador poderia ter múltiplos empregos para preencher o tempo em que está inativo. Diferentemente do vínculo tradicional, os benefícios são pagos após cada período, então, além da remuneração, são incluídas as parcelas proporcionais de férias, 13º salário e folgas remuneradas. [...] As características do trabalho intermitente, para alguns magistrados, são aplicáveis aos trabalhadores de aplicativos (PAIVA, 2022, p. 1).

Dos apontamentos apresentados, tem-se que em uma primeira análise, os motoristas e entregadores de aplicativos são considerados trabalhadores autônomos, contudo, nada impede que o trabalhador busque o reconhecimento do vínculo de emprego, posto que, cada situação pode ser analisada judicialmente a fim de constatar se tratar ou não de uma relação de emprego.

Urge destacar que, uma vez reconhecida a relação de emprego, existe ainda a possibilidade de incidência do adicional de periculosidade para os entregadores, conforme o artigo 193, §4º: “São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta” (BRASIL, 1943).

4 A REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE LABORAL DOS MOTORISTAS E ENTREGADORES DE APLICATIVO

Em um primeiro momento, a atuação de motoristas e entregadores de aplicativo se apresenta uma ótima oportunidade laboral, haja vista a liberdade que tais indivíduos possuem de delimitação de sua jornada de trabalho, bem como de faturamento. Todavia, na prática, muitos desses trabalhadores apontam a precariedade da contratação, seja pelas dificuldades impostas no desempenho do labor, mas especialmente no tocante à segurança e a medicina do trabalho.

Em seu cotidiano, os motoristas e empregadores, caso se acidentem ou passem por situações de violência no desempenho da atividade, devem arcar com seus prejuízos materiais, posto que proprietários dos veículos utilizados, atuando apenas como prestadores do serviço de entrega e transporte.

Em sua defesa, quando questionados acerca dos direitos dos trabalhadores, as empresas de aplicativo se defendem sob a alegação de “estarem registradas no setor de tecnologia, colocando como de sua responsabilidade apenas a manutenção da infraestrutura digital que permite este “encontro” entre trabalhadores e consumidores” (AMORIM e MODA, 2021, p. 108).

Por não se enquadrar automaticamente como uma relação de emprego é urgente a regulamentação do trabalho dessa categoria, mediante legislação específica, a fim de que as garantias mínimas sejam dadas aos trabalhadores, especialmente no que se refere à medicina e segurança do trabalho (BRITO, 2022).

A solução para as discussões podem ser a regulamentação através de uma legislação específica, o que já está em curso no Brasil.

Tramitam no Congresso Nacional mais de 60 projetos de lei que buscam assegurar proteções para os que trabalham por aplicativos – motoristas, entregadores, designers, tradutores, redatores, profissionais de manutenção e tantos outros. A grande maioria dos referidos projetos procura estender as regras da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) aos trabalhadores por aplicativos: salário mínimo, 13º salário, férias, adicionais por periculosidade e insalubridade, licenças remuneradas, etc. (PASTORE, 2021, p. 01).

Dentre as variadas propostas, resultado de toda a divergência jurídica acerca do tema, tramita no Congresso Nacional, oriundo do Senado Federal, o Projeto de Lei nº. 1.615, de 2022, que em sua ementa apresenta: “Dispõe sobre o trabalho dos prestadores de serviços com uso de aplicativos de entrega de mercadorias ou transporte individual ou compartilhado privado e estabelece limites e regras para a realização dessas modalidades de trabalho e dá outras providências” (PL 1.615/2022).

Sobre o Projeto em comento, assim é apresentado pela Agência Senado:

Projeto de lei (PL 1.615/2022) do senador Jorge Kajuru (Podemos-GO) propõe regularizar o serviço de entregas de mercadorias e transporte individual ou compartilhado privado feito por aplicativos. As regras e medidas têm objetivo de profissionalizar o trabalho, gerar

mais segurança econômica e social aos trabalhadores, e exigir uma gestão mais transparente.

As regras propostas no PL são contribuição das empresas para Previdência Social (virá da taxa limitada de desconto sobre o apurado que é 25% em cima dos ganhos do serviço); sindicatos, associações e cooperativas, organizadas em âmbito municipal, que defendem os direitos desses trabalhadores; cadastro das empresas no Ministério do Trabalho com apresentação de relatórios da situação empresarial; canais de atendimento e suporte; e equipamentos de segurança para o exercício do trabalhador.

O senador argumenta que há desamparo por parte das organizações, como Uber e 99, a motoristas, motociclistas e ciclistas de aplicativos. Segundo ele, há falta de transparência e por causa da inteligência dos algoritmos, as empresas que exploram essas atividades continuam gerando lucros bilionários. (AGENCIA SENADO, 2022, p. 1)

Por sua vez, a justificativa apresentada pelo autor, Senador Jorge Kajuru, até então do Podemos, do Estado de Goiás, destaca a precariedade do labor de entregadores e motoristas de aplicativos, sem reajustes há anos, enquanto os aplicativos têm mantido elevado faturamento. A insegurança da relação de trabalho também é apontada ao Congresso Nacional para fundamentar o pedido de aprovação da nova lei:

Motoristas, motociclistas e ciclistas de aplicativos estão, a maioria deles, há 7 (sete) sete anos sem um reajuste em suas tarifas. Enquanto isso, graças a total falta de transparência e ao uso inteligente dos algoritmos, as empresas que exploram essas atividades continuam gerando lucros bilionários. [...] Esses trabalhadores nunca sabem quanto receberão por suas corridas. São iludidos. Trabalhar nas horas de maior fluxo pode significar apenas mais lucros para os intermediários, nada a mais para o motorista. Dados que aparecem no cartão de crédito surgem com descontos absurdos, o dinheiro some. Há uma insegurança total nesses contratos. Um dos lados domina o caixa, a oferta de serviços, cobra valores de comissões, prêmios aos clientes, desconta, enfim, do motorista, o que quiser. Pior ainda, jogam os riscos do negócio para os motoristas, quando podem. São contratos muito piores do que aqueles que eram chamados de leoninos. Nessa linha de aperto econômico, o seguro de um carro usado para trabalhar como aplicativo acaba custando o dobro do que o seguro de um carro comum de passageiros. Tudo por conta do motorista. Havendo problemas, basta excluir o

motorista dos quadros e haverá outros, sempre prontos a sonhar com dois salários-mínimos por mês, até que o carro acabe. Os trabalhadores dos quais falamos possuem dificuldades de inserção na Previdência Social. Muitos se registram como MEI. (PL 1.615/2022)

O texto inicial do Projeto é composto de seis artigos de lei, dentre os quais, além da limitação percentual das taxas, deduções ou comissões, merece destaque o artigo 4º, que prevê instrumentos de fiscalização das empresas ao mesmo tempo em que estabelece a obrigatoriedade de medidas de segurança para os trabalhadores, determinando o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual, por exemplo.

Eis o mencionado dispositivo:

Art. 4º As empresas que operam ou pretendem operar com plataformas digitais, para o oferecimento de serviços de transporte individual ou compartilhado ou entrega de mercadorias deverão inscrever-se junto ao Ministério do Trabalho e Previdência, possuir endereço conhecido, representante legal, capital social ou garantias bancárias compatíveis com a movimentação financeira e os riscos envolvidos

§ 1º Ao Ministério do Trabalho e Previdência e aos representantes dos associados, sindicatos e cooperativados, as empresas citadas no caput deverão apresentar relatórios auditáveis e periódicos, no mínimo a cada trimestre, com os dados relativos à formação dos preços e algoritmos das corridas e das entregas.

§ 2º As contratadoras ou intermediárias deverão fornecer extrato mensal e individual aos prestadores de serviços, com a prestação de contas relativa a todos os serviços prestados, valores recebidos e descontos efetuados.

§ 3º As empresas prestadoras de serviços de transporte individual ou compartilhado ou entrega de mercadorias, intermediados por aplicativos, deverão disponibilizar um número telefônico para ligações gratuitas com reclamações, sugestões, dúvidas ou emergências de segurança ou saúde, entre outras informações.

§ 4º O fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual e o pagamento de um seguro de acidentes pessoais, coletivo ou individual, são de responsabilidade das empresas prestadoras de

serviços, de transporte individual ou compartilhado ou entrega de mercadoria, intermediados por aplicativos (PL 1.615/2022).

Por ter sido apresentado em junho do ano de 2022, o Projeto de Lei ainda encontra-se nas fases iniciais de tramitação perante o Congresso Nacional, uma vez que, sequer foi apreciado pelo Plenário do Senado Federal, necessitando ainda passar pela Câmara dos Deputados para posterior sanção pelo Presidente da República.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando surgiu no Brasil e no mundo, a atuação dos motoristas e entregadores por aplicativo se apresentou uma maravilhosa oportunidade de trabalho, não apenas para aqueles que se encontravam desempregados, mas também para todas as pessoas que precisavam complementar a sua renda mensal de alguma forma. Com isso, muitos aderiram ao labor em aplicativos, ainda que de forma experimental.

Por não haver obrigatoriedade no cumprimento de jornada e por não ter limites no faturamento do prestador de serviço, muitos indivíduos ingressaram nessa modalidade de trabalho. Com o tempo, o número de trabalhadores nessa condição aumentou significativamente, já tendo ultrapassado um milhão e meio no Brasil.

O passar dos anos e a concorrência elevada deixaram evidente a precariedade em que esses contratos são realizados. Celebrados através da adesão às regras do aplicativo, é responsabilidade exclusiva do trabalhador a manutenção do veículo, bem como pode vir a ser responsabilizado por eventuais danos causados a terceiros. Essa autonomia tem sobrecarregado os motoristas, ao passo que os contratantes apenas se beneficiam com o lucro da atividade.

Sem recolhimentos previdenciários e garantias no tocante à medicina do trabalho, uma vez vitimados por acidentes ou qualquer empecilho no desempenho de sua atividade, o trabalhador se vê desamparado em caso de suspensão da atividade, o que prejudica não apenas o seu sustento, mas também o da sua família.

Todas essas situações, aliados às condições individuais de cada motorista ou entregador de aplicativo, levaram a problemática até a Justiça do Trabalho que, de forma majoritária, não reconhece o vínculo de emprego desses trabalhadores, no entanto, não impossibilita o seu reconhecimento mediante a demonstração dos requisitos de personalidade, subordinação, não eventualidade e onerosidade.

Certo é que, diante das divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria, somente a regulamentação específica do contrato de trabalho dos motoristas e entregadores de aplicativo é que surtirá efeitos perante toda a categoria dos trabalhadores.

Em razão disso é que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 1.615 de 2022, apresentado pelo Senador Jorge Kajuru, do Podemos do Estado de Goiás, cujo teor prevê instrumentos de controle, fiscalização, limites de taxas, deduções ou comissões por parte da empresa proprietária do aplicativo, e dá outras providências. A matéria ainda levará tempo para ser solucionada de fato, mas é preciso destacar que a discussão jurídica em andamento é de muita relevância para a sociedade.

Sendo assim, o tema aqui abordado interessa aos trabalhadores, a sociedade que usufruirá dos serviços prestados, a comunidade e a família dos motoristas e entregadores de aplicativo e também todos os juristas que direta ou indiretamente podem ser confrontados com situações reais de violação de direitos laborais, humanos e fundamentais.

Enquanto não sancionada uma legislação específica, esta pesquisa tem o condão de esclarecer aos leitores os direitos que o trabalhador pode vindicar da justiça, para que não seja prejudicado pela contratação precária de seus serviços como motorista e entregador de aplicativo.

REFERÊNCIAS

GENCIA SENADO. **Projeto propõe regras para profissionalizar a prestação do serviço de entregas por aplicativo**. Publicado em 19 de agosto de 2022. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/08/19/pl-propoe-regras-para-profissionalizar-a-prestacao-do-servico-de-entregas-por-aplicativo>>. Acesso em 19 fev. 2023.

AMORIM, Henrique; MODA, Felipe. Trabalho Por Aplicativo. **RTPS - Revista Trabalho, Política e Sociedade**, v. 6, n. 10, p. p. 105-124, 30 jun. 2021. Disponível em: <<http://costalima.ufrj.br/index.php/RTPS/article/view/834/1020>>. Acesso em 08 fev. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 04 fev. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 1.615 de 2022**. Dispõe sobre o trabalho dos prestadores de serviços com uso de aplicativos de entrega de mercadorias ou transporte

individual ou compartilhado privado e estabelece limites e regras para a realização dessas modalidades de trabalho e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153567>>. Acesso em 19 fev. 2023.

BRASIL. TRT2 – Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário: XXXXX-36.2021.5.02.0054** SP. Primeira Turma – Cadeira 3. Relator: Moises dos Santos Heitor. Publicado em 01/12/2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-2/1331340837>>. Acesso em 09 fev. 2023.

BRASIL. TRT3- Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – **Recurso Ordinário Trabalhista: RO XXXXX-39.2021.5.03.0101** MG. Nona Turma. Relator: Desembargador Weber Leite de Magalhães Pinto Filho, publicado em 16 de dezembro de 2021 Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-3/1328219188>>. Acesso em 07 fev. 2023.

BRASIL. TRT4 – Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário Trabalhista. ROT XXXXX-54.2017.5.04.0663**. Décima Turma. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-4/762554797>>. Acesso em 08 fev. 2023.

BRITO, Venicius. Motorista por aplicativo: Relação de emprego ou trabalho? Jusbrasil, 2022. Disponível em: <<https://veniciusbrito.jusbrasil.com.br/artigos/1465903548/motorista-por-aplicativo-relacao-de-emprego-ou-trabalho>>. Acesso em 18 fev. 2023.

CUT – Central Única dos Trabalhadores. **Brasil tem 13,7 milhões trabalhando como motoristas de aplicativos e entregadores**. Redação CUT, publicado em 18/12/2019. Disponível em: <<https://www.cut.org.br/noticias/brasil-tem-13-7-milhoes-trabalhando-como-motoristas-de-aplicativos-e-entregadore-904f>>. Acesso em 05 fev. 2023.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. — 16. ed. rev. e ampl.— São Paulo: LTr, 2017.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

MACHADO, Juliano. **Juíza reconhece vínculo empregatício de entregador da Uber e determina pagamento de indenizações por danos morais e coletivos**. Secretaria de Comunicação do TRT/RS, 15 de fevereiro de 2023. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/543360>>. Acesso em 14 fev. 2023.

MAZZOTTO, Camila. **Decisão do TST põe fogo no debate sobre vínculo entre trabalhadores e aplicativos.** Revista Consultor Jurídico, 21 de maio de 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mai-21/tst-poe-fogo-debate-vinculo-entre-entregador-aplicativo#:~:text=A%20exist%C3%A2ncia%20ou%20n%C3%A3o%20de,aplicativos%20s%C3%A3o%20empregados%20das%20empresas.>>. Acesso em 14 fev. 2023.

PAIVA, Letícia. **Justiça tem reconhecido motoristas de aplicativos como trabalhadores intermitentes.** Publicado em 07 de novembro de 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/justica-tem-reconhecido-motoristas-de-aplicativos-como-trabalhadores-intermitentes-07112022>>. Acesso em 14 fev. 2023.

PASTORE, José. Proteção do trabalho por aplicativo. **Revista CNC Notícias, dezembro 2020 e janeiro 2021.** Disponível em: <<https://www.abregel.org.br/protecao-do-trabalho-por-aplicativo/>>. Acesso em 06 set. 2023.

STF cassa decisão da Justiça do Trabalho sobre vínculo de emprego de motorista de aplicativo. 24 de maio de 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507792&ori=1>>. Acesso em 06 set. 2023.

TOKARNIA, Mariana. **Ipea: Brasil tem 1,5 milhão de motoristas e entregadores de produtos.** Agência Brasil, publicado em 10/05/2022. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-05/ipea-brasil-tem-15-milhao-de-motoristas-e-entregadores-de-produtos#:~:text=De%20acordo%20com%20dados%20de,de%20transporte%20para%20entregar%20produtos.>>. Acesso em 04 fev. 2023.

TST – Tribunal Superior do Trabalho. **3ª Turma reconhece vínculo de emprego entre motorista e Uber.** Notícias do TST. Secretaria de Comunicação Social. Tribunal Superior do Trabalho. Publicado em 11/04/22. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/-/3%C2%AA-turma-reconhece-v%C3%ADnculo-de-emprego-entre-motorista-e-uber>>. Acesso em 14 fev. 2023.

O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA. UMA ANÁLISE CONVENCIONAL.

REBECCA DA SILVA PELLEGRINO PAZ:

Pós-Graduação em Ciências Criminais e Segurança Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ; Graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense¹⁴⁷.

RESUMO: A partir de um método dialético, com análise bibliográfica, consultiva e jurisprudencial, o presente estudo foca sua atenção no Direito à alimentação adequada. A positivação do direito há muito se faz presente, no entanto foi necessário que o Comitê de Direitos econômicos e sociais trouxesse um comentário específico sobre o tema para que se entendesse o que seria a alimentação adequada. O referido adjetivo traz características essenciais como a aceitação cultural, disponibilidade e acessibilidade econômica e física. Esse já foi trabalhado inclusive pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em que pese num momento inicial essa Corte não se dispôs à analisar violações à direitos sociais de forma autônoma, hoje o cenário é outro. Recentemente a Argentina foi condenada e dentre os direitos violados estava o direito à alimentação adequada que não foi garantido ou respeitado sem discriminação.

INTRODUÇÃO

Segundo dados divulgados em 2018 pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO) aproximadamente, 821,6 milhões de pessoas não tinham o suficiente para comer. Nessa mesma toada, Em janeiro de 2023 imagens chocantes dos efeitos da desnutrição na população Yanomami chocaram o Brasil, país que recentemente retornou ao mapa da fome e do mundo.

Tendo em vista tal panorama, mostra-se necessário um aprofundamento sobre as questões que circundam o direito humano à alimentação adequada. Revela-se fundamental debruçar-se sobre seu conceito e como ele vem sendo tutelado pelos diversos Sistemas de Monitoramento.

A atuação Onusiana tem forte influência, uma vez que não apenas esse direito humano é consagrado no Pacto Civil de Direitos Econômicos e sociais, mas também o Comentário geral 12 de seu comitê é norte interpretativo e de implementação. Ressaltando que o Comentário traz expressamente que as raízes do problema da fome e da desnutrição

147 E-mail: pellegrinorebecca@gmail.com

não são a falta de comida, mas a falta de acesso a alimentos disponíveis, especialmente à populações em condição de vulnerabilidade.

No que concerne o sistema de monitoramento interamericano destaca-se a recente condenação da Argentina no caso comunidades indígenas miembros de la asociación lhaka honhat (nuestra tierra) vs. ARGENTINA Pela corte Interamericana de direitos humanos diante da violação à alimentação adequada. Pontuando-se que já entende-se possível a judicialização direta de direitos econômicos sociais assim como é dever dos países garantir esse direito sem discriminação.

Portanto, a partir de um método dialético, mediante análise bibliográfica e da jurisprudência mundial pretende-se estudar como esse direito humano vem sendo tutelado. Uma vez que sem a compreensão dos conceitos que circundam essa temática não é possível que se pense em soluções para a sua violação seja no macro, seja no microcosmo brasileiro.

1- O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA. CONCEITO E APECTO NORMATIVO

Em 2022, o Segundo Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia de Covid-19 no Brasil apontou que 33,1 milhões de pessoas não têm garantido o que comer — o que representa 14 milhões de novos brasileiros em situação de fome. Conforme o estudo, mais da metade (58,7%) da população brasileira convive com a insegurança alimentar em algum grau: leve, moderado ou grave.

O direito à alimentação adequada é observado quando todo homem, mulher ou criança, seja sozinho ou junto com os outros, tem acesso físico e econômico, em todos os momentos à alimentação adequada ou meio para obtê-la.

Esse direito é previsto em diversos Tratados Internacionais, seja de forma ampla seja de forma específica.

Nesse sentido, o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos assevera que

Artigo 25

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

De acordo com o artigo 11.1 do Pacto, os Estados Partes reconhecem:

“o direito de todos a um padrão de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação adequada, roupas e moradia adequadas, e uma melhoria contínua das condições de vida”, enquanto que conforme o artigo 11.2 eles reconhecem que medidas mais imediatas e urgentes podem ser necessárias para garantir “o direito fundamental a estar livre de fome e desnutrição”. Ou seja, por meio desse pacto os Estados são compelidos a adotar medidas, e programas concretos, para melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípio de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reformas dos regimes agrários, a fim de que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais, bem como realizem uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando em consideração os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

Tem-se a Declaração sobre a segurança alimentar mundial, que dispõem “o direito de todas as pessoas de ter acesso aos alimentos são e nutritivos, de acordo com o direito a uma alimentação apropriada e com o direito fundamental de cada ser humano a não sofrer de fome

Igualmente, encontra-se previsto na Convenção dos Direitos da Criança de 1989, onde é reconhecido no direito da criança de obter alimentos nutritivos e água limpa de boa qualidade, no intuito de combater doenças e a desnutrição

(Art. 24, 2 Os Estados Partes devem garantir a plena aplicação desse direito e, em especial, devem adotar as medidas apropriadas para: reduzir a mortalidade infantil; assegurar a prestação de assistência médica e cuidados de saúde necessários para todas as crianças, dando ênfase aos cuidados primários de saúde; combater as doenças e a desnutrição, inclusive no contexto dos cuidados primários de saúde mediante, *inter alia*, a aplicação de tecnologia prontamente disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água limpa de boa qualidade, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental; ONU. *Convenção sobre os Direitos da Criança*, 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca> Acesso em: 07 jun. 2022.)

O sistema protetivo à alimentação adequada brasileiro é regido pela Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional (Lei n. 11.346/06) onde alimentação adequada encontra-se contemplada como um direito fundamental, “inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

No entanto, embora o direito seja exaustivamente previsto convencional, constitucional e legalmente ele segue sendo violado. Se numa perspectiva nacional o controle de eventuais violações fica a cargo do poder judiciário diante da já aceita judicialização de políticas públicas, num aspecto internacional esse direito vem recebendo análise dos mais diversos sistemas de monitoramento.

2- PERSPECTIVA ONUSIANA- O COMENTÁRIO GERAL 12 DO PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS SOCIAIS E CULTURAIS

O comentário 12 do Comitê do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais trata-se de relevante fonte de conhecimento sobre o assunto já que nele há expicação do conceito bem como de todo o conteúdo essencial que a análise desse direito impõem. O próprio comentário destaca que ele é o resultado de informações acumuladas sobre a temática desde 1979. Destaca-se que esse comentário foi solicitado a partir de um pedido dos Estados Membros durante a Cúpula Mundial de Alimentação para melhor definir os direitos relacionados à alimentação mencionados no artigo 11 do Pacto.

Ao iniciar o comentário destacando a necessidade de que a alimentação adequada é inseparável do gozo de outros direitos assim como do conceito de justiça social o Comitê já demonstra o tom que guiará toda a sua manifestação. Não há que se cogitar uma análise descolada da necessidade de adoção de políticas econômicas, ambientais e sociais adequadas, focadas na erradicação da pobreza e gozo de todos os direitos humanos para todos. Nessa mesma toada denota-se a crítica feita quando salienta que a ausência de adequação na alimentação não advém de ausência de comida no mundo, mas sim da ausência de alimentos disponíveis. Dessa forma violar o direito à alimentação adequada configura-se uma escolha política. Ainda que alcançado de forma progressiva é necessário que os Estados demonstrem que estão realizando todas as medidas possíveis para mitigar e aliviar a violação desse direito.

O Comitê observa que, embora os problemas de fome e desnutrição sejam frequente e particularmente aguçados nos países em desenvolvimento, a desnutrição, a subnutrição e outros problemas relacionados ao direito à alimentação adequada e ao direito à alimentação adequada e ao direito a estar livre da fome também

existem em alguns dos países mais economicamente desenvolvidos. Fundamentalmente, as raízes do problema da fome e da desnutrição não são a falta de comida, mas a falta de acesso a alimentos disponíveis, entre outros motivos pela pobreza vivida por grandes segmentos da população mundial.

Tendo em mente que trata-se de direito que é observado quando a pessoa tem, em todos os momentos, acesso à alimentação ou meios para obtê-la o Comitê trabalha a sustentabilidade como um dos sustentáculos de um acesso à alimentação por essa e as demais gerações. Se o conteúdo desse direito é a disponibilidade em quantidade e qualidade suficiente para satisfazer as necessidades alimentares, livres de substâncias nocivas e aceitáveis dentro de uma cultura é fundamental que seja acompanhado do respeito ao meio ambiente. Respeito esse não apenas na análise do seu fornecimento, mas e sobretudo na garantia de que seja adequado culturalmente.

Logo, trata-se de direito analisado de forma relacional. Para que seja compreendido como perfeitamente fornecido, seguro e adequado O comitê nos fornece um corpo de características essenciais que devem ser observadas À ACEITAÇÃO CULTURAL, DISPONIBILIDADE, ACESSIBILIDADE ECONOMICA E FÍSICA

- Aceitação cultural ou aceitação dos consumidores implica a necessidade de levar em conta, na medida do possível, a percepção dos valores não-nutricionais atrelados à comida e ao consumo de comida e preocupações informadas de consumidores a respeito da natureza de fontes de alimento acessíveis. 12. Disponibilidade refere-se às possibilidades de se alimentar diretamente de terras produtivas ou de outros recursos naturais, ou de sistemas de distribuição, processamento e mercado que funcionem bem, capazes de transportar alimentos do local de produção para onde são necessários, de acordo com a demanda. 13. Acessibilidade abrange acessibilidade econômica e física: fornecimento A acessibilidade econômica significa que os custos financeiros pessoais ou domésticos associados à aquisição de alimentos para uma dieta adequada devem ser de tal ordem que a realização e a satisfação de outras necessidades básicas não sejam ameaçadas ou comprometidas.

A acessibilidade física significa que a alimentação adequada deve ser acessível a todos, incluindo indivíduos fisicamente vulneráveis, como bebês e crianças pequenas, pessoas idosas, pessoas com deficiência física, doentes terminais e pessoas com problemas médicos persistentes, incluindo os doentes mentais.

Ainda que a priori possa-se cogitar que a acessibilidade física é o fator mais fácil de se garantir ele é constantemente ignorado quando trabalha-se com grupos que estão tendo suas terras ameaçadas como as comunidades tradicionais.

2A) DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E OBRIGAÇÕES ESTATAIS

Quando se pensa em direitos humanos numa perspectiva onusiana, sabe-se que o dever dos Estados pairam sobre três obrigações: respeitar, proteger e cumprir (facilitar e fornecer). Dessa forma, destaca o presente Comentário Geral que:

A obrigação de respeitar o acesso existente à alimentação adequada exige que os Estados Partes não adotem medidas que resultem na obstrução desse acesso. A obrigação de proteger requer medidas do Estado para garantir que as empresas ou indivíduos não privem os indivíduos de seu acesso à alimentação adequada. A obrigação de cumprir (facilitar) significa que o Estado deve se engajar proativamente em atividades destinadas a fortalecer o acesso das pessoas e a utilização de recursos e meios para garantir sua subsistência, incluindo a segurança alimentar.

Fundamental o entendimento que não basta a mera alegação de ausência de recursos para garantir o acesso, se faz necessário que o Estado demonstre que tentou de todas as formas, colocando essa obrigação de fornecimento como uma prioridade, e ainda assim não conseguiu garanti o direito. Nesse ponto o Comentário Geral realiza um diálogo com o Comentário 3 que exige ainda a demonstração de que o Estado procurou, ainda que sem sucesso, obter apoio internacional para assegurar a disponibilidade e acessibilidade dos alimentos necessários.

Ainda sobre o dever de garantir esse acesso é importante salientar que a violação pode ocorrer de forma direta ou indireta como a limitação do acesso à ajuda alimentar humanitária em conflitos internos ou outras situações de emergência; adoção de legislação ou políticas que sejam manifestamente incompatíveis com obrigações legais- colocando luzes sobre a importância de discriminações positivas como é o caso daquela que deve existir diante de desastres humanitários ou diante de essas em situação de refúgio . Outrossim é de extrema relevância o apontamento de que todos os membros da sociedade têm responsabilidade pela concretização desse direito.

O atendimento a esse direito deve ser fruto de estratégia fomentada por mecanismos institucionais apropriados assim como deve dar especial atenção à necessidade de prevenir discriminações no acesso. A realização deve ser instrumentalizada por meio de uma legislação quadro que inclua disposições sobre o seu propósito, metas e objetivos. Marcos de referencia que como supramencionado devem envolver a sociedade

civil. Também é devido que sejam desenvolvidos mecanismos de monitoramento do progresso da realização efetiva desse direito.

26. A estratégia deve dar especial atenção à necessidade de prevenir a discriminação no acesso a alimentos ou recursos alimentares. Isto deve incluir: garantias de acesso total e igual aos recursos econômicos, particularmente para as mulheres, incluindo o direito à herança e à posse de terras e outras propriedades, acesso ao crédito, aos recursos naturais e a uma tecnologia apropriada; medidas para respeitar e proteger o trabalho autônomo e o trabalho que proporcione uma remuneração que assegure uma vida decente para os assalariados e suas famílias (conforme estipulado no Artigo 7 (a) (ii) do Pacto); manutenção de registros sobre direitos à terra (incluindo florestas).

3- PERSPECTIVA INTERAMERICANA:

3A) A JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS ECONÔMICOS SOCIAIS E CULTURAIS

Para o Sistema interamericano a judicialização dos DIREITOS ECONÔMICOS SOCIAIS E CULTURAIS foi se tornando possível ao longo do tempo.

Num primeiro momento, entendia-se que sua judicialização era inviável já que havia uma blindagem em razão do art.2 do Diploma falar em realização progressiva.

Artigo 2o

§1. Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Em 1988 tivemos o primeiro sopro de possível justiciabilidade para esses direitos com a celebração do Protocolo de São Salvador. No entanto, tratou-se apenas de um sopro, já que a justiciabilidade direta ficou restrita aos direitos sindicais e ao direito à educação.

Artigo 19

Meios de proteção

1. Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a apresentar, de acordo com o disposto por este artigo e pelas normas pertinentes que a propósito deverão ser elaboradas pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, relatórios periódicos sobre as medidas progressivas que tiverem adotado para assegurar o devido respeito aos direitos consagrados no mesmo Protocolo.

6. Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O caso Gonzales Lui é marco da evolução da justiciabilidade desses direitos uma vez que possibilitou a JUSTICIABILIDADE INDIRETA. Ou seja, admitia-se a tutela de direitos econômicos, sociais e culturais por meio de uma interpretação elástica realizar a luz dos princípios da interdependência e essencialidade destes para com os direitos protegidos (e tutelados tiredamente) no Pacto internacional de DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, COMO A VIDA DIGNA.

Considerações da Corte

167. A continuação a Corte analisará: A) o direito à vida, direito à integridade pessoal e direito à saúde enquanto à obrigação de regular, fiscalizar e supervisionar a prestação de serviços em centros de saúde privados; e B) a disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade na assistência sanitária no marco do direito à vida e à integridade pessoal, ambos em relação com Talía González LLuy. Posteriormente, examinará C) o direito à integridade pessoal de Teresa Lluy e Iván Lluy.

168. Esta Corte sustentou que, na aplicação do artigo 1.1 da Convenção, os Estados possuem a obrigação *erga omnes* de respeitar e garantir as normas de proteção, assim como de assegurar a efetividade dos direitos humanos¹⁹¹. Por conseguinte, os Estados se comprometem não somente a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos (obrigação negativa), senão também a adotar todas as medidas apropriadas para garantir (obrigação positiva)¹⁹². Neste sentido, a Corte estabeleceu que não basta que os Estados se

abstenham de violar os direitos, senão é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, já seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre¹⁹³.

171. No que respeita à relação do dever de garantia (artigo 1.1) com o artigo 5.1 da Convenção, a Corte estabeleceu que o direito à integridade pessoal se encontra direta e imediatamente vinculado com o atendimento à saúde humana¹⁹⁷, e que a falta de atendimento médico adequado pode acarretar a violação do artigo 5.1 da Convenção¹⁹⁸. Neste sentido, a Corte tem sustado que a proteção do direito à integridade pessoal presume a regulação dos serviços de saúde no âmbito interno, assim como a implementação de uma série de mecanismos tendentes a tutelar a efetividade de proferida regulação¹⁹⁹. Por esta razão, se deve determinar se no presente caso se garantiu a integridade pessoal consagrada no artigo 5.1 da Convenção em relação com o artigo 1.1 da mesma. -

Por fim chegamos ao ápice da evolução com os casos Lagos del Campo e Poblete Vilches. Em tais casos a Corte ACEITOU A JUSTICIABILIDADE DIRETA DESSA CATEGORIA DE DIREITOS. O entendimento tem como principais argumentos a impossibilidade de se encarar a “progressividade trazida no Pacto” como um escudo eterno especialmente diante da essencialidade dos direitos sociais para a vida de um ser humano não instrumentalizado. Tamanha a relevância desses direitos que eles contaram com tópico próprio no índice da Sentença da Corte.

CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERU

- 2.1 Alegações referentes aos direitos trabalhistas
- 2.2 O direito à estabilidade no trabalho como direito protegido
3. Referentes à liberdade de associação
4. Dever de adotar disposições de direito interno
5. Conclusão Geral

CASO POBLETE VILCHES E OUTROS VS. CHILE

- B. Considerações da Corte
1. Direito à Saúde

1.1 O direito à saúde protegido pelo artigo 26 da Convenção

1.1.1 Padrões sobre o direito à saúde aplicáveis a situações de urgência médica

1.1.2 Em relação as pessoas idosas em matéria de saúde

3B) CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA E A ANÁLISE SOBRE O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA.

Ciente da atual possibilidade de análise autônoma por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os direitos econômicos e sociais é fundamental o estudo sobre o caso NUESTRAS TIERRAS. Na sentença que condenou a Argentina, a Corte manifestou-se especialmente sobre a violação ao direito à alimentação adequada. Em verdade, a corte foi além já que não apenas apontou a violação do direito como estabeleceu parâmetros sobre o direito.

O caso em tela refere-se a permanência e desenvolvimento de atividade de terceiros em territórios tradicionalmente indígena, sem consulta prévia e que refletissem violação de direitos como a propriedade coletiva, o meio ambiente, alimentação adequada e até mesmo água potável. Não basta reconhecer juridicamente o território, é preciso identificá-lo, demarcá-lo e dar condições fáticas de exercício da propriedade comunitária.

Reafirmando sua competência para apreciar as violações do art 26 da Convenção a Corte apresentou standards de suma relevância que devem servir não apenas para futuras condenações, mas, e principalmente, para que os Estados a ela submetidos tenham em mente as balizas sobre as quais se encontra o fornecimento de alimentação adequada. Só assim teremos efetiva segurança alimentar de forma adequada.

No que respeita ao direito à alimentação adequada, os Estados devem dedicar seus máximos esforços à consecução da nutrição adequada focando na produção e disponibilidade de alimentos. Até porque em diálogo das Cortes destacou-se o que o Comentário 12 DESCJA já enunciava, qual seja, a necessidade de fornecimento em quantidade e qualidade suficientes às necessidades dos indivíduos sem nocividade e acesso de forma sustentável. Ainda de forma a garantir que eventuais posturas, ainda que indireta, reflitam em violação a esse direito a Corte determinou a criação de um fundo de desenvolvimento comunitário.

Chave é a manifestação em que diferencia-se adequação e segurança já que embora ambos sejam importantes quando se trabalha com alimentação não se

confundem. O primeiro relaciona-se com a disponibilidade em quantidade de alimentos nutricionalmente e culturalmente adequados e o segundo alinha-se ao dever de assegurar o acesso de forma disponível e sustentável para essa e futuras gerações.

220. En lo que también resulta relevante destacar para el caso, corresponde hacer notar que los conceptos de “adecuación” y “seguridad alimentaria” son particularmente importantes respecto al derecho a la alimentación. El primero, pone de relieve que no cualquier tipo de alimentación satisface el derecho, sino que hay factores que deben tomarse en cuenta, que hacen a la alimentación “adecuada”. El segundo concepto se relaciona con el de “sostenibilidad”, y entraña “la posibilidad de acceso a los alimentos por parte de las generaciones presentes y futuras”. El Comité DESC explicó también “que los alimentos deb[e]n ser *aceptables para una cultura o unos consumidores determinados*[, lo que] significa que hay que tener también en cuenta, en la medida de lo posible, los valores no relacionados con la nutrición que se asocian a los alimentos y el consumo de alimentos”²¹⁵.

221. Los Estados tienen el deber no solo de respetar²¹⁶, sino también de garantizar el derecho a la alimentación, y debe entenderse como parte de tal obligación el deber de “protección” del derecho, tal como fue conceptualizado por el Comité DESC: “[l]a obligación de proteger requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada”. Correlativamente, el derecho se ve vulnerado por el Estado al “no controlar las actividades de individuos o grupos para evitar que violen el derecho a la alimentación de otras personas”²¹⁷.

Por fim, a corte atrela o direito às obrigações da Convenção Interamericana, cunhadas em Velazques Rodrigues que trazem os deveres de respeito e garantia sem discriminação dos direitos.

CONCLUSÃO

Convencionalmente, o Direito à alimentação adequada vem ganhando destaque. Se num primeiro momento ela era apenas mais um direito previsto em tratados como a Declaração Universal de Direitos Humanos, hoje ele já possui arcabouço conceitual bem como já levou a condenações.

Sobre o seu conceito torna-se fundamental a análise do comentário 11 do Comitê do pacto internacional de direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em sua manifestação o Comitê deixa claro que o direito à alimentação deve ser visto de forma adequada. Ou seja, não basta o mero fornecimento de qualquer alimento em qualquer quantidade. Para que tenhamos alimentação adequada são necessários aceitação cultural, disponibilidade e acessibilidade econômica e física numa perspectiva Interamericana, colocou-se luzes sobre a evolução da análise direta dos direitos sociais por parte da corte finalizando com o caso onde expressamente destacou-se a violação à alimentação adequada. em caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentinaa corte não apenas realizou diálogo das cortes trazendo os elementos paradigmáticos do conceito de alimentação adequada, como o diferenciou de uma alimentação com segurança (conceito que envolve sustentabilidade e garantia de acesso para essas e futuras gerações), mas foi além condenando um país pela sua violação.

BIBLIOGRAFIA:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lagos Del Campo vs. Perú, 31 ago. 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Disponível em: 20 mai. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidades Indígenas Miembros De La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana, 6 fev. 2020. Disponível em: http://juristadelfuturo.org/wp-content/uploads/2020/04/resumen_400_esp.pdf. Acesso em: 20 mai. 2020

CARRASCO, Morita; ZIMMERMAN, Silvina. El caso Lhaka Honhat: informe IWGIA 1. Buenos Aires: Ennio Ayosa Impresores, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lagos Del Campo vs. Perú, 31 ago. 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Disponível em: 20 mai. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79). Assembléia Geral da OEA, La Paz, out. 1979. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>. Acesso em: 20 mai. 2020.

MATOS, Monique Fernandes Santos. A omissão da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Caderno do Programa de Pós Graduação Direito UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 02, out. 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/50142>. Acesso em: 20 mai. 2020.

NASCIMENTO, Laura Fernanda Melo; CORREA, Igor Zany Nunes; FERREIRA, Adriano Fernandes. Caso Lagos del Campo vs. Peru e seu Duplo Papel Paradigmático na Evolução da Justiciabilidade de Direitos Sociais perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Prim Facie, João Pessoa. v. 18, n. 39, p. 01-3, jan. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48760>. Acesso em: 20 mai. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, 22 nov. 1969.

SOUZA, Isabela. Direitos humanos: conheça as três gerações. Politize, [s.l.]. Disponível em: <https://www.politize.com.br/tres-geracoes-dos-direitos-humanos/>. Acesso em: 20 mai. 2020.

https://www.cfn.org.br/wp-content/uploads/repositorirob/arquivos/direito_humano_banner.pdf

<https://site.mppr.mp.br/direito/Noticia/CASO-COMUNIDADES-INDIGENAS-MIEMBROS-DE-LA-ASOCIACION-LHAKA-HONHAT-NUUESTRA-TIERRA-VS>

<https://fianbrasil.org.br/corte-interamericana-responsabiliza-argentina-por-descumprimento-de-direitos-de-indigenas/>

MNÇÃO INDIRETA YANKYE AXA VS PARAGUAI E PACHECO TERUEL

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

(FAO. *Declaração de Roma sobre a segurança alimentar mundial*. Disponível em: <https://www.fao.org/3/w3613p/w3613p00.htm> Acesso em: 01 fev. 2021.)

https://mpmt.mp.br/site/storage/webdisco/arquivos/CASO%20GONZALES%20LLUY%20E%20OUTROS%20VS_%20EQUADOR.PDF https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/lagos_del_campo

https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/Caso_Poblete_Vilches_vs_Chile.pdf

(Fonte:

Agência

Senado <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/10/retorno-do-brasil-ao-mapa-da-fome-da-onu-preocupa-senadores-e-estudiosos>).

DA ABSOLUTA INCAPACIDADE – ANÁLISE À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

VICTOR AUGUSTO AGUIAR MANFREDI:
Advogado e Mestrando em Efetividade do
Direito, núcleo de Direito Civil, pela PUC-SP.

RESUMO: A pessoa com deficiência é presumidamente capaz, somente podendo ter sua incapacidade reconhecida de forma parcial. Ainda assim, é vedado pelo Estatuto da Deficiência, em qualquer hipótese, que o decreto de incapacidade alcance aqueles direitos ditos como existenciais, como de casar-se. Essa vedação, contudo, cria um problema, que será objeto de exame ao longo do presente trabalho, que decorre do fato de que, em certas situações, a pessoa com deficiência não possui discernimento suficiente para praticar atos relacionados a tais direitos, de modo que a proteção criada pelo legislador pode se reverter em desfavor daquele que se pretendia proteger, criando uma janela de desproteção em seu prejuízo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil – Estatuto da Pessoa com Deficiência – Capacidade – Incapacidade – Discernimento – Salvaguarda – Desproteção.

1. INTRODUÇÃO

O propósito desse trabalho é analisar o regime jurídico aplicável à absoluta incapacidade após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Mas, antes de iniciar qualquer exposição sobre a incapacidade civil, é necessário, a título de introdução, dedicar breves notas para definição da capacidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, pois, embora não se trate do objeto desse trabalho, compreender a capacidade civil é indispensável para compreender no que consiste a incapacidade civil (essa sim objeto de estudo), que nada mais é do que a ausência de capacidade.

Parte de nossa doutrina, defende que a personalidade consiste no atributo que faz com que algo seja uma pessoa (seja ela física ou jurídica) para o direito, de modo que é a partir da personalidade que essas pessoas podem atuar na esfera jurídica, assumindo posições jurídicas e, por isso, assenhorarem-se de seus atos¹⁴⁸. É a personalidade, como explica Caio Mario Pereira da Silva, que atribui ao ser humano (e à pessoa jurídica) a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações¹⁴⁹.

148_ NERY, Rosa Maria. **Instituições de Direito Civil: Volume I: parte geral do Código Civil e direito da personalidade**. São Paulo: Thomson Reuters. 2019. P 38.

149_ PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil – v. I / Atual**. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017 P. 222.

Embora exista posicionamentos em sentido contrário, a posição que prevalece a respeito do assunto é no sentido de que a personalidade e a capacidade civil, em que pese possuam inequívoca afinidade e proximidade, são conceitos que não se confundem, pois, *"o primeiro é um conceito fundamental, anterior, necessário para a compreensão do fenômeno de revestir-se alguém com a qualidade de ser pessoa. Capacidade de direito é um conceito decorrente daquele que se aprende como consequência de se ter personalidade"*¹⁵⁰. É dizer, conforme esclarece Bevilacqua, que a capacidade *"é extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade, ou, como diz Teixeira de Freitas, ao modo de ser geral das pessoas"*¹⁵¹.

A capacidade civil, portanto, é um atributo da personalidade, que pode ser definida como *"o fenômeno de "investidura" experimentado pelos sujeitos (pessoas naturais, pessoas jurídicas, patrimônios personificados, como ocorre com a fundação); a capacidade é uma eficácia atributiva da própria dessa investidura"*¹⁵².

Maria Helena Diniz¹⁵³, interpretando o artigo 1º do Código Civil¹⁵⁴ vigente, afirma que a capacidade possui duas feições, consistentes na *capacidade de fato* e na *capacidade de direito*.

A capacidade de fato ou de exercício, nas palavras da referida Professora, consiste na *"aptidão para exercer por si os atos da vida civil, dependendo, portanto, do discernimento, que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência e, sob o prisma jurídico, da aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial."*¹⁵⁵.

A capacidade de direito, também chamada de capacidade de gozo, por sua vez, consiste na aptidão que a pessoa possui para adquirir direitos e deveres ao longo de sua vida. Trata-se uma qualidade (ou aptidão) que não pode ser negada ao indivíduo, sob pena de negar-lhe sua própria qualidade como pessoa, vulnerando seus direitos de personalidade.

150_ NERY, Rosa Maria. Ob. Cit. P. 38.

151_ BEVILAQUA. Clóvis. **Theoria Geral do direito Civil. 6. Ed., atualizada por Achilles Bevilacqua**. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953, p. 81. Apud PELUZO, Cezar (coord.). **Código Civil Comentado: Doutrina e jurisprudência**. 16. Ed. rev e atual. Barueri: Manole. 2022. P. 15.

152_ NERY, Rosa Maria. Ob. Cit. P. 29.

153_ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado. 16ª Ed. São Paulo**: Saraiva. P. 125/126. Negócio Jurídico, Ed. Saraiva, 4ª Ed., p. 58.

154_ "Art. 1º - Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil."

155_ DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit. P. 29.

Apesar de não se poder negar ao indivíduo a capacidade de direito, essa capacidade pode ser limitada ou restringida. Essa limitação decorre do reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de que a pessoa é incapaz para exercer seus direitos, principalmente por faltar-lhe o discernimento necessário, hipótese em que seu representante os exercerá em seu nome.

O propósito do presente trabalho é justamente analisar o regime jurídico aplicável à pessoa com deficiência à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em especial nas hipóteses em que referida norma atribui a essas pessoas capacidade plena, sem considerar, contudo, a possível inexistência para prática de determinados atos.

2. DA INCAPACIDADE: LINHAS GERAIS

A incapacidade constitui instituto por meio da qual se reconhece que, por determinada razão, a pessoa não detém condições de gozar de seus direitos em sua plenitude, de modo que o ordenamento jurídico lhe impõe restrições para tal gozo.

É isso, aliás, que se depreende do conceito de incapacidade estabelecido por Silvio Rodrigues, que a define como "*o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos.*"¹⁵⁶.

Embora alguns doutrinadores entendam a incapacidade como uma verdadeira restrição, por vezes até uma sanção jurídica imposta pelo direito a quem, de acordo com suas regras, não pode exercer a plenitude de seus direitos, não se pode negar que tal instituto (da incapacidade) inequivocamente possui um viés protetivo, pois, se para exercer seus direitos, como visto, o indivíduo precisa de discernimento (ao menos para entender o que é lícito e o que é ilícito e o que lhe vantajoso e o que lhe é prejudicial), é óbvio que em certas situações, nas quais esse discernimento lhe faltar, a restrição ao exercício de seus direitos (em virtude do reconhecimento de sua incapacidade) opera como uma verdadeira salvaguarda, impedindo que o indivíduo exerça seus direitos de forma que possa ser prejudicial a si mesmo ou seja vítima de abusos.

É isso, aliás, que leciona Silvio Rodrigues, que deixa claro o caráter também protetivo do instituto da incapacidade civil:

O legislador, ao arrolar entre os incapazes referidas pessoas, procura protegê-las. Partindo de que ao menor falta a maturidade necessária para julgar de seu próprio interesse, ao amental falta o tirocínio para decidir o que lhe convém ou não, ao pródigo ou ao silvícola falta o senso preciso para defender seu patrimônio, o legislador inclui todos

156_ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** — V. I: C Saraiva, 2003. P. 40

esses indivíduos na classe dos incapazes, a fim de submetê-los a um regime legal privilegiado, capaz de preservar seus interesses.

Com efeito, através de medidas várias, o legislador estabelece um sistema de proteção para os incapazes. E a jurisprudência, inspirada no sentido moral da regra e no anseio de proteger, dentro das normas de justiça, os incapazes, tem estendido ou restringido tal proteção, de acordo com as imposições do caso concreto.

Em todo o caso, é mister ter-se em vista que têm direito à proteção somente as pessoas que a lei define como incapazes, pois a incapacidade é a exceção e a capacidade, a regra.¹⁵⁷

Apesar de seu viés protetivo, não se pode negar que a retirada da capacidade de um indivíduo, reputando-o incapaz para, sozinho, exercer seus direitos, tem grande viés restritivo, motivo pelo qual, conforme se nota das lições acima, a capacidade civil é a regra geral de nosso direito, sendo a incapacidade a exceção, que somente pode ser reconhecida nas hipóteses previstas em lei.

E nossa legislação, atenta ao fato de que as circunstâncias do indivíduo (sua idade, desenvolvimento mental, patologias que carrega, etc.) podem influir de forma diferente em seu discernimento, estabeleceu nos artigos 3º e 4º do Código Civil duas espécies diferentes de incapacidades, a absoluta e a relativa.

Será absoluta a incapacidade quando "*houver proibição total do exercício do direito pelo incapaz, acarretando, em caso de violação do preceito, a nulidade do ato.*"¹⁵⁸. De acordo com a redação atual do art. 3º do Código Civil, "*São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos*".

A incapacidade relativa, por sua vez, por decorrer de uma inaptidão menos intensa do que aquela que dá causa à incapacidade absoluta, consistente na restrição da "*liberdade de ação [do relativamente incapaz] dentro da órbita das atividades jurídicas, permite-lhes a prática de atos jurídicos. Condiciona, entretanto, a validade do ato jurídico praticado pelo relativamente incapaz ao fato de ele se aconselhar com pessoa plenamente*

157_ Ibidem. P. 39/40.

158_ DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit. P. 64.

*capaz — seu pai, tutor ou curador —, que o deve assistir nos atos jurídicos”*¹⁵⁹. As causas da incapacidade relativa são enumeradas pelo art. 4º, do Código Civil¹⁶⁰.

Ambos os dispositivos foram substancialmente alterados pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que estabeleceu o “Estatuto da Pessoa com Deficiência” (o real objeto deste trabalho), motivo pelo qual a compreensão da incapacidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que diz respeito às pessoas com deficiência, passa necessariamente pelo entendimento do referido Estatuto e do regime jurídico que se estabeleceu após sua vigência.

3. DA INCAPACIDADE CIVIL APÓS O ADVENTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Conforme antecipado no capítulo antecedente, o Estatuto da Pessoa com deficiência alterou substancialmente o tratamento conferido em nosso ordenamento jurídico às causas de incapacidade, principalmente por romper com nossa tradição histórica – existente desde as Ordenações – de considerar deficiências como causas determinantes (e até mesmo automáticas) para caracterização da incapacidade civil, visão que sequer é compatível com nossa realidade vigente e com a atual concepção de deficiência.

É justamente por conta desse rompante com a tradição secular brasileira que, antes de iniciar qualquer exposição a respeito da incapacidade civil após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, é necessário fazer alguns comentários sobre referida norma e o espírito que a anima, pois compreender sua *men legis* é indispensável para assimilar o tratamento que o legislador conferiu à capacidade das pessoas a ela submetida.

Não é preciso grande conhecimento histórico ou esforço de pesquisa para saber que, historicamente, a pessoa com deficiência é sujeita a tratamento degradante e segregacionista, sendo colocada à margem da sociedade.

De fato, vários são os relatos e mídias produzidas que revelam, por exemplo, que no mundo antigo, era comum que algumas sociedades abandonassem seus filhos ou os matassem – com autorização (e às vezes até incentivo) do Estado (e do Direito) - caso nascessem com alguma deficiência. Também é fato notório que, na Idade Média a deficiência, física ou mental, muitas vezes foi associada a fatores demoníacos, a partir do racional simplista de que, se o homem nasce à imagem e semelhança de Deus, aquele que

159_ Rodrigues. P. 41/42.

160_ “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.”

não possui essa semelhança (por ser deficiente) está afastado do divino. Não por acaso, doenças mentais já foram associadas à bruxaria e constituíram causa determinante para que pessoas fossem levadas à fogueira¹⁶¹.

A valorização da pessoa com deficiência tem seu início apenas na Idade Moderna, quando, com a Igreja perdendo seu espaço, a filosofia e a ciência assumem o papel de protagonistas, o que resulta na criação de protocolos médicos voltados ao exame das características próprias da pessoa com deficiência e de suas causas (o que retira o caráter místico dessa sua condição), assim como na valorização (geral) do ser humano, de sua dignidade e bem-estar social.

Embora não se possa dizer que o movimento foi rápido, a valorização da pessoa com deficiência resultou na edição de um documento importantíssimo no âmbito do Direito Internacional, consubstanciado na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

Referida Convenção, já em seu preâmbulo, reconhece a importância da pessoa com deficiência e a necessidade de adoção de medidas para preservar sua dignidade e seus direitos enquanto pessoa humana, e assim superar as barreiras que impedem sua participação plena na sociedade.

O propósito da convenção é justamente assegurar o exercício pleno pela pessoa com deficiência de todos os direitos e liberdades fundamentais, conforme se extrai de seu art. 1º, a seguir transcrito:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Uma das medidas determinadas pela Convenção para atender a referido propósito, foi exigir que os Estados Partes reconheçam a capacidade legal da pessoa com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas, respeitando-se, assim, sua vontade, sem escusar-se, contudo, de executar medidas apropriadas para evitar abusos. É isso que consta dos artigos 12, 2 a 4, da Convenção:

¹⁶¹_ Barbosa, Cícera. A trajetória da loucura, revisando o passado das pessoas excluídas por uma sociedade. <https://redehumanizaus.net/a-trajetoria-da-loucura-revisando-o-passado-das-pessoas-excluidas-por-uma-sociedade/>. Acesso em 02/07/2023

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

(...)

2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa. [...]

O Brasil internalizou a Convenção em exame por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, seguindo o rito previsto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, formalidade que atribui status de emenda constitucional à Convenção, em especial por tratar de direitos humanos.

A internalização da Convenção de Nova York, contudo, fez surgir certo conflito entre a disciplina jurídica da incapacidade civil das pessoas com deficiência até então estabelecida pelo Código Civil, que seguindo a tradição histórica de nosso ordenamento jurídico, adotava a condição clínica (e, portanto, a deficiência) do indivíduo como causa determinante para a caracterização de sua incapacidade.

Para melhor compreensão desse conflito, é necessário ter em vista que, para alguns doutrinadores de destaque a incapacidade civil constitui-se como uma verdadeira sanção, aplicável àqueles que não reúnem, pelas razões previstas em lei, condições mínimas para a prática dos atos da vida civil.

Essa sanção era, na tradição histórica do Direito Civil brasileiro, aplicável a alguns grupos de pessoas com deficiência, pois, a exemplo, as Ordenações Filipinas empregavam uma série de conceitos, hoje qualificados como pejorativos ou capacitistas, para qualificar pessoas com alguma doença mental como incapazes, como explica Nestor Duarte:

“Em decorrência de enfermidade, as Ordenações empregavam diferentes palavras para indicar os que consideravam privados de entendimento, a saber: sandeu, furioso, desajuizado, desmemoriado, mentecapto, demente.”¹⁶²

O Código Civil de 1916 não evoluiu significativamente no que diz respeito à disciplina do tema, pois, em seu art. 5º, I, ainda considerava como absolutamente incapazes os *“Os loucos de todo o gênero”* e *“Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.”*, de modo que considerava a deficiência como causa suficiente para caracterizar a incapacidade absoluta, sem sequer referir-se à repercussão da deficiência no discernimento do indivíduo.

E embora o Código Civil de 2002, na redação vigente à data da internalização da Convenção de Nova Iorque, já apresentasse alguma evolução, essa evolução foi demasiadamente pequena em relação àquilo que era necessário para harmonizar-se com a atual compreensão dos direitos da pessoa com deficiência, especialmente no que diz respeito à incapacidade, pois seu artigo 3º ainda considerava essa deficiência como relevante para aferir a incapacidade, por qualificar como absolutamente incapazes as pessoas que *“por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”* e *“os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”*.

Portanto, o simples cotejo da previsão constante do Código Civil com as regras extraídas da Convenção de Nova Iorque sobre os direitos da pessoa com deficiência revela um evidente conflito, pois, enquanto o primeiro Diploma ainda considerava a enfermidade ou deficiência mental para limitação do exercício da capacidade civil, a Convenção em questão expressamente determina que as limitações próprias da pessoa com deficiência não sejam consideradas como fator de restrição de seus direitos.

Obviamente esse conflito não poderia subsistir, sob pena inclusive de retirar a constitucionalidade do art. 3º do Código Civil, diante do status (de verdadeira emenda à Constituição) com o qual a Convenção de Nova Iorque foi internalizada.

¹⁶²in Código Civil Comentado: Doutrina e jurisprudência. 16. Ed. rev e atual. Barueri: Manole. 2022. Beluzo. P. 19.

E, de fato, esse conceito foi resolvido, o que ocorreu por meio da edição da Lei nº 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa Com Deficiência, norma editada os mesmíssimos propósitos e preocupação possuídos pela Convenção de Nova Iorque¹⁶³, e que, dentro desses propósitos (inclusive de assegurar igualdade no que diz respeito à capacidade civil), atribuiu nova redação ao artigo 3º do Código Civil, para excluir qualquer referência à deficiência ou enfermidade como condição capaz de tolher a capacidade civil da pessoa.

Assim a partir do advento da referida Norma, nenhuma pessoa em razão de sua deficiência pode ser considerada absolutamente incapaz, notadamente porque, à luz da redação atual do dispositivo legal mencionado, apenas "*São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil [apenas] os menores de 16 (dezesesseis) anos*".

A modificação do artigo 3º do Código Civil, deve-se ao fato de que, conforme já fora previsto no artigo 12 da Convenção de Nova Iorque, a capacidade civil da pessoa com deficiência, para o Estatuto, consiste em medida necessária para preservar a igualdade e como instrumento de discriminação dessas pessoas. Não por acaso, o tema (capacidade civil) foi incluído em capítulo dedicado a tratar justamente das medidas que devem ser estabelecidas para preservar a igualdade e isonomia das pessoas com deficiência, nos moldes inclusive previstos no art. 5º da Constituição Federal.

Dentro desse propósito, o artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência é claro em estabelecer que a deficiência, por si só, não afeta a capacidade civil da pessoa com deficiência, inclusive enumerando alguns direitos que não devem ser limitados em virtude das barreiras possuídas por essas pessoas, a seguir descritos:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

¹⁶³_ Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

*V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária;
e*

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A ideia central do Estatuto foi garantir à pessoa com deficiência o pleno exercício de seus direitos, inclusive aqueles mais básicos enquanto pessoa humana (desenvolver uma relação amorosa, manter relação sexual, constituir família e procriar), pois o simples fato de possuir uma deficiência, ao menos na visão da Norma (e também da Convenção), não significa – e nem pode significar – que a pessoa com deficiência não dispõe de condições para a prática dos atos da vida civil.

E realmente assim deve ser, porque o Estatuto da Pessoa com Deficiência, assim como a Convenção que constitui sua base (art. 1º, § único), tem como premissa básica que a deficiência não deve se constituir como razão para que a pessoa com deficiência sofra com limitações em relação ao exercício de direitos (qualquer que seja ele).

Ao contrário, o Estado deve considerar essa deficiência apenas para tomar medidas proativas para garantir que ela não obstrua a participação plena da pessoa com deficiência na sociedade, de modo que possam, sem sofrer qualquer abuso ou limitação, exercer sua dignidade enquanto pessoas humanas. Conclusão diversa, negaria à pessoa com deficiência sua personalidade jurídica (já que a capacidade é um atributo inerente à personalidade, como visto), em clara violação do princípio da dignidade da pessoa humana estampado no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Por isso, a deficiência, isoladamente considerada, não pode e nem vai subtrair a capacidade civil da pessoa que a portar, de modo que é possível afirmar que, desde o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, houve completo e absoluto desenlace

entre os conceitos de deficiência e incapacidade¹⁶⁴, de modo que uma nunca será (ao menos aos olhos da lei) consequência necessária da outra.

Acontece que há situações em que, necessariamente, a deficiência pode, sim, vir a afetar o discernimento e/ou a capacidade de seu portador de praticar os atos da vida civil, colocando-a em situações de vulnerabilidade, coisa que não passou desapercibida pela Convenção de Nova Iorque e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Assim, para evitar que a pessoa com deficiência seja vítima do abuso que a convenção de Nova Iorque determinou que os Estados Membros se empenhem em prevenir, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 84, após reiterar que a pessoa com deficiência possui a mesmíssima capacidade legal das demais pessoas, autoriza que ela seja submetida à curatela, quando serão consideradas relativamente incapazes. Veja-se:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

A leitura do dispositivo não deixa dúvidas: a capacidade civil é a regra, somente sendo se admitindo que se submeta a pessoa com deficiência à curatela em situações excepcionais, para sua própria proteção. Por esse motivo, não é a deficiência que determina a sujeição da pessoa à curatela, mas sim sua inaptidão para exprimir sua vontade adequadamente (ou seja, a falta de discernimento), não sendo necessário, pois, avaliar sua condição de deficiente, mas sim apurar seu grau de discernimento.

¹⁶⁴FARIAS, Cristiano Chaves et al. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. 2. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. P. 241

A curatela, ademais, não deve ser entendida como uma sanção jurídica, como era a absoluta incapacidade atribuída a determinados grupos de deficientes. Ao contrário, deve ser entendida como uma medida verdadeira protetiva, estabelecida com o propósito de evitar que a pessoa com deficiência – muitas vezes vulnerável em razão de sua condição – seja vítima de abuso de qualquer ordem.

É por esse motivo que a curatela, aqui, observará algumas características especiais, que, dado o caráter protetivo da medida, devem ser observadas por ocasião da sua instituição.

A primeira delas decorre do fato de que, em conformidade com o art. 85, *caput*, do Estatuto, *"A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial"*. Estando restrita a atos de natureza patrimonial e negocial, a curatela não poderá alcançar os direitos existências da pessoa com deficiência. E isso foi expresso pelo 2º, do mesmo dispositivo, que ressaltou os direitos ditos como essenciais da curatela, ao estabelecer que *"A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto."*

O dispositivo se pauta na concepção de que a pessoa com deficiência submetida à curatela perde somente sua capacidade de consentir no âmbito negocial, mas não tem subtraída sua essência como ser humano e nem sua dignidade (ou seja, não perde a capacidade de gozo), de modo que os atos elementares da pessoa humana, como a possibilidade de casar-se e relacionar-se com outras pessoas, não podem ser limitados pela curatela.

Contudo, embora seja louvável a intenção do legislador de preservar a capacidade (plena) da pessoa com deficiência para determinar-se em aspectos como o casamento e a prática de atos sexuais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência talvez tenha pecado pelo excesso, pois olvidou-se que existem situações que, nem mesmo para os atos mais elementares, o indivíduo possui condições de determinar-se adequadamente, motivo pelo qual atribuir-lhe capacidade plena nessas situações coloca a pessoa com deficiência em situação de verdadeira vulnerabilidade.

De fato, não é difícil imaginar que uma pessoa com deficiência pode ser despida de discernimento suficiente para avaliar se um casamento lhe é benéfico ou prejudicial, de modo que, sem esse discernimento, fica ela sujeita à influência de qualquer pessoa que queira casar-se com ela, interessada, por exemplo, em seus bens ou animada por outro propósito escuso.

Acontece que, seguindo a letra fria da lei, a pessoa com deficiência é plenamente capaz para casar-se – independentemente de seu discernimento (ou da falta dele) e do manifesto abuso a que pode estar sujeita – e seus familiares ou representantes nada podem fazer para protegê-la.

Tem-se, então, um verdadeiro paradoxo, pois, os artigos 84 e 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, embora criados justamente para proteger seus destinatários, podem deixaram aberta uma imensa janela de desproteção.

Por isso, questiona-se: se a pessoa com deficiência é presumidamente capaz para a prática de atos existenciais, independentemente do grau de sua deficiência, como prevenir eventuais abusos de sua situação de fato, evitando que ela contraia um casamento ou união estável, por exemplo, com a qual sequer tem condições clínicas de consentir?

A resposta parece-nos já existir na jurisprudência, que reconhece a necessidade de preservar-se os direitos existenciais da pessoa com deficiência, mas sem se esquecer-se que essa preservação deve ser pautada pelos princípios gerais de direito e pelos princípios que sustentam a Convenção de Nova Iorque.

Com efeito, em pesquisa aos repositórios de precedentes jurisprudenciais, é possível observar que a jurisprudência pátria, de um modo geral, respeita o disposto nos artigos 85, *caput* e §2º, do Estatuto e não admite que, *a priori*, sejam limitados pela curatela os atos existenciais de direito da pessoa com deficiência, restringindo, por consequência, a curatela aos atos meramente patrimoniais.

De fato, não se costuma estabelecer uma proibição prévia para que a pessoa com deficiência submetida à curatela contraia núpcias.¹⁶⁵ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, inclusive, já decidiu no sentido de que a pessoa com deficiência, pode, sim contrair núpcias independentemente da intervenção de seu curador, ressalvada apenas a possibilidade de celebrar pacto antenupcial, pois esse pacto importa em disposição patrimonial e, por isso, está sujeito à curatela:

APELAÇÃO CÍVEL. CURATELA. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. SUBMISSÃO À CURATELA QUE AFETA TÃO SOMENTE AOS ATOS RELACIONADOS AOS DIREITOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO AOS DEMAIS ATOS DA VIDA CIVIL. De acordo com o art. 85 da Lei nº 13.146/2015, que institui a Lei

165_ TJ-MG - AC: 10000212014286001 MG, Relator: Wander Marotta, Data de Julgamento: 25/11/2021, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 29/11/2021; TJ-RS - AC: 70080923287 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 27/06/2019, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 04/07/2019; TJ-SP - AC: 10004490220178260565 SP 1000449-02.2017.8.26.0565, Relator: J.B. Paula Lima, Data de Julgamento: 21/01/2021, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/01/2021

Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), “a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”, sendo descabida, portanto, a extensão da curatela aos demais atos da vida civil. Embora seja permitido o matrimônio, a eventual celebração de pacto antenupcial sempre dependerá de assistência de curador, pois se trata de ato de disposição patrimonial, o que se extrai da leitura conjugada dos artigos 1.772 e 1.782 do CCB. Logo, mostra-se descabida a pretendida ampliação do decreto de curatela, como quer o apelante, de modo a alcançar todos os atos da vida civil, relacionados a direitos políticos, matrimônio, testamento, sexualidade, condução de veículo automotor, entre outros, diante da restrição/ressalva da própria lei. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJ-RS - AC: 70081457095 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 07/11/2019, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 26/11/2019)

Apesar disso, quando o casamento ou união estável foram ou serão celebrados, já há precedentes nos quais se busca alternativas para preservar o interesse da pessoa com deficiência e evitar que seja ela vítima de abuso, a despeito da garantia de seus direitos.

No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, há importante precedente no qual referida Corte promoveu uma análise teleológica do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da Convenção de Nova Iorque, para assim reconhecer que seria necessária a intervenção da curadora para o casamento ou união estável de seus curatelados.

Fê-lo por entender que o propósito primordial das Normas mencionadas é proteger a pessoa com deficiência. E essa proteção não seria concedido caso se garantisse à parte envolvida no processo o direito de contrair núpcias, já que a perícia produzida na ação no qual proferida a decisão judicial revelou que não teria ela condições mentais de consentir com um casamento, de modo que, se tal casamento fosse realizado, estaria fatalmente sujeita aos abusos que as normas protetivas buscam coibir.

Assim, submeteu o matrimônio também à Curatela, nos termos do acórdão a seguir transcrito:

INTERDIÇÃO. Sentença que julgou procedente o pedido para decretar a interdição parcial dos curatelados, com nomeação da genitora para o encargo de curadora. Necessidade de intervenção da curadora para o casamento e constituição de união estável pelos curatelados. Gravidade da deficiência mental dos curatelados, nos

termos da perícia médica, que justifica a excepcional limitação. Finalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência de primordial proteção do deficiente, diante da sua vulnerabilidade. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 4007229-76.2013.8.26.0554; Relator (a): J.B. Paula Lima; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 4ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 25/09/2018; Data de Registro: 25/09/2018)

A ementa teve como base o voto proferido pelo eminente Desembargador J. B. Paula Lima, que reconheceu que, de fato, o Estatuto da Pessoa com deficiência assegura os direitos essenciais da pessoa com deficiência, inclusive resguardando sua capacidade para o casamento, mas que o principal propósito da norma (seu objetivo primeiro) é a proteção dessa pessoa, a qual não seria observada acaso se admitisse o casamento na situação dos autos, como se infere do trecho do referido voto:

“O fito do aludido Estatuto é garantir àqueles que possuem alguma deficiência mental ou intelectual o direito ao exercício da capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, daí a exclusão daqueles do rol dos absolutamente incapazes.

Nesse diapasão, prevê o artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência que: “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável”.

Desse modo, em regra, a legislação assegura ao deficiente capacidade para o casamento e para constituição de união estável, independente da atuação do curador.

No caso dos autos, contudo, a gravidade da deficiência mental dos curatelados, somada à finalidade primordial do Estatuto de proteger a pessoa com deficiência, autoriza a intervenção do curador.

Nesse aspecto, bem pontuou o juízo de origem:

“Embora o artigo 6º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, conste esse direito das pessoas com deficiência, o artigo 5º do mesmo Estatuto é expresso ao dispor que: 'Art.5º - A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.'

Assim, usando-se o método da ponderação, há que se verificar que entre a plena liberdade de casamento ou constituição de união estável da requerida, com risco de exploração por parte de suposto marido ou companheiro, de violências físicas ou mentais que podem agravar seu estado de saúde, e outras várias situações desgastantes de um relacionamento, que para uma pessoa com a saúde normal já são difíceis de suportar, e a proteção integral que lhe deve ser dada, deve prevalecer a última e, por conta disso, entendo que a requerida não poderá, também sem intermédio de sua curadora, praticar os referidos atos". (fls. 218/219, destacou-se)"

A decisão em exame não é isolada, pois, em outra oportunidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a invalidade de um contrato de união estável, por reconhecer, diante das provas dos autos, que um indivíduo que acabará de receber alta médica após longa internação não tinha condições mentais de consentir com uma união estável:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE INSTRUMENTO PARTICULAR C.C. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. Sentença de procedência. Inconformismo da ré. Não acolhimento. Magistrado que havia prolatado uma primeira sentença, de improcedência da ação. Interpostos embargos de declaração, o Magistrado reconheceu a existência de omissão na análise da prova e, ao prolatar uma nova sentença, examinou a prova e julgou a ação procedente. Autor que busca a declaração de nulidade de contrato de convivência assinado por seu genitor, falecido, que reconhecia a existência de união estável mantida com a requerida. Alegação de que tal contrato foi assinado após alta hospitalar, quando seu genitor padecia de consequências de hepatite alcoólica e delirium hipoativo. Elementos presentes nos autos que autorizam o reconhecimento da incapacidade momentânea do de cujus no momento da assinatura do contrato de união estável. Embora a requerida e o de cujus tivessem relação de namoro, passando seu tempo juntos, realizando viagens e comparecendo em festas e eventos, não possuíam intenção de constituir família. Prova testemunhal que também corroborou a situação de namoro mantida entre ambos até o falecimento do pai do autor. Ausência de convivência more uxório. Sentença recorrida que deu tratamento adequado à questão. Sucumbência recursal da ré. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. (v.41112). (TJSP; Apelação Cível

1006087-48.2020.8.26.0003; Relator (a): Viviani Nicolau; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 3ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 21/03/2023; Data de Registro: 22/03/2023)

As decisões estão alinhadas à carga principiológica que sustenta a matéria, pois, embora aparentem possuir alguma contradição com o disposto art. 85, §1º, do Estatuto e cercear um direito existencial (o da pessoa com deficiência casar-se), o fato é que tais precedentes são amparados pela interpretação conforme a Constituição Federal que deve atribuir-se à referida norma.

De fato, há muito se sabe que as normas jurídicas não podem, em qualquer hipótese, ser interpretadas e aplicadas em tiras, de forma estritamente literal e dissociada do ordenamento jurídico em que inseridas e/ou dos princípios que o sustentam, pois isso dá margem ao absurdo e ao arbítrio, conforme já se viu na história recente da humanidade.

Essa também é a posição de Maria Helena Diniz, que defende que, para ser jurídica, a norma deve estar atenta à sociedade política na qual inserida, sob pena de ser incapaz de atender a um de seus principais propósitos, que é o de garantir a organização social e equilíbrio das relações humanas, permitindo que a pessoa humana se autorrealize¹⁶⁶.

De fato, para a jurisdicente, a norma jurídica deve considerar as circunstâncias fático-axiológicas de seus destinatários, pois, se não o fizer, constituir-se-á como elemento de desordem e de desequilíbrio, a serviço do árbitro e alheia ao homem e à sociedade que, em sua essência, deveria ordenar¹⁶⁷. Inclusive, o próprio jurista, ao interpretar a norma, deverá assimilar e captar essas circunstâncias, pois não pode esquecer que o direito é uma integração normativa de fatos e valores¹⁶⁸.

Diante dessa concepção, não é cabível a aplicação irrestrita do art. 85, §1º, do Estatuto, admitindo-se em toda e qualquer hipótese o casamento (ou exercício de outros direitos essenciais da pessoa com deficiência, como de relacionar-se sexualmente), mesmo quando se constatar que a pessoa com deficiência nitidamente não é capaz (ou apta) para consentir com o casamento.

Essa admissão irrestrita subverte o princípio elementar que sustenta o Estatuto da Pessoa com Deficiência (e a Convenção que a inspira), consistente na proteção da

166_ Diniz, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 1º Volume: teoria geral do direito civil. 24ª Ed. Ver. Rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. . P. 7.

167_ Diniz, Maria Helena. Ob. Cit. P. 7.

168_ Diniz, Maria Helena. Ob. Cit. P. 9.

pessoa com deficiência, pois, a pretexto de garantir um direito seu (e.g., de se casar), deixaria essa pessoa desprotegida e vulnerável ao arbítrio de quem quiser se aproveitar de sua condição, em clara infringência aos propósitos estabelecidos no art. 1º da Convenção de Nova Iorque¹⁶⁹ e 5º do Estatuto da Pessoa com Deficiência¹⁷⁰.

Noutros termos, aplicar de forma absoluta a autorização contida no art. 85, §2º, do Estatuto, como bem pontuou o Tribunal Bandeirante nos precedentes acima citados, violaria os principais propósitos e princípios do Estatuto da Pessoa com deficiência, e autorizaria que a condição da pessoa com deficiência fosse aproveitada por outras pessoas para fins de abuso e enriquecimento próprio, em prejuízo dessa pessoa e em contradição com toda carga normativa que sustenta o sistema que a protege. Daí, porque o direito não deve fechar os olhos à realidade e admitir um casamento quando a pessoa, por sua condição clínica, não tiver a mínima condição de consentir com esse ato.

Afinal, esse fechar de olhos implicaria em proteção insuficiente à pessoa com deficiência, de modo que não pode ser sustentada, sob pena de violar os dispositivos citados, e a própria Constituição Federal, pois a desproteção dessas pessoas caracteriza violação à sua dignidade, assegurada pelo art. 1º, III, da Carta Magna.

Por essa razão, somente é possível assegurar, de forma plena, o exercício dos direitos previstos no artigo 85, §2º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência se constatado que a pessoa com deficiência ainda é dotada de discernimento para exercer tais direitos. Se evidenciado que esse discernimento não existe, o direito em questão, principalmente em face da repercussão que ele pode possuir na vida da pessoa, deve ser exercido por meio de seu curador, nomeado em regular processo de curatela judicial.

E, para que não paire dúvidas que assim deve ser, a curatela, nesse caso, que dependerá do reconhecimento da incapacidade relativa da pessoa com deficiência (na forma do art. 4º do CC), não possuirá *status* restritivo ou sancionador, mas sim será exercida no viés protetivo a que se referem as já citadas lições de Silvio Rodrigues, de modo que estará plenamente alinhada aos propósitos do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

169_ Art. 1 - O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

170_ Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante. Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no caput deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência.

No estabelecimento da curatela, seja ela nas situações determinadas pelo legislador, seja quando se fizer necessária para proteção da pessoa com deficiência, deverá ser observado o art. 84, §3º, do Estatuto, que é claro em arrematar que a curatela deve ser proporcional às necessidades e às circunstâncias do caso, que obviamente devem ser definidas em perícia médica, observado o disposto nos artigos 747 e seguintes do Código de Processo Civil vigente.

Além disso, medida extraordinária como é, o magistrado, ao decretá-la, deve expor motivadamente as razões e as motivações de sua definição, inclusive estabelecendo-a de modo apenas temporário, para assim preservar os interesses do incapaz, conforme se extrai dos artigos 756 e 757 do Código Civil.

Dada a necessidade de a medida ser proporcional às necessidades da pessoa com deficiência, a definição da curatela não pode ser ampla e genérica, pois do contrário, estar-se-ia regredindo ao regime anterior ao Estatuto da Deficiência e determinando-se a absoluta incapacidade *contra legem*.

Por esse motivo, ao definir a curatela, cabe ao magistrado declarar a incapacidade relativa da pessoa com deficiência, o que o fará com base nas provas produzidas no curso da instrução processual, e definir, especificamente, quais serão os atos (de natureza negocial e patrimonial) para os quais a pessoa com deficiência deverá ser representada ou assistida, na forma do artigo 755, I e II, do CPC.

É nessa direção que vem decidindo o E. Superior Tribunal de Justiça, que já se posicionou no sentido de que, à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, descabe um decreto de curatela genérico, no qual a incapacidade é reconhecida por todos os atos da vida civil, cabendo à sentença decretar, apenas, a incapacidade relativa da pessoa com deficiência, especificando os atos para os quais ele deverá ser assistido ou representado:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. CURATELA. IDOSO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA EXERCER PESSOALMENTE OS ATOS DA VIDA CIVIL. PERÍCIA JUDICIAL CONCLUSIVA. DECRETADA A INCAPACIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE. REFORMA LEGISLATIVA. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INCAPACIDADE ABSOLUTA RESTRITA AOS MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS, NOS TERMOS DOS ARTS. 3º E 4º DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A questão discutida no presente feito consiste em definir se, à luz das alterações promovidas pela Lei n. 13.146/2015, quanto ao regime das incapacidades reguladas pelos arts. 3º e 4º do Código Civil, é possível declarar como absolutamente incapaz adulto que, em razão de enfermidade permanente, encontra-se inapto para gerir sua pessoa e administrar

seus bens de modo voluntário e consciente. 2. A Lei n. 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem por objetivo assegurar e promover a inclusão social das pessoas com deficiência física ou psíquica e garantir o exercício de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas. 3. A partir da entrada em vigor da referida lei, a incapacidade absoluta para exercer pessoalmente os atos da vida civil se restringe aos menores de 16 (dezesseis) anos, ou seja, o critério passou a ser apenas etário, tendo sido eliminadas as hipóteses de deficiência mental ou intelectual anteriormente previstas no Código Civil. 4. Sob essa perspectiva, o art. 84, § 3º, da Lei n. 13.146/2015 estabelece que o instituto da curatela pode ser excepcionalmente aplicado às pessoas portadoras de deficiência, ainda que agora sejam consideradas relativamente capazes, devendo, contudo, ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso concreto. 5. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1927423 SP 2020/0232882-9, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 27/04/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/05/2021)

Por fim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, por meio de seu artigo 84, §2º, e da inclusão do artigo 1783-A no Código Civil, criou um modelo jurídico de suporte à pessoa com deficiência, denominado "*Tomada de Decisão Apoiada*".

Por meio do referido Instituto, a pessoa com deficiência, que ainda mantém sua capacidade civil preservada, requer judicialmente que duas ou mais pessoas idôneas com as quais mantenha vínculo e que sejam de sua confiança, prestem-lhe apoio na tomada de suas decisões da vida civil.

Como a pessoa com deficiência, a princípio, mantém sua capacidade civil, é ela própria que deverá requerer em juízo a instituição do da tomada decisão. Ao formular seu pedido, ela e seus apoiadores devem apresentar termo, em que conste os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo.

A tomada de decisão projeta efeitos sobre terceiros, nos limites do apoio acordado, os quais inclusive podem exigir que os apoiadores assinem o contrato ou ato negocial que será praticado com o apoiado, especificando suas funções.

Como não se fala aqui em assistência ou representação, a assinatura dos apoiadores não é um requisito para a validade do negócio jurídico celebrado. Nossa

doutrina, porém¹⁷¹, entende que os apoiadores podem requerer a invalidade de negócio jurídico que desrespeitar o termo de decisão apoiada e que se apresentarem prejudiciais ao apoiado.

4. CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, demonstrou-se que a capacidade civil, um dos atributos elementares da personalidade civil (e, portanto, da caracterização do indivíduo como pessoa), depende da existência de discernimento para a pessoa compreender a licitude e benfazeja dos atos jurídicos que praticar.

Por isso, embora seja louvável a intenção do legislador de, por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência, dissociar a deficiência da incapacidade civil, já que a deficiência não necessariamente tolhe seu portador de discernimento, bem como de assegurar aos destinatários da norma aqueles direitos tidos como existenciais e que não podem, em tese, ser objeto de curatela (na forma determinada pelo artigo 85, §2º, do Estatuto), o fato é que, por vezes, a deficiência retira por completo a capacidade do indivíduo de compreender a dimensão de seus atos e aferir os prejuízos que eles lhe trarão.

À vista disso, admitir que, em qualquer hipótese, ainda que o discernimento para tanto inexistia, a pessoa com deficiência seja livre para praticar tais atos existenciais, criaria verdadeiro paradoxo, pois, a pretexto de assegurar seus direitos, criar-se-ia uma imensa janela de desproteção, desconsiderando suas características e condições próprias que poderiam ser aproveitadas indevidamente por pessoas mal-intencionadas, em prejuízo da pessoa com deficiência, que passaria a ser vítima de sua própria deficiência.

Obviamente, isso seria contrário à carga principiológica que sustenta a Constituição Federal, a Convenção de Nova Iorque e o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência, motivo pelo qual deve, com fundamento na necessidade de proteção da pessoa, admitir-se a curatela mesmo para o exercício de direitos essenciais, como o de casar-se, na forma dos precedentes jurisprudenciais citados ao longo deste trabalho.

A curatela, nesse caso, contudo, deve ser considerada como uma medida excepcionalíssima, somente sendo admitida caso se constate, em regular perícia médica, que realmente a pessoa com deficiência não tem o mínimo de discernimento para consentir com os atos necessários ao exercício de seus direitos existenciais, isto é, caso não seja capaz de avaliar os prejuízos que seus atos podem acarretar a si mesma.

Se presente esse discernimento, a curatela não deve ser decretada, devendo ser respeitada a regra constante do art. 85, §2º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

¹⁷¹ PELUSO, César. Ob. Cit. P. 2.160.

REFERÊNCIAS

Barbosa, Cícera. **A trajetória da loucura, revisando o passado das pessoas excluídas por uma sociedade.** Disponível em: <https://redehumanizaus.net/a-trajetoria-da-loucura-revisando-o-passado-das-pessoas-excluidas-por-uma-sociedade/>. Acesso em 02/07/2023

BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria Geral do direito Civil. 6. Ed., atualizada por Achilles Bevilaqua.** Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 16ª Ed. São Paulo: Saraiva. P. 125/126. Negócio Jurídico, Ed. Saraiva, 4ª Ed.

Diniz, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 1º Volume: teoria geral do direito civil. 24ª Ed. Ver. Rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. P. 7.

NERY, Rosa Maria. **Instituições de Direito Civil: Volume I: parte geral do Código Civil e direito da personalidade.** São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves et al. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo.** 2. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. P. 241

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil – v. I / Atual.** Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017

PELUZO, Cezar (coord.). **Código Civil Comentado: Doutrina e jurisprudência.** 16. Ed. rev e atual. Barueri: Manole. 2022.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil — São Paulo:** Saraiva, 2003. P. 40

O INQUÉRITO Nº 4.781 DO DISTRITO FEDERAL (INQUÉRITO DAS FAKE NEWS): LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

DAVID FERREIRA SANTANA:

Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Assessor de juiz. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo esclarecer se o Inquérito nº 4.781/DF ampara-se nos requisitos formais apontados pela lei processual para fins de sua regular aplicação, tecendo argumentos a respeito dos critérios argumentativos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para conferir legalidade à sua instauração, não obstante caminhe a doutrina especializada em sentido diverso, ao apontar, em suma, que o tribunal criou uma espécie inédita de instrumento jurídico que viola não apenas as normas do ordenamento pátrio, mas também importantes princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal e em Tratados Internacionais, tais como a imparcialidade, o devido processo legal e o sistema acusatório.

PALAVRAS-CHAVE: *Fake News*. Inquérito nº 4.781/DF. ADPF de nº 572. Supremo Tribunal Federal. Imparcialidade. Devido Processo Legal. Sistema Acusatório.

1. Introdução

O presente artigo visa esclarecer aspectos pré-definidos com relação ao inquérito 4.781 do Distrito Federal, popularmente conhecido como “Inquérito das Fake News”, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

Trata-se de inquérito instaurado pela Portaria GP Nº 69, de 14 de março de 2019, com fundamento no art. 43 do Regimento Interno do STF, tendo como relator o Ministro Alexandre de Moraes, e adotando como justificativa para sua instauração a existência de notícias fraudulentas, conhecidas como “*fakes news*”, denúncias caluniosas, ameaças e infrações de *animus caluniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*, que supostamente atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, cometidos notoriamente em redes sociais e em demais sítios de circulação nacional e internacional.

Na visão do Tribunal, haveria uma rede orquestrada de propagação de notícias falsas, estruturalmente ordenadas por organizações criminosas, com o objetivo de difamar e caluniar os membros do Supremo Tribunal Federal e ofender a dignidade e credibilidade

dos ministros e da própria instituição, sendo a rede social o meio utilizado para a prática criminosa.

No entanto, em que pese tal cenário, a instauração deste inquérito divide opiniões de operadores do direito, doutrinadores, de políticos e até mesmo da própria população, sendo que alguns consideram o procedimento necessário para repelir ataques pessoais envolvendo os membros do Supremo Tribunal Federal, um dos órgãos que representa o Estado Democrático de Direito, e outros consideram-no como uma atitude autoritária e imparcial, um “apagar das luzes do Direito”, em razão do órgão acusador e instaurador do inquérito se confundir com aquele que julgará os delitos em apuração.

Na linha desta última opinião, a jurista Cláudia R. De Moraes Piovesan organizou um livro sobre este tema, intitulado como “Inquérito do Fim do Mundo – O apagar das Luzes do Direito”, publicado em agosto de 2020, com artigos de juristas como Rogério Greco, Marcelo Rocha Monteiro, Cleber Neto e Ludmila Lins Grilo, comprovando que há substancial insatisfação com os argumentos embasadores da instauração do inquérito, utilizados pelo STF em plenário.

Diante disto, o artigo em análise se presta a esclarecer se o inquérito nº 4.781/DF responde aos seguintes quesitos em relação ao inquérito: 1) está ele amparado pelo RISTF, art.43?; 2) o fato em apuração é crime?; 3) ele segue seguindo os ditames do Código de Processo Penal?; 4) a apuração e julgamento feito pelo mesmo órgão é fere o devido processo legal, a imparcialidade? 5) há críticas à duração do inquérito?

Trata-se, portanto, de texto focalizado nas questões de direito processual, sem indagações sobre a ocorrência ou não dos crimes e sua respectiva tipificação, voltando-se tão somente aos aspectos procedimentais com a doutrina constitucional.

2. Instauração do Inquérito e o Art. 43 do R.I.STF

Em 14 de março de 2019, o ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli determinou a abertura do Inquérito 4781/DF para apurar a ocorrência de crimes de calúnia e ameaças contra a honra e segurança do STF, seus membros e famílias, através da portaria nº 69 de 2019, com fundamento no art. 43 de seu regimento interno que aduz:

“Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal”.

A partir da interpretação do artigo acima colacionado, iniciou-se o questionamento a respeito da correta interpretação deste, afinal se o objeto do inquérito era a apuração de crimes em meios de comunicação social de massa, não estaria o conceito abrangido por “dependência do tribunal”. Neste sentido, o partido Rede Sustentabilidade questionou juridicamente, através de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF de nº 572, a validade do inquérito, vide trecho de seus argumentos, alegando que “nenhum dos requisitos para a atuação do poder de polícia do STF estão presentes”. Complementou o partido que “não há indicação de ato praticado na sede ou dependência do STF, muito menos quem serão os investigados e se estão sujeitos à jurisdição do STF”.

De fato, esta parece ser a posição mais acertada, pois um tribunal não pode estender injustificadamente a sua competência, exercendo uma interpretação demasiadamente elástica, sob pena de se configurar, em via transversa, verdadeiro tribunal de exceção, vedado pelo art. 5º, XXXVI da Constituição Federal.

Apesar disto, em sessão de julgamento da ADPF nº 572 proposta, o Supremo Tribunal Federal considerou que, como as infrações investigadas foram praticadas pela *internet*, em redes sociais ou demais aplicações, de fato o art. 43 poderia ser utilizado de fundamento para a instauração de inquérito, pois o tribunal ofendido exerce jurisdição em todo o território nacional e os crimes tinham repercussão também em todo o país.

4. O inquérito e os Ditames do CPP

Como se sabe, no âmbito processual penal, a expressão “inquérito” é utilizada para nomear qualquer procedimento (policial, militar, ou até mesmo instaurado pelo Poder Legislativo) destinado a apurar indícios de materialidade e autoria de infrações penais. Conforme dicção do parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, a competência para apuração de infrações não exclui a de outra autoridade a que a lei tenha atribuído idêntica função.

No tocante o inquérito instaurado para a apuração das *Fake News*, chama atenção a sua disciplina exclusivamente com base no Regimento Interno do STF (art. 43). Isso significa que as disposições relativas ao Inquérito Policial no âmbito do Código de Processo Penal não foram aplicadas ao referido instrumento de apuração.

O primeiro ditame correlato ao Inquérito Policial que deixou de ser observado na investigação das "Fake News" foi o art. 5º, §4º do CPP, que dispõe que o inquérito, nas ações penais públicas condicionadas à representação, não pode ser iniciado sem essa formalidade. Ora, se o delito contra a honra (injúria, calúnia ou difamação) é relativo a funcionário público no exercício de suas funções (art. 141, I), a ação penal depende de representação (art. 145, parágrafo único), cuja formalização não foi anexada aos autos por ocasião da abertura da investigação.

O Regimento Interno do Supremo não estabelece qual procedimento deveria ser observado quando da instauração de inquérito '*ex officio*', razão pela qual se conclui pela aplicação do CPP. No entanto, tal legislação fora inobservada por diversas ocasiões no inquérito nº 4.781/DF, se tornando este quase que uma entidade autônoma e inédita no ordenamento jurídico brasileiro.

Outro comando inobservado é aquele previsto no art. 10 do Código de Processo Penal, eis que deduz que o inquérito deverá terminar no prazo de 30 dias, estando o investigado solto, podendo sofrer prorrogações. No tocante ao inquérito nº 4718/DF, não há prazo limite: a instauração se deu ao arrepio de qualquer regramento investigativo.

Verifica-se também a inobservância do CPP quando a então Procuradora Geral da República Raquel Dodge representando o órgão titular de eventual ação penal decorrente deste inquérito, se manifestou pelo arquivamento do mesmo e não teve sua manifestação acatada, o que causa grande estranheza, pois é posição pacífica no STF a de que quando o próprio Procurador-Geral de República promove o arquivamento do inquérito, não pode o órgão judicial deixar de acatar à promoção.

Além disto, a procuradora se manifestou de forma extremamente clara e convicta no sentido de atribuir ilegalidade ao inquérito e às eventuais provas ali produzidas, já que inobservado o regramento que rege o sistema acusatório. Afirmou que "nenhum elemento de convicção ou prova de natureza cautelar produzida será considerada pelo titular da ação penal ao formar sua *opinio delicti*" e complementou posteriormente que "também como consequência do arquivamento, todas as decisões proferidas estão automaticamente prejudicadas".

No mais, é possível verificar que o ordenamento jurídico-penal brasileiro tende a afastar cada vez mais a atuação '*ex officio*' do ente julgador da fase investigatória, a fim de evitar eventuais abusos e contaminação daquele que deve ser imparcial. Neste sentido, tem-se como exemplo o art. 282, §2º, do CPP que limita a atuação do magistrado ao condicionar a aplicação de medidas cautelares à representação da autoridade policial ou ao requerimento Ministério Público. Como outro exemplo, cite-se a instituição do juiz de

garantias, excluindo a participação do juiz de instrução na fase investigativa, instituto recentemente declarado (parcialmente) constitucional pelo STF.

Assim, corroborando com esta ideia, o atual Procurador-Geral da República Augusto Aras se manifestou, quando do julgamento da ADPF 572, no sentido de que para a manutenção do procedimento investigatório, ante a gravidade dos fatos apurados, faz-se necessário que o STF confira interpretação conforme a Constituição ao art. 43 do RISTF, e conseqüentemente adote medidas de conformação desse inquérito ao sistema constitucional acusatório vigente, sendo respeitada a presença e participação do Ministério Público Federal como órgão acusador e titular de ação penal.

Pelo exposto, conclui-se que a conjugação do art. 43 com o Código de Processo Penal foi realizada de maneira equivocada, criando instituto anômalo no campo do estudo das investigações no ordenamento brasileiro.

5. O inquérito sob a ótica dos Princípios da Proporcionalidade e da Imparcialidade

Um outro ponto sempre presente quando se aborda questões constitucionais é a razoabilidade ou proporcionalidade da medida.

Sem delongar sobre o significado de proporcionalidade, incumbência destinada à Teoria Geral do Direito, pode-se dizer que proporcionalidade ou razoabilidade (apesar das divergências, aqui entendidas como expressões sinônimas) é um princípio (um dever de adotar comportamentos necessário à realização de um estado de coisas, expresso em cláusulas gerais) ou forma de resolução de conflito entre princípios que preleciona que toda norma só é válida se não restringir direitos fundamentais em mensuração superior àquela proteção conferida pela própria norma.

Ou seja, toda norma deve ser idônea a proteger o direito ou liberdade almejado (adequação ou utilidade), bem como ser a medida menos restritiva de direitos possível (necessidade ou exigibilidade), e as vantagens reais resultantes da norma devem ser superiores à restrição produzida (proporcionalidade em sentido estrito).

No tocante à instauração e prosseguimento do inquérito em comento, a razoabilidade escapa ao Supremo Tribunal Federal.

A uma, porque o meio utilizado sequer é capaz de atingir o fim colimado. Sabe-se que a atividade investigativa é uma atividade técnica, detalhada, exige capacitação e, muitas vezes, uma predisposição e nisso resulta dizer que uma investigação concebida por um membro do Poder Judiciário, incumbido a proferir decisões finais, jamais conduzirá com precisão à apuração da materialidade almejada, pois falta-lhe a capacidade técnica para tanto.

Ainda que os atos materiais sejam delegados a agentes de polícia, a atividade de supervisionar investigações, usualmente exercida por delegados de polícia, é igualmente técnica, daí porque é correto dizer que falta adequação ao instrumento de que o STF se utilizou para coibir os supostos crimes contra a ordem democrática.

Em idêntica linha de raciocínio, carece de necessidade: dentre tantos instrumentos disponíveis por entre as cerca de quatorze mil leis federais que vagueiam ou vaguearam pelo mundo jurídico desde 1946, foi escolhida uma maneira inusitada: um procedimento investigativo iniciado por membro do Judiciário para apurar condutas cometidas por indivíduos sequer indicados na portaria de instauração. Em outras palavras, a medida escolhida foi a mais restritiva possível, por violar garantias como a imparcialidade, devido processo legal, a do juiz natural e, acima de tudo, a garantia republicana da legalidade.

Por fim, ainda que, de fato, houvesse crimes que ameaçassem a incolumidade da democracia e o exercício da função jurisdicional, questiona-se severamente se essas condutas seriam capazes de afetar o conjunto de direitos defendidos pela Constituição Federal em ofensividade superior àquela resultante do inquérito nº 4781/DF. Em outros termos, pretendendo aparentemente defender um direito fundamental, o Supremo acabou por restringir outros em exponenciação.

Nesse ponto, vale a pena trazer à baila as lições de Lênio Luiz Streck, segundo quem a proporcionalidade é um postulado com o qual se deve ter cuidado na sua aplicação:

“Como venho referindo de há muito, o argumento da proporcionalidade só tem sentido, atualmente, se for para ‘fincar as bases’ da isonomia e da igualdade ou, melhor dizendo, com apoio em Dworkin, estabelecer a equaninimidade (*fairness*). Fora disso, o ‘princípio’ (?) da razoabilidade é tão ‘importante’ quanto o da felicidade, o da afetividade, o da ausência eventual do plenário, o da rotatividade...”

Em parecer exarado na ADPF nº 572/DF, o Procurador-Geral da República Augusto Aras defendeu que fosse suspensa a tramitação do inquérito, bem como fossem revistas as decisões de bloqueio de contas nas redes sociais de investigados justamente por não haver razoabilidade. Segundo Aras:

“Quanto à busca e apreensão, tendo em conta que os registros das postagens nas redes sociais não ficam armazenadas localmente, mas nos sistemas das empresas provedoras desses serviços, seria medida

desproporcional, se não inócua, incorrendo-se ainda no risco de indesejável *fishing expedition*.”

No que concerne à imparcialidade do magistrado, igualmente surgem complicações.

Como se sabe, é garantia constitucional básica o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII). Como consequências do direito a ser julgado pela “autoridade competente”, há a necessidade de se prefixar normas gerais com o objetivo de definir repartições de competências específicas para cada magistrado. Também decorre do “juiz natural” a imparcialidade do magistrado: ele não pode estar vinculado subjetivamente a qualquer fato ou pessoa que está envolvida, de qualquer maneira, no processo.

A garantia da imparcialidade está prevista no Pacto San José da Costa Rica de maneira expressa no art. 8º, I. No direito processual codificado, consagram-se os artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal e, especificamente em relação à disciplina do processo, destaca-se o art. 252, I e IV, que preleciona:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

(...)

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Nesse sentido, segundo o artigo em comentário, o juiz não poderá julgar uma causa em que ele for parte ou interessado (vítima, acusado, assistente de acusação, investigado, etc.). Também não poderá julgar causas em que ele mesmo houver funcionado como Delegado de Polícia.

No bojo do Inquérito nº 4781/DF, o Código de Processo Penal foi esquecido: a mesma autoridade que instaurou o inquérito (autoridade policial) é o ofendido e, da mesma maneira, julgará o feito.

Em reunião promovida no dia 29 de maio de 2020, o professor e doutrinador Renato Brasileiro de Lima questionou essa incongruência entre os papéis de vítima, investigador, acusador e julgador numa mesma figura. Segundo ele, é possível se falar em

quebra de imparcialidade diante do fato da mesma pessoa desempenhar as referidas funções.

De fato, o próprio Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 1570, acolhendo parecer da Procuradoria-Geral da República, suspendeu investigações relacionadas à Lava Jato por envolver juízes colhendo provas e julgando os feitos simultaneamente. No parecer da Procuradoria, que foi acolhido, “a imparcialidade do juiz é qualidade exigida de todo magistrado e, ao participar do procedimento da coleta de provas, ele estaria prejudicado nessa qualidade”.

Em suma, como afirmou o Dr. Felipe Martins Pinto representando o Colégio de Presidentes dos Instituto dos Advogados do Brasil no Plenário da ADPF nº 572, o Supremo Tribunal Federal “ultrapassou a fronteira dos erros escusáveis” ao violar inúmeras garantias constitucionais e internacionais, justificando reações acaloradas por parte da comunidade acadêmica.

Importante observar que, em maio de 2020, foram determinados a busca e apreensão de aparelhos telefônicos, *tablets*, dispositivos eletrônicos e bloqueios de contas em redes sociais de 16 investigados. Além disso, o investigado Edgard Gomes Corona, Luciano Hang e Reynaldo Bianchi Junior, bem como Winston Rodrigues Limas tiveram os sigilos bancário e fiscal afastados.

Ou seja, não se trata de um inquérito meramente simbólico, contando com efetivas medidas restritivas; até a publicação deste artigo, o inquérito ainda não terminou e já conta com mais de cem perfis de redes sociais bloqueados, pertencentes a trinta pessoas diferentes.

6. O julgamento da ADPF nº 572.

No julgamento da ADPF nº 572, infelizmente decidiu-se que o inquérito é constitucional. Porém instituiu as seguintes condicionantes para que o inquérito seja válido: (a) seja acompanhado pelo Ministério Público (MP); (b) seja integralmente observado o Enunciado 14 da Súmula Vinculante; (c) limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CF, art. 2º), pela via da ameaça aos membros do STF e a seus familiares, atentem contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a democracia; e (d) observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na *internet*, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais.

Como se vê, embora tenha havido uma restrição ao objeto do inquérito, não houve nenhuma declaração de nulidade de atos praticados e nem a determinação de seu tratamento, de forma que o dispositivo da ADPF é, por assim dizer, “juridicamente erudito, mas de pouca utilidade prática”. Nesse sentido, declarou o Supremo que “no tocante aos atos já praticados no curso do inquérito, sua eficácia deve ser preservada até a data desse julgamento”.

Não entendeu o STF que haveria ofensa à imparcialidade no inquérito, mas que “esse exercício excepcional se submete a um elevado grau de justificação e a condições de possibilidade sem as quais não se sustenta”.

Em relação ao fato de que o inquérito só deveria abranger crimes em sua sede, afirmou o Supremo que o “caráter difuso dos crimes cometidos por meio da *internet* permite estender o conceito de ‘sede’, uma vez que o STF exerce jurisdição em todo o território nacional”. Ou seja, com os crimes foram cometidos em meio virtual, poderiam ser considerados como equivalentes aos praticados na sede ou dependências do STF.

Além disso, no tocante ao argumento de que o relator foi escolhido pelo presidente do tribunal, prevaleceu a interpretação literal, afirmando o STF que “o ministro competente para presidir o inquérito é o presidente da Corte, ou seu delegatário”.

Por fim, importante mencionar o voto vencido do Ex-Ministro Marco Aurélio, que julgava procedente o pedido para fulminar o inquérito, declarando que o sistema acusatório consagrado na Constituição não recepcionou o art. 43 do RISFT. Complementou que o relator “foi escolhido a dedo, sem observância do princípio democrático da distribuição”.

7. Conclusão

O Inquérito nº 4781/DF foi amplamente debatido pela comunidade acadêmica e majoritariamente criticado por sua contrariedade a diversos princípios fundamentais constitucionais e à legislação de regência, especialmente no tocante à necessidade de se observar a garantia do devido processo legal, do juiz natural e da separação entre as funções de julgar, defender e acusar, críticas essas que merecem ser consideradas.

Em reação à reprovação da comunidade jurídica, o Supremo Tribunal Federal explanou diversos argumentos no bojo da ADPF nº 572 pelos quais deveria se entender pela constitucionalidade da investigação, notadamente a interpretação ampliada do conceito de sede e a existência de situação de excepcionalidade, a justificar uma reação do Poder Judiciário contra quem atenta contra a própria existência do Estado Democrático.

Desta forma, resta saber de que maneira, futuramente, tal procedimento inquisitivo caminhará, afinal se trata de figura absolutamente anômala na história do ordenamento brasileiro.

8. Referências bibliográficas

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>.

Acesso em: 02 de novembro de 2020.

Íntegra de Decisão do Inquérito 4781/DF. disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>>.

Último acesso em 29 de outubro de 2020;

NEVES, Marcio. Pedir ditadura ou para fechar STF são atos inadmissíveis, diz Fachin. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/pedir-ditadura-ou-para-fechar-stf-sao-atos-inadmissiveis-diz-fachin-10062020>>. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

STF: Ministro Fachin mantém inquérito das fake News. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/328772/stf--ministro-fachin-mantem-inquerito-das-fake-news>>. Último acesso em 29 de outubro de 2020;

BRASILEIRO, Renato. Inquérito Policial Instaurado de Ofício no STF - Renato Brasileiro e Pedro Lenza. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=8ToUMtG-uGY>>. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

STRECK, Lênio Luiz. Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborreca-lei-ministrancy>

andriahi?pagina=2#:~:text=Como%20venho%20referindo%20de%20h%C3%A1,estabelecer%20a%20equanimidade%20(fairness).> Acesso em: 02 de novembro de 2020.

O *TIMESHARING* COMO NOVA MODALIDADE DE DIREITO REAL SOBRE COISA ALHEIA

GUILHERME AUGUSTO BRITO ANDRADE:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados, UFGD, em 2015. Pós-graduado em Direito do Consumidor pela Faculdade Damásio de Jesus, 2018. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN, 2021. Atualmente é analista judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul¹⁷².

TACIANA CORREA MAIA REIS

(orientadora)

RESUMO: Esta monografia tem como objetivo apresentar um estudo de revisão bibliográfica sobre o *timesharing*, destacando os argumentos dos doutrinadores sobre esta relação jurídica de aproveitamento econômico, mostrando suas características, classificações e o como ele se enquadra dentro do rol dos direitos reais sobre coisas alheias. O primeiro capítulo não só conceitua o instituto, mas também destaca suas modalidades e como deu-se seu desenvolvimento em outros países do globo. O segundo capítulo faz um estudo sobre os direitos reais, a propriedade, como foco nos direitos reais sobre coisas alheias. O terceiro capítulo, como conclusão, encaixa os temas abordados nos dois primeiros capítulos mostrando que o *timesharing* trata-se de um direito real sobre coisa alheia, e, aborda um entendimento jurisprudencial que o trata como forma de condomínio edilício, demonstrando que por mais que existam semelhanças entre os institutos, não se trata de um condomínio, ou, direito real sobre coisa própria, doutrinariamente classificando. Concluiu-se que por mais que já exista a classificação do *timesharing* como direito real sobre coisa alheia, tal ato é totalmente condizente com a legislação brasileira sobre direitos reais, sendo plausível sua inclusão dentro do rol dos direitos reais.

Palavras-chave: *Timesharing*. Multipropriedade. Direito Real. Propriedade. Condomínio.

ABSTRACT: This monograph aims to present a bibliographic review on timesharing, highlighting the arguments of indoctrinators on this legal relationship of economic use, showing its features, ratings and how he fits into the role of rights on others things. The first chapter defines not only the institute, but also highlights its modalities and how its development took place in other countries around the globe. The second chapter is a study of real rights, property, and focus on the real rights of others things. The third chapter in

172 guilhermeandrade_787@hotmail.com

conclusion fits the topics covered in the first two chapters showing the timeshares it is a real thing right on others, and addresses a legal understanding that comes as a way of building condominium, demonstrating that while similarities exist between the institutes, it is not a condominium, or real right over the thing itself, doctrinally sorting. It was concluded that while there is already a classification of timesharing as real right about something unrelated, such an act is totally consistent with the Brazilian legislation on property rights, and their inclusion within the plausible role of property rights.

Keywords: Timeshare. Timeshares. Real right. Property. Condominium.

1 INTRODUÇÃO

O legislador não tem condições de acompanhar o avanço da sociedade civil, que, de acordo com suas necessidades, elabora novas modalidades de negócios jurídicos. Neste mesmo diapasão, o *timesharing* aparece como um avanço da sociedade civil.

Nascido na Europa, numa época em que o setor imobiliário passava por grave crise financeira, veio como a atraente opção de uma “segunda casa”, e atraente modalidade de investimento da indústria turístico-hoteleira.

Embora não tenha regulamentação legal, a sociedade o realiza no seu dia a dia, cabendo à academia e a doutrina a elucidação deste instituto até mesmo para solução de prováveis problemas decorrente destes.

Através de um estudo de revisão bibliográfica dos autores Gustavo Tepedino, Dário da Silva Oliveira Júnior, Victor Emanuel Christofari, Carlos Roberto Gonçalves, Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio de Salvo Venosa e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, objetiva-se responder porque o enquadramento do *timesharing* como nova modalidade de direito real sobre coisa alheia é importante e quais benefícios podem advir da resposta a essa questão.

O primeiro capítulo não só conceitua o instituto, mas também destaca suas modalidades e como se deu seu desenvolvimento em outros países do globo. O segundo capítulo faz um estudo sobre os direitos reais, a propriedade, como foco nos direitos reais sobre coisas alheias. O terceiro capítulo, como conclusão, encaixa os temas abordados nos dois primeiros capítulos mostrando que o *timesharing* trata-se de um direito real sobre coisa alheia, e, aborda um entendimento jurisprudencial que o trata como condomínio edilício, demonstrando que por mais que existam semelhanças entre os institutos, não se trata de condomínio.

2 TIMESHARING

A partir do momento que o ser humano descobriu que necessita de seus semelhantes para se desenvolver, vem criando novas modalidades de relacionar-se, com a finalidade de sempre proporcionar este desenvolvimento.

Tais modalidades muitas vezes se apresentam na seara pessoal, ou, coletiva, porém, ocorrendo tanto em uma como em outra, sempre acabam recaindo no direito, em especial, ao direito privado, responsável pela regulação das relações humanas entre particulares.

Nem sempre o direito é capaz de regular toda esta evolução através de sua legislação taxativa, até mesmo porque, o ser humano é inconstante e seus atos são totalmente imprevisíveis, sendo impossível a normatização de todos.

Nesse diapasão, o *timesharing* é a exemplificação de uma das facetas desta evolução, que no direito brasileiro, ainda carece de normatização.

Futuramente, será visto que na época de seu desembarque no Brasil não foi um instrumento que caiu no gosto popular, até mesmo porque as condições econômicas não permitiam que a maioria dos brasileiros fizessem investimentos cujo resultado não fosse totalmente visível e não recebesse respaldo jurídico.

Contudo, com a recuperação da economia vivenciada pelo país após 2002, muitos brasileiros puderam sair do país, por acaso ou coincidência, foram apresentados ao instituto e viram de frente como se dá seu funcionamento, e em seu retorno ao seu cotidiano, passaram a também buscá-lo por aqui.

Podemos, então, reconhecer que a melhora da economia não só viabilizou que os brasileiros obtivessem uma folga em seu patrimônio, utilizando um capital até então sem destinação específica em novas formas de investimento, como também a possibilidade de conhecer o *timesharing* pessoalmente, verificando sua viabilidade e segurança, fomentando não só a procura, mas também sua implementação em solo nacional.

Embora, conforme dito anteriormente, todas as ações humanas não são passíveis de legislação, mas, quando se trata de bens imóveis, mais precisamente, direitos reais, o legislador deve dar tratamento especial, buscando regulamentar as inovações trazidas à realidade brasileira, adequando ao nosso ordenamento jurídico, evitando conseqüências trágicas aos negócios jurídicos.

Timesharing ou multipropriedade imobiliária correlaciona-se com a idade de tempo compartilhado, nas palavras de Gustavo Tepedino, "como a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa

com exclusividade e de maneira perpétua,¹⁷³ ou seja, o *timesharing* propicia o gozo da propriedade, de forma compartilhada.

Nascido na Europa ocidental, cujos primeiros relatos trazem a França como precursora do instituto em 1920, rapidamente se expandindo para Itália, Espanha, Portugal e mais tarde nos Estados Unidos, apresenta quatro modalidades: societária, imobiliária, hoteleira e como direito real sobre coisa alheia, todas estas, relacionadas à idéia de várias pessoas compartilhando o mesmo bem, ao mesmo tempo.

2.1 MODALIDADES

2.1.1 Societário

Esta modalidade apresenta como atores uma pessoa jurídica e seus sócios, na qual as partes celebram um contrato cujo teor permite aos sócios a utilização de um bem móvel ou imóvel de propriedade da pessoa jurídica por um certo espaço de tempo, de forma cíclica, ou seja, renovando-se o direito todo o ano, por prazo indeterminado.

A natureza desta relação é pessoal e mobiliária e seu objeto deriva do capital acionário ou quotas sociais investida pelo sócio, e o tempo permitido para o uso do bem varia de um mês até um ano. Particularmente, esta modalidade na França determina que a duração do prazo para esta modalidade de *timesharing* é de 99 (noventa e nove) anos.

2.1.2 Imobiliário

Talvez a modalidade mais importante, mais freqüente, que se correlaciona aos direitos reais, necessitando atenção maior do ordenamento jurídico, até mesmo pela segurança que a legislação dá aos negócios jurídicos que envolvem direitos reais.

Nesta variante, vários proprietários dividem o proveito econômico de um bem imóvel ou móvel, durante período predeterminado, que pode ser semanas anuais ou meses, de forma cambiante, sendo todos os proprietários devidamente discriminados, até mesmo pelo caráter perpétuo do instituto e para que seja realmente cumprida o caráter exclusivo, característico do instituto.

O direito de uso, aplicado aos bens imóveis, é estabelecido de tal forma que o proprietário possa gozá-lo de forma exclusiva, ou seja, sem concorrência dos demais. Porém, quando relacionado aos bens móveis, correlaciona-se mais à forma do compartilhamento do bem por vários proprietários do que ao seu objeto.

¹⁷³ TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1.

2.1.3 Hoteleira

A modalidade hoteleira até poderia ser uma subdivisão das duas primeiras já explanadas, societária e imobiliária, na qual um empreendimento hoteleiro utiliza-se de toda sua estrutura física no atendimento de seus clientes usuais e daqueles que fizeram adesão ao *timesharing*, através de contrato de compra e venda, tendo estes, direito ao uso das dependências do hotel, em data prefixada, de forma exclusiva e gratuita.

Acaba se tornando uma das modalidades mais complexas do instituto uma vez que não envolve a subdivisão dos direitos reais do direito civil brasileiro, mas também os âmbitos administrativo, consumidor, trabalhista, tributário, empresarial e urbanístico.

Acredito que este modelo só se torna viável face à seriedade e o compromisso que estes empreendimentos hoteleiros tem com sua administração e gestão, pois, aliado ao fato de que já estarem acostumados ao gerenciamento de transações complexas, o vínculo agregado pelos multiproprietários à instituição acaba se tornado apenas mais uma de suas responsabilidades, sendo um chamariz aos investidores que estão sempre em busca de investimentos que repassam segurança e seriedade.

Em contrapartida, o empreendimento tem a possibilidade de aumentar sua rentabilidade, haja vista que os apartamentos que não utilizados pelos respectivos hóspedes podem ser utilizados pelos multiproprietários, atingindo sua capacidade máxima de operação, otimizando receitas e despesas.

Por conseguinte, também acaba se tornando atrativo aos investidores na medida que com o advento da globalização os hotéis passaram a ter sede em diversos países do globo, assim, muitos empreendimentos possibilitam que ao fazer adesão ao *timesharing* o multiproprietário possa escolher utilizar seu período de gozo em um hotel, pertencente ao mesmo grupo empresarial, em outro país do globo, ampliando, também, as possibilidades de destinos em suas férias.

2.1.4 Como direito real sobre coisa alheia

A quarta e última modalidade não diferente em sua totalidade da terceira, acima mencionada, segundo Gustavo Tepedino caracteriza-se pelo, "direito de utilização de um imóvel por turnos de uma semana, recorrentes a cada ano, em caráter perpétuo ou por tempo determinado, sendo o empresário do imóvel e gestor do empreendimento."¹⁷⁴

Esta modalidade é tão bem sucedida quanto a anterior que versa sobre o mercado hoteleiro, mas, especificadamente, seu objeto versa em imóveis simples; como um apartamento na praia, uma casa de campo, para lazer ou gozo das férias, e, seu sucesso

174 TEPEDINO, 1993, p. 4.

é vinculado justamente à possibilidade dada àqueles que não tem condições de adquirir um imóvel para tais fins sozinho, seja pelo custo da aquisição ou da manutenção.

2.2 O *TIMESHARING* PELO MUNDO A FORA

Neste ponto daremos início aos exemplos de *timesharing* adotados por diversos países do globo.

2.2.1 O Modelo italiano

A Itália vivenciou com o passar dos anos desde a criação do instituto as modalidades acionária (no âmbito do direito societário), imobiliária e hoteleira, cada uma destas surgida como uma forma de amadurecimento das formas anteriores.

O início foi dado com a modalidade societária, na qual um grupo de pessoas constituíam uma sociedade anônima, que emite ações ordinárias e preferenciais, com finalidade do aproveitamento de um bem pretendido.

No que se refere às ações de caráter ordinário ou preferencial, estas permitem aos seus adquirentes somente o direito de uso do referido bem e aquelas concedem não só direito de uso em turnos pré-definidos, mas também, a participação na gestão social do mesmo. Em suma, o multiproprietário não passa de um sócio acionário detentor de um direito obrigacional da sociedade.

Como se vê, a forma societária não cria vínculos de natureza real e sim societário, podendo induzir a erro o adquirente, ao interpretar que trata-se da aquisição de uma propriedade.

Haja vista que trata-se de uma sociedade, os interesses individuais são pormenorizados em detrimento do ganho da sociedade, neste sentido diz Gustavo Tepedino:

O multiproprietário acionista sujeita-se, fundamentalmente, aos destinos da sociedade. O seu direito, em última análise, torna-se vulnerável à eventual alteração da destinação do complexo imobiliário ou das regras originárias, por força da decisão administrativa, contra a qual só restaria aos acionistas multiproprietários o direito de recesso. Observou-se, ainda, em doutrina, a possibilidade de dissolução social, a qualquer momento, por decisão da assembléia, ou anteriormente ao período previsto

originalmente para o funcionamento da sociedade, quando o contrato estipula prazo determinado.¹⁷⁵

Por conseguinte, ainda como malefícios, a sociedade, por descontrole, pode acabar vendendo mais quotas acionários do que sua capacidade, causando prejuízo no planejamento do uso nos períodos de tempo disponíveis do bem do multiproprietário.

A decretação da falência da pessoa jurídica, e conseqüentemente, prejuízo ao acionista, ou até mesmo o uso do bem pelo sócio em caráter indiscriminado, como se único proprietário fosse, levaram à soma de motivos que levaram à descrença desta modalidade.

Por outro lado, a doutrina italiana contesta a constituição de pessoa jurídica sem fim lucrativo, cuja finalidade seja a administração e o gozo do patrimônio social, não caracterizando esta como direito obrigacional, como visto acima, e sim uma modalidade de condomínio ordinário, nos moldes do artigo 2.248 do então Código Civil Italiano.¹⁷⁶

Seja pelos problemas acima argüidos, ou, ainda por descrença, restou inviabilizada a continuidade desta modalidade, sendo gradativamente substituída pela imobiliária.

Intermediariamente, após o insucesso da forma societária, o ordenamento italiano criou a modalidade imobiliária, cuja forma também estabelece o uso comum de um bem por vários multiproprietários em lapsos temporais pré determinados, recorrentes todo ano, por tempo indeterminado, contudo, de duas diferentes formas: a aquisição de uma compropriedade de todo complexo imobiliário, ou, a constituição de um condomínio especial.

Na primeira, conforme dito acima, há a aquisição de uma compropriedade representada por todo um complexo imobiliário, mas as regras de conduta, bem como os turnos de cada multiproprietário são realizados através da assinatura de um pacto de utilização da coisa comum.

A segunda formaliza-se através da constituição de um condomínio especial, cada unidade habitacional é dividida em compropriedade ordinária, todos os comproprietários são donos das unidades comuns, delimitando-se o período de uso das unidades comuns a cada condômino, dividindo-se as áreas comuns em tantos ciclos anuais forem os seus titulares.

¹⁷⁵ TEPEDINO, 1993, p. 12.

¹⁷⁶ CAPARRELLI, Piercalo; SILVESTRO, Paolo Multiproprietà. In: *Dizionario del diritto privato*; diritto civile. Coord. Natalino Irti. Milano: Giuffrè, 1980, v. 1, p. 578.

Chega-se à conclusão que ambas modalidades de *timesharing* imobiliário baseiam-se na assinatura de uma espécie de 'pacto' que assegura o respeito não só às normas administrativas, mas também delimita os turnos e certifique seu cumprimento.

O problema da falta de segurança jurídica existente na modalidade societária, previamente explanada, foi resolvida nesta; pois ao aderir a um *timesharing* imobiliário, o adquirente passou a ter o direito de transferi-lo de forma *inter vivos* ou *mortis causa*, atraindo mais investidores para comprá-lo, e, por conseguinte, cada adquirente passou a ter certeza do período de seu direito exclusivo ao gozo do bem.

Por fim, a última variante italiana, a hoteleira, se estabelece através da junção das formas imobiliária e societária, dependendo da situação. Em linhas gerais, uma pessoa adquire o direito de utilizar as dependências do empreendimento hoteleiro, em período pré determinado, que se repete todo ano, por tempo indeterminado.

O aproveitamento do bem pode dar-se pela aquisição do direito de uma quota-ideal do mesmo ou de uma ação correspondente ao direito de fruição do mesmo.

Em linhas gerais, não há diferenciações do contexto do *timesharing* hoteleiro italiano e a modalidade padrão explanada no início deste capítulo, os adquirentes vão ter o direito de aproveitar dos recursos do hotel, e, este, ao mesmo tempo, otimizará suas despesas, proporcionando uma lotação próxima da máxima, inclusive nos períodos de baixa temporada.

Por fim, o direito do multiproprietário não é absoluto, pois ele tem um prazo para notificar o hotel acerca de sua intenção de utilizar ou não um apartamento no seu período estabelecido, não tendo interesse ou não respondendo, o direito decai, sendo tal apartamento repassado ou a outro multiproprietário ou a algum hóspede ordinário, sendo mais uma forma encontrada pelos empresários italianos para maximizar seus ganhos.

2.2.2 O Modelo francês

O *timesharing* francês afastou-se significativamente das modalidades imobiliárias, que se aproximam dos direitos reais, dando lugar e preferência à modalidade societária, embasada nos direitos pessoais.

Conforme exposto na introdução da presente monografia, o *timesharing* surgiu na França em meados de 1920, como forma de constituição de sociedades para construção de condomínios edilícios, sem alguma legislação que fundamentasse este negócio jurídico, submetendo-se ao ordenamento jurídico já existente.

Neste diapasão, existiam duas modalidades jurídicas de construção de tais condomínios, o Método de Paris e o Método de Grénoble.

No método de Grénoble a compropriedade originava-se de uma construção coletiva, na qual partilhavam-se a compra do terreno, repartiam as respectivas frações entre os condôminos, procedendo-se à construção da acessão física ao terreno, ou seja, a obra propriamente dita. Tal método condizia às formas do condomínio ordinário do Código Civil Francês vigente à época.

Já no método de Paris constituía-se uma sociedade cuja finalidade era, também, a construção do edifício, mas, findado esta, transferia-se o bem imóvel do capital social da sociedade para co-titularidade dos condôminos.

Até mesmo pela simplicidade, o método de Grénoble favorecia pequenas construções, principalmente, porque na época vigia a necessidade de unanimidade para as deliberações administrativas do mesmo, ficando totalmente inviável a gestão de um empreendimento de grande porte, não atendendo os anseios comerciais.

O método de Paris favorecia grandes empreendimentos, diante da facilidade de crédito que poderiam obter através das portas que lhe eram abertas pela constituição da sociedade. Contudo, no decorrer dos anos, verificou-se que tal sociedade indispuha de fins lucrativos e não visava a partilha dos resultados sociais, sendo unicamente, uma sociedade destinada ao gozo do imóvel pelos seus membros.

A falta de normatização para regulamentar as relações entre os condôminos, levou o legislador francês a editar a Lei de 28 de junho de 1938, destinada a regulamentar o status da co-propriedade dos imóveis divididos por apartamentos, lei esta que possibilitou o desenvolvimento posterior do regime da multipropriedade, a partir de 1967, criando as chamadas sociedades de atribuição, destinadas à construção dos condomínios edilícios, "mediante aporte financeiro dos sócios e à atribuição dos respectivos títulos de propriedade das unidades habitacionais, em sistema de condomínio, ao final da obra, como no método parisiense."¹⁷⁷

Por conseguinte, ainda na tentativa de melhorar o instituto, foi editada a Lei n. 86-18, de 16 de janeiro de 1986, cujo teor versava exclusivamente sobre os contratos de *timesharing*, e, a Lei n. 71-579, de 16 de julho de 1971, relativa às diversas possibilidades de construção.

Nas palavras de Gustavo Tepedino os objetivos com a Lei de 1938:

¹⁷⁷ TEPEDINO, 1993, p. 24.

O legislador, para viabilizar tal método de construção, pretendeu dirimir os inconvenientes antes apontados, abrindo duas exceções ao regime societário ordinário. Declarou, de uma parte, a validade das sociedades constituídas exclusivamente para a construção e utilização dos bens sociais pelos sócios, ainda que sem qualquer escopo de repartição de lucros.¹⁷⁸ De outra parte, admitiu, nesta espécie societária, a compulsoriedade dos aportes suplementares que se fizessem necessários para a construção. De modo que, sob pena de exclusão por inadimplemento, ficavam os sócios obrigados aos "*appels de fond supplémentaires, nécessités par la réalisation effective de l'objet social*, [ou seja, às chamadas de capital suplementar, necessários à realização efetiva do objeto social], (artigo 2º da Lei de 28 de junho de 1938), não obstante já houvessem conferido integralmente os aportes correspondentes à sua participação social, fixados no contrato social do estatuto.¹⁷⁹

Dessa maneira, o legislador francês destinou a possibilitar a construção de tais imóveis, oportunizando a extinção da sociedade logo após o término das obras e a venda das unidades, correspondentes às frações ideias do terreno.

Saindo da seara da construção do empreendimento e partindo para o respectivo gozo rotativo do bem, a fim de garantir o chamado *droit d'usage et de séjour successif et périodique*, direito de uso e estadia sucessiva e periódica, representado pela estabilidade entre o multiproprietário e o imóvel; constituía-se, então, uma sociedade de atribuição, de duração de 99 (noventa e nove) anos, cujo objetivo era justamente o aproveitamento econômico das unidades autônomas pelos sócios, de acordo com a rotatividade anual previamente estabelecida.

A constituição de uma sociedade para garantia dos direitos de cada multiproprietário demonstra o caráter pessoal do instituto francês, sujeito ao regulamento dos bens móveis, característica esta que distancia da modalidade imobiliária adotada pela maioria dos países, embasada no direito real da propriedade.

¹⁷⁸ Aduz o artigo 1º da Lei de 1938: "são validamente constituídos, sob diferentes formas reconhecidas pela lei, mesmo que não tenham elas por fim partilhar lucros, as sociedades que têm por objeto quer a construção ou a aquisição de imóveis tendo em vista a sua divisão por frações destinadas a ser atribuídas aos associados em propriedade ou em gozo, quer a gestão e a manutenção desses imóveis assim divididos" (Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses, trad. Souza Diniz, Rio de Janeiro, Record Ed., 1962).

¹⁷⁹ TEPEDINO, 1993, p. 25.

Mas, então, por que não teria vingado a modalidade imobiliária no ordenamento francês? Talvez a rigidez do Código Civil Francês de 1939 tenha sido a maior culpada.

Embora na atual conjuntura, o ordenamento francês seja outro, há de se convir que a concretização de qualquer instituto requer tempo, e, já na época de sua instauração, a hipótese imobiliária não foi formulada. Pode ser adicionado a este motivo o fato do ordenamento civil francês ser taxativo no que se refere aos direitos reais, “bem como a inadequação da disciplina do condomínio, levando-se ainda em conta a necessidade de se agregar, ao gerenciamento do imóvel em *timesharing*, a complexa estrutura de serviços, ausente no condomínio de edifícios.”¹⁸⁰

2.2.3 O Modelo espanhol

Na Espanha o instituto carece de disciplina legislativa específica ou de um direcionamento doutrinário pacificado.

Majoritariamente apresenta a modalidade imobiliária, através da co-titularidade do domínio, assim como na Itália. Após a construção da edificação cria-se um condomínio edilício, formado por unidades individuais, cada uma delas atribuída a um grupo de multiproprietários, cuja definição do período de gozo de cada um deles é realizado mediante pacto de divisão por turnos de utilização da respectiva unidade.

Na medida em que presenciaram o fracasso da modalidade societária francesa, este modelo garante a situação jurídica do multiproprietário, na medida em que há o registro do título aquisitivo, bem como, a possibilidade de transmissão direito *inter vivos* e *causa mortis*.

Haja vista à falta de regulamentação legislativa, doutrina e jurisprudência têm atribuído natureza condominial, não só ao instituto, bem como, à situação jurídica do multiproprietário.

2.2.4 O Modelo português

Em Portugal as primeiras experiências do instituto são datadas na segunda metade da década de 70. Contudo, nesta época, não obteve muito sucesso face à desconfiança diante da falta de garantias quanto à durabilidade e liquidez do investimento.

Com o passar dos anos, os portugueses passaram a aplicar suas poupanças, na construção de imóveis urbanos, até mesmo nos clandestinos, atraídos por um título

¹⁸⁰ Ibid., 1993, p. 28.

imobiliário pensado àqueles que indispunham de capital suficiente para a aquisição de imóveis, disciplinado pelo Decreto-Lei n. 355/81, de 31 de dezembro de 1981.

A partir deste Decreto-Lei nasceu o direito real de habitação periódica, nome com o qual o *timesharing* ficou conhecido em Portugal. Tratado como direito real sobre coisa alheia, o qual ao investidor é transferido uma situação real sem necessidade de lhe deferir o domínio, por uma fração de tempo correspondente a uma semana por ano, em caráter limitado ou perpétuo.

2.2.5 O Modelo inglês

Acerca deste modelo a doutrina nos apresenta poucos relatos. No entanto, através do *Timesharing Act* 1992, legislação sobre o instituto, o considera como um direito de uso de natureza contratual.

No mesmo sentido, em 1997, o *Consumer Protection – The Timesharing Regulations*, mantém a mesma consideração, direito de uso de natureza contratual.

2.2.6 O Modelo austríaco

A Lei n. 32 de 1997 regulamenta o *timesharing* na Áustria até a presente data. Seu artigo 2º o considera um direito de uso a tempo parcial, como direito real concedido ou obrigatório para gozo, de forma cíclica e limitada, ou seja, um direito de uso de bens imóveis, a tempo parcial.

2.2.7 O Modelo americano

Diferentemente dos demais países, quando a doutrina estuda o *timesharing* nos Estados Unidos da América, chegam a conclusão que o legislador americano despreocupou-se em definir sua natureza jurídica, mas sim, estabelecer um forte sistema que proteja seus adquirentes e usuários.

3 ASPECTOS GERAIS DA PROPRIEDADE

O estudo dos direitos reais se traduz no estudo da propriedade. Neste sentido, segundo Caio Mário da Silva Pereira, a raiz histórica do nosso instituto de propriedade, inclusive seu caráter individual, adveio do Direito Romano.¹⁸¹ Nesse cenário inicial, tratava-se de um direito exclusivo aos cidadãos romanos, cujo objeto também era delimitado ao solo romano.

¹⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014a, p. 68.

Com o passar dos anos, fatos históricos como a invasão dos bárbaros Germanos, a instituição da monarquia absoluta, a Revolução Francesa e até a contemporaneidade vem moldando seus aspectos gerais, chegando a uma conjuntura, a qual, hoje não se obtém estabilidade, pois, regimes jurídicos e políticos os modificam de acordo com seus interesses gerais, sob a argumentação do primado da ordem pública sobre o princípio da autonomia da vontade.

Em síntese, hoje, a propriedade individual não detém o mesmo conteúdo de sua origem, principalmente, porque, tais mudanças são conseqüências da evolução da humanidade, ou seja, algo totalmente natural. Mas, mesmo assim, reconhece ao *dominus* o poder sobre a coisa, e, este reúne os mesmos atributos originários - *ius utendi, fruendi et abutendi*, ou seja, direito de usar, gozar e dispor da coisa.

Na atualidade, não só o domínio, mas seus atributos originários sofrem intervenções legais tendentes a evitar abusos e 'que o exercício do exercício de propriedade se transforme em instrumento de dominação,'¹⁸² crescendo os processos expropriatórios, sujeitando a coisa ao interesse público, não particular.

Tal interesse social na sociedade brasileira é fruto da função social da propriedade, trazida ao ordenamento jurídico nacional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que a inseriu entre os princípios gerais da atividade econômica, no mesmo patamar da propriedade privada, em seu artigo 170, *in verbis*:

[...] artigo 170, CF.: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...];

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

[...]

Por fim, analisando, como era o instituto da propriedade e sua atual situação, percebe-se uma total inversão de valores, totalmente distanciada dos conceitos clássicos e externalizada, no âmbito jurídico nacional, pela Constituição Federal.

Acerca da definição de propriedade, novamente, Caio Mário da Silva Pereira,

¹⁸² Ibid., 2014, p. 70

refletindo sobre as obras de Pugliatti, Natoli, Planiol, Ripert e Boulanger, chega a conclusão que propriedade não se define, se sente.¹⁸³ Desde o maior dos intelectuais até o mais simples dos seres humanos, inclusive crianças, tem em suas entranhas o sentimento de “seu e meu”, defendendo, a perda de sua posse, mesmo desconhecendo a relação jurídica dela proveniente.

Nosso legislador não conseguiu definir o que seria propriedade, bastou, apenas, no teor do artigo 1.228, argüir que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

O teor do artigo supracitado nada mais representa do que os atributos da propriedade, explanados no anteriormente, e, neste sentido, **quando os quatro atributos estão reunidos em uma mesma pessoa, têm-se a propriedade plena, plena in re potestas. Na medida em que um destes atributos ou faculdades são transferidos a outrem, têm se a constituição de um direitos real.** Mas, é necessário salientar, que tal transferência, dentro dos direitos reais é exceção, pois o direito de propriedade é uno, sendo sua conjuntura natural a plenitude e a exclusividade, no teor do artigo 1.231 do Código Civil.

4 DOS DIREITOS REAIS

Conceituar direito real de forma concreta e concisa não é tarefa fácil, o próprio legislador, como se verá detalhadamente adiante, ao formular o teor do artigo 1.225 do Código Civil, voltado justamente à matéria em questão, bastou-se ao citar qual é sua composição, mas não uma definição facilmente interpretativa.

Dentre os doutrinadores da área, àquele que chegou mais próximo da conceituação do instituto foi Cunha Gonçalves, cujo estudo aduz que direito real “é a relação jurídica que permite e atribui a uma pessoa singular ou coletiva, ora o gozo completo de certa coisa, corpórea ou incorpórea, incluindo a faculdade de alienar, consumir ou destruir (domínio), ora o gozo limitado de uma coisa, que é propriedade conjunta e indivisa daquela e de outras pessoas (copropriedade) ou que é propriedade de outrem (propriedade imperfeita), com exclusão de todas as demais pessoas, as quais têm o dever correlativo de abstenção de perturbar, violar ou lesar, ou do respeito dos mesmos direitos.”¹⁸⁴

¹⁸³ PEREIRA, 2014a, p. 74.

¹⁸⁴ GONÇALVES, Luis da Cunha. *Da propriedade e da posse*. Lisboa: Edições Ática, 1952, p. 53.

Por conseguinte, conforme citado acima, o artigo 1.225 traz o conceito legal de direito real, como se vê abaixo:

artigo 1.225, CC.: São direitos reais:

I – a propriedade;

II – a superfície;

III – as servidões;

IV – o usufruto;

V – o uso;

VI – a habitação;

VII – o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII – o penhor;

IX – a hipoteca;

X – a anticrese;

XI – a concessão especial de uso especial para fins de moradia e

XII – a concessão de direito real de uso.

Para o ordenamento jurídico nacional, o artigo supra é taxativo, qualquer limitação ao direito de propriedade que não esteja em seu conteúdo é tratado como natureza obrigacional, pois, é vedada a constituição de direito real sem previsão legal.

Fazendo um breve parêntese, de forma antecipada, já subentende-se a utilidade do presente estudo, pois, embora a legislação proíba a criação de novos direitos reais, o cerne do *timesharing* correlaciona-se com as diretrizes legais dos direitos reais, tornando-se necessária a alteração do dispositivo acima.

Então, a falta de ordenamento jurídico caracteriza a natureza obrigacional da limitação ao direito de propriedade constituído *inter partes*, haja vista o entendimento do legislador é de que os direitos pessoais não são delimitados legalmente, bastando-se que as partes sejam capazes, seu objeto lícito, possível e determinável e forma não vedada em lei, conforme artigo 104 do Código Civil.

Dando continuidade, Lafayette Rodrigues Pereira entende que “o domínio é suscetível de se dividir em tantos direitos elementares quantas são as formas por que se manifesta a atividade do homem sobre as coisas corpóreas. E cada um dos direitos elementares do domínio constitui em si um *direito real*: tais são o direito de usufruto, o de uso, o de servidão. Os direitos reais, desmembrados do domínio e transferidos a terceiros, denominam-se direitos reais na coisa alheia (*jura in re aliena*).”¹⁸⁵

No que se refere à sua aquisição, o direito civil brasileiro não dispõe de uma forma unitária para todos os bens, havendo uma modalidade para os bens móveis e outra para imóveis, sendo a variante destes, um pouco mais complexa, comparada a daqueles, pois, conforme visto anteriormente, o ser humano desde os primórdios deu elevada atenção e proteção à propriedade imobiliária, e, tal postura legislativa garante uma maior segurança a estes negócios jurídicos.

De acordo com o artigo 1.227 do Código Civil, os imóveis constituídos, ou transmitidos por atos inter vivos, só adquirem eficácia de direito real após o devido registro do respectivo título no Cartório de Registro de Imóveis, salvo casos extraordinários, expressos em lei, e, conforme aduz o artigo 1.226 do mesmo *codex*, a própria tradição/transmissão é válida como constituição de aquisição de direito real.

Agora passa-se ao estudo dos atributos dominiais do direito de propriedade:

a) Direito de usar – *ius utendi*.

Consiste na faculdade de colocar a coisa a serviço do titular, sem modificação na sua substância, ou seja, o proprietário pode servir-se pessoalmente de seu bem, ou, cedê-la a um terceiro. Caso não deseje utilizá-lo, também tem a faculdade de deixá-lo inerte, pois, usar não é apenas servir das qualidades da coisa, mas também, deixá-la apta para uso. Entretanto, ao optar por deixá-lo inerte, desrespeita a função social da propriedade, podendo sofrer as sanções previstas para reverter este quadro.

Deve-se ressaltar que por mais direito que o dono possa ter sobre a coisa, quando fala-se em direitos de propriedade, seu uso não pode sobressair aos direitos previstos em lei especial, fauna, flora, belezas naturais, equilíbrio ecológico, patrimônio histórico e artístico, bem como, dirigido no propósito de ser nocivo a outrem, conforme o artigo 1.228, parágrafos 1º e 2º do Código Civil.

Vejamos o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira sobre os parágrafos do

¹⁸⁵ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Atual. por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003, t. 1, p. 28.

dispositivo supracitado:

Nesta submissão sobreleva o conceito de função social, mais determinável pelo aspecto negativo, de sorte que o *dominus* não faça de seu direito um instrumento de opressão, nem leve o seu exercício a extrair benefícios exagerados, em contraste com a carência circunstante. Destoa, da noção encrustada no parágrafo, que o proprietário use egoisticamente seu direito em detrimento da coletividade, extraíndo da coisa proveito que importe em sacrifício do maior número.¹⁸⁶

Seu posicionamento pode ser comparado com o pensamento do legislador brasileiro, influenciado pelos direitos advindos da Constituição Federal de 1988, os quais, por mais esforços que existam para que a propriedade particular seja protegida e mantida, ocorrendo um exercício arbitrário do direito de uso, o Estado lhe tolhe em benefício dos direitos da coletividade, priorizando a harmonia comum.

b) Direito de gozar – *ius fruendi*.

Embora gramaticalmente uso e gozo possam ser sinônimos, quando se fala em direitos reais, ambos não possuem o mesmo significado.

Dentro dos direitos reais o gozo correlaciona-se com o aproveitamento dos frutos advindos da propriedade, sejam naturais, *quidquid nasci et renasci solet*, ou, *civis*.

c) Direito de dispor - *ius abutendi*.

Nas palavras de Hedemamm, quem dispõe da coisa mais se revela dono do que aquele que usa ou frui.¹⁸⁷ Neste sentido, o direito de dispor é o poder de alienar a coisa a qualquer título – doação, venda, troca; quer dizer ainda consumir a coisa, transformá-la, alterá-la; significa ainda destruí-la, desde que não suceda de comportamento antissocial, nos mesmos moldes do explanado sobre as limitações do uso da coisa, decorrentes do parágrafos 1º e 2º do artigo 1.228 do Código Civil.

Caio Mário da Silva Pereira traz uma única exceção ao direito de dispor daqueles que dispõem da propriedade plena, ou seja, com os 4 (quatro) atributos, a propriedade resolúvel, ou seja, aquela que resulta de cláusula posta em título aquisitivo, pois, resolvido o domínio, os direitos reais constituídos durante sua vigência também são resolvidos.

186 PEREIRA, 2014a, p. 78.

187 HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Version espanola y notas de Jose Luis Diez Pastor, Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 140.

Nos termos do artigo 1.359 do Código Civil, “resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar o poder de quem a possuía ou detinha”, em termos mais simples, desfeito o domínio, todos os direitos reais constituídos em sua vigência, assim, também o serão.

d) Reaver a coisa – *rei vindicatio*.

Direito de ação proveniente do Direito Romano, cujas diretrizes iniciais não permitiam àquele desprovido do direito a possibilidade de perseguir seu objeto em juízo.

Contemporaneamente, na realidade brasileira, mais uma vez através dos princípios provenientes da Constituição Federal de 1988, de forma mais precisa, em seu artigo 5º, inciso XXXV, todo direito é provido de ação que o assegura.

Neste sentido, haja visto que aos brasileiros é garantido o direito de propriedade, conforme visto acima, em nada serviria tal direito, caso não lhe fossem dados, também, a garantia de recorrer em juízo de alguém que injustamente possuísse suas coisas ou as detivessem sem justo título.

Pela *vindicatio* o proprietário vai buscar a coisa nas mãos alheias, vai retomá-la do possuidor, vai recuperá-la do detentor. Não de qualquer possuidor ou detentor, porém, daquele que a conserva sem causa jurídica, ou a possui injustamente.¹⁸⁸

Embora possa parecer repetitivo e maçante, não há como desvincular os direitos de propriedade do novo ordenamento constitucional, principalmente porque o vigente Código Civil foi modificado, não só para regulamentar os atos da sociedade brasileira, já em descompasso com a legislação antiga, mas também para enquadrá-los na nova ordem constitucional.

Ainda que não haja muita correlação com objeto do presente estudo, não há como se estudar a *rei vindicatio*, sem ao menos citar, mesmo que de forma sucinta, a nova limitação a este atributo, advinda do artigo 1.228, § 4º e 5º do Código Civil, *in verbis*:

Artigo 1.228, CC.: O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possuía ou detenha.

188 PEREIRA, 2014a, p. 79, grifo do autor.

§4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante;

§5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para registro do imóvel em nome dos possuidores.

Tal privação ao direito de reaver a posse da coisa gerou um *frisson* na doutrina e jurisprudência, na tentativa de se formalizar a natureza jurídica de tal inovação legislativa.

Neste mesmo diapasão, existem 4 posicionamentos: uma nova constituição de modalidade de desapropriação de direito privado; uma espécie de usucapião onerosa; modalidade de aquisição *sui generis* por interesse social, e, por fim, uma privação do direito do proprietário de reaver a posse da coisa, uma vez preenchidos os requisitos normativos previstos.

Posicionamentos a parte, por mais nobre que tenha sido a intenção do Poder Legislativo, os parágrafos em análise padecem de definição, pois, não demonstra referências para que se arbitre o tamanho a ser considerado apto para tornar-se objeto desta perda de direito de reaver, bem como, quem pagará tal indenização, já que Município, Estado e União não podem arcar com tal *quantum* por não fazerem parte de nenhum dos pólos desta lide, não podendo sofrer os efeitos desta possível sentença condenatória.

4.1 CLASSIFICAÇÃO

Do rol de classificações doutrinárias dos direitos reais, a mais importante, e mais pertinente, ao presente trabalho é aquela que os divide entre direitos reais sobre coisa alheia e direitos reais sobre a própria coisa, que, de acordo com Sílvio Venosa, tal divisão obedece à possibilidade de desdobramento da titularidade do direito real, tornando limitado o direito de propriedade.¹⁸⁹

Direito real sobre coisa alheia trata-se de uma classificação inexistente no vigente Código Civil, haja vista que no Código Civil de 1916 o Título III do Livro II contemplava os direitos reais sobre coisas alheias, cuja abordagem trazia os direitos de gozo e fruição (Capítulos II a VII) e, por conseguinte, os direitos reais de garantia (Capítulo VIII).

189 VENOSA, Sílvio de Sávio. *Direito Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Direito Civil; 5), p. 24.

No novo Código Civil tal classificação é inexistente, cabendo apenas à parte doutrinária do estudo do direito civil. No entanto, sua ausência não pormenoriza sua aplicação no direito, ficando a classificação legal atida apenas aos Direitos Reais de Gozo ou Fruição, Direitos Reais Limitados de Garantia e Direito Real de Aquisição.

No capítulo anterior, foi dito que quando todos os 4 (quatro) atributos da propriedade, (usar, gozar, dispor e reaver), estavam reunidos na mesma pessoa tinha-se a plenitude do direito de propriedade e quando algum deles era transferido a outrem formava-se um direito real sobre coisa alheia, ou, *jura in re aliena*.

São direitos reais sobre coisa alheia o usufruto, uso, habitação, as antigas enfiteuses (haja vista que o artigo 2.038 do Código Civil de 2002 proíbe a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, permitindo que as antigas existam até sua extinção), servidões, hipoteca, penhor e anticrese; os quais são divididos ainda, em direitos reais de gozo e de garantia.

A primeira categoria, de gozo ou fruição, são compostos aqueles que conferem ao usuário a possibilidade de uso e atividade efetiva sobre a coisa, ou seja, uso, habitação, enfiteuses e servidões. Na segunda e última, o titular extrai modalidade de segurança para o cumprimento de obrigação.¹⁹⁰ Neste diapasão, trata-se de uma garantia acessória à obrigação principal, adquirida pelo proprietário, cujo teor confere uma segurança ao cumprimento de tal negócio jurídico, ou seja, em caso de descumprimento, a constituição deste direito real garante o cumprimento da convenção, sendo compostas, pelo penhor, hipoteca e anticrese.

Por fim, quando os 4 (quatro) atributos da propriedade estão reunidos na mesma pessoa tem-se o direito real sobre coisa própria, representado pela própria propriedade.

5 NATUREZA JURÍDICA

Passado o estudo específico dos direitos reais, dá-se então início à última parte do presente trabalho, a defesa da possibilidade do enquadramento jurídico do *Timesharing* ou Multipropriedade como um direito real sobre coisa alheia.

Salienta-se, primeiramente, que diante de todas as modalidades apresentadas no primeiro capítulo, o presente trabalho não se aterá à modalidade societária, pois, além de não ter obtido muito sucesso nos países os quais a aplicaram, não tem-se registros de sua utilização em solo nacional, e, por fim, por tratar-se de direito pessoal e não real.

¹⁹⁰ VENOSA, 2012, p. 24.

As outras modalidades, imobiliária, hoteleira e como direito real sobre coisa alheia (sendo esta nosso foco de estudo), embora exista a ausência de previsão legal, analisando suas características essenciais, pode se concluir que poderia ser enquadrado como um direito real.

Do mesmo modo que o *timesharing*, também, ainda sem previsão legal, poderia ser compreendido como um direito real sobre coisa alheia, pois, os direitos reais sobre coisas alheias se constituem quando o proprietário desmembra o domínio de sua propriedade e o transfere a um terceiro, neste sentido, de acordo com todas as modalidades apresentadas no primeiro capítulo, com exceção da societária, ocorre a transferência do domínio da propriedade a um terceiro, independentemente da forma a qual tal transferência é realizada.

O exercício dos direitos relativos ao domínio (uso, gozo, fruição e disposição) fica restringido ao fator tempo, já determinado, e somente a ele, fora do tempo estabelecido, os mesmos direitos serão aproveitados por outrem.

Quando chega o período de direito do multiproprietário, este se 'coloca' na posição de 'proprietário', recebendo os atributos da propriedade, inclusive o domínio, podendo decidir se usa sua unidade autônoma, as áreas comuns, de acordo com as regras já pré-estabelecidas.

Optando por não utilizar o imóvel no seu período tem a faculdade de locá-lo a terceiro, sem precisar da vênua dos demais multiproprietários, pois o domínio do bem neste período é seu, pode também vender seu direito no imóvel para terceiro, relativos à sua unidade e partes comuns, restringido ao seu lapso temporal.

Não existem impedimentos para que também o direito de multipropriedade seja doado, legado ou transmitido através de *alienação causa mortis*, desde que realizado de acordo com a legislação vigente sobre tais temas, e, neste último, nos mesmo moldes os quais o *de cujus* detinha em vida.

Em resumo, nas palavras de Dário da Silva Oliviera Jr e Victor Emanuel Christofari, "não se pode olvidar que cada multiproprietário é detentor de direitos sobre a sua 'coisa', ou seja, uma unidade (parte autônoma e parte comunitária) aliada a um tempo, e esse é seu *patrimônio* no complexo turístico. Assim, qualquer que seja o ônus, ou encargo, não pode ultrapassar essa quota, restrição indispensável ao respeito dos direitos dos demais condôminos."¹⁹¹

Neste sentido, tal limitação é característica dos direitos reais sobre coisas alheias,

191 OLIVEIRA JÚNIOR, Dário da Silva; CHRISTOFARI, Victor Emanuel. *Multipropriedade (Timesharing:)* aspectos cíveis e tributários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 34.

pois a natureza do domínio não é modificada, o titular da propriedade fica privado de alguns dos poderes inerentes à propriedade, havendo dois titulares sobre a mesma coisa, em graus jurídicos diversos, o multiproprietário na vigência de seu direito sobre o bem e o próprio proprietário, antes, durante e depois do lapso temporal pertinente ao multiproprietário, consignando sua restrição durante o uso deste.

6 LIMITES AOS PODERES DE USAR, GOZAR E DISPOR DO MULTIPROPRIETÁRIO

Particularmente, por mais que o multiproprietário também possua os poderes de uso, gozo e disposição da propriedade, pela singularidade do instituto, tais autorizações alteram a concepção clássica/básica de domínio, ocorrendo, então a restrição deste, principalmente porque a principal destinação do instituto é turístico-residencial-empresarial.

Neste sentido, ao adquiri-lo o multiproprietário não tem o condão de alterar a destinação do imóvel, devendo todos adquirentes se sujeitar a mesma norma, fato atípico às aquisições de direito de propriedade, principalmente, porque conforme dito acima sua finalidade é turístico-residencial-empresarial subordinada obrigatoriamente à uma atividade lucrativa que será também utilizado por outros multiproprietários ou clientes. Assim o titular não pode escolher outra modalidade de fruição que não seja a convencionada no contrato e desvie o imóvel das suas finalidades.

Por conseguinte, por mais que em tese o proprietário possa destruir seu imóvel, desde que nos moldes permissivos da legislação e não desrespeitando a função social da propriedade, o multiproprietário indis põe do *ius destruendi*, seja nas partes privativas ou comuns do empreendimento.

O multiproprietário também está impedido de realizar qualquer alteração no mesmo, inclusive benfeitorias, devendo cuidar da unidade imobiliária, desde a estrutura, conforme dito, até o mobiliário, pois a cada início de estadia o mesmo deve preencher uma ficha acerca deste inventário. Se ao final da mesma for encontrada qualquer irregularidade, ele pode ser obrigado a arcar com os custos de manutenção/reparo dos bens móveis, ou, até mesmo ser submetido à retenção de suas bagagens para satisfação dos mesmos, de acordo com as normas civis.

Embora o uso da unidade imobiliária seja livre, o multiproprietário não pode abrigar mais ocupantes que a unidade privativa possa dispor, seja convidados ou membros da família, sob a mesma justificativa de preservação do bem. Neste mesmo sentido, o titular também deve sair das dependências do imóvel em data e horário previamente estabelecidos, sob pena de pesadas multas cominatórias, por hora de atraso, perdas e danos, e, dependendo da gravidade até mesmo a caracterização de esbulho possessório.

O titular também não tem o direito de interferir na gestão do imóvel, que fica sob exclusividade do proprietário, seja pessoa física ou jurídica, até mesmo porque trata-se de um empreendimento cuja gestão demanda uma expertise especializada para não garantir sua perpetuidade e satisfazer não só os multiproprietários, mas também hóspedes ordinários e seus próprios funcionários. Tais limitações, no entendimento de Dário da Silva Oliviera Jr e Victor Emanuel Christofari, provocam, por outro lado, a delegação de imenso poder ao administrador e, de outro, a submissão do titular a uma disciplina condominial rígida, inexistente e sequer imaginável nas maneiras tradicionais de aproveitamento do domínio por seu único titular.¹⁹²

Por fim, com relação ao poder de disposição do bem, os limites impostos ao titular vão de acordo com a convenção do empreendimento. Via de regra, ele tem total autonomia para alienar seu direito, seja a título oneroso ou gratuito, bem como cedê-lo para uso e fruição através de contrato, conforme visto no capítulo anterior. Por outro lado, a limitação imposta tem o condão de manter o controle entre os usuários e a administração, pois, a regra entre as convenções exigem a comunicação aos gestores dos atos de transferência. Ou, em casos mais extremos, mas que simbolicamente, também demonstra privações ao direito de dispor, a proibição de realizar cópias das chaves do apartamento.

7 TIMESHARING: DIREITO REAL SOBRE COISA ALHEIA OU COISA PRÓPRIA?

Durante o desenvolvimento do presente trabalho, na fase de estudo propriamente dita, foi verificada a identificação do *timesharing* como um condomínio, fato este que causa estranheza, haja vista, doutrinariamente dizendo, ser tratado como um direito real sobre coisa própria, ou seja, *jus in re própria*.

Neste sentido, o condomínio é um direito real originário, que manifesta a reunião dos atributos de uso, gozo, disposição e reivindicação, por outro lado, os direitos reais sobre coisa alheia só manifestam quando ocorre o desdobramento destes atributos do direito de propriedade, as faculdades contidas no domínio, cuja existência jamais será exclusiva.

Como então poderia o *timesharing* ser um direito real sobre coisa própria? A fim de elucidar este tema vejamos alguns entendimentos jurisprudenciais:

EMENTA. CIVIL COBRANÇA DE DESPESAS CONDOMINIAIS MULTIPROPRIEDADE TIMESHARING IMOBILIÁRIO A RESPONSABILIDADE DE CADA COPROPRIETÁRIO EM RELAÇÃO ÀS DESPESAS DA UNIDADE É PROPORCIONAL À SUA FRAÇÃO -

¹⁹² OLIVEIRA JÚNIOR; CHRISTOFARI, 2000. p. 37.

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. O prazo prescricional para cobrança de despesas condominiais, segundo entendimento firmado no e. Superior Tribunal de Justiça, é regulado pelo art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil.

2. Como forma de garantir a permanência do vínculo jurídico tal como idealizado, a solução inexorável é a de responsabilizar pessoalmente cada coproprietário tão somente pela quota proporcional das despesas condominiais, sendo certo que, na hipótese de inadimplemento, apenas sua fração ideal responderá pelo cumprimento da obrigação, pelo menos até que sobrevenha a extinção amigável ou judicial do condomínio, para aqueles que defendem a possibilidade.

3. Recurso conhecido para decretar a prescrição parcial da pretensão e, no mais, prover parcialmente o recurso do condomínio. **TJSP APL 37897920108260576 SP 0003789-79.2010.8.26.0576. Relator: Des. Artur Marques. Julgamento:30/07/2012. Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 31/07/2012.**

EMENTA: AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS. MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (TIME SHARING). ATRASO NA CONCLUSÃO DA OBRA. GOZO DO PERÍODO DE FRUIÇÃO A QUE FARIAM JUS OS AUTORES EM OUTROS IMÓVEIS. CONCORDÂNCIA QUANTO AO PROCEDIMENTO ADOTADO. PROVEITO ECONÔMICO COM O AJUSTE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO MATERIAL. ENLEIO PRESERVADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O sistema **time sharing** ou multipropriedade imobiliária é uma espécie condominial relativa aos locais de prazer, pela qual há um aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento), repartido, como ensina Gustavo Tepedino, em unidades fixas de tempo, assegurando a cada co-titular o seu uso exclusivo e perpétuo durante certo período anual (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 4º volume. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 212).

2. Atrasada a conclusão do empreendimento múltiplo, com violação de cláusula específica, assistia aos autores o direito à resolução, ou

então, perseguir o cumprimento do enleio, nos termos do art. 1.092 do Código Civil de 1916 (art. 475 do CC/2002). Exercida a fruição de férias em outros imóveis da rede, equivalente à segunda opção, sem indicativo de prejuízo até que o resort ficou pronto, e sem demonstração de impossibilidade do uso ulterior, observa-se proveito econômico bastante à rejeição do pedido de ruptura negocial lançado de forma tardia.

3. Recurso desprovido. **TJSC. Apelação Cível: AC 638305 SC 2010.063830-5. Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgamento: 01/02/2011. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil.**

EMENTA. DESPESAS DE CONDOMÍNIO - AÇÃO DE COBRANÇA - EXTINÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL - AFASTAMENTO MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA OU TIMESHARING - INSTITUTO QUE GUARDA SEMELHANÇAS COM O CONDOMÍNIO EDÍLIO - POSSIBILIDADE DE REGÊNCIA PELA LEI N. 4.591/64 - PRECEDENTES DESTA CORTE -SIMPLES LIMITAÇÃO TEMPORAL AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE USO DO IMÓVEL, SEM COMPROMETER O DIREITO REAL DE PROPRIEDADE - ESTIPULAÇÃO EM CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO DEVIDAMENTE REGISTRADA - EXPRESSÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE DOS COMNDÔMINOS - MEIO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A COBRANÇA - DESPESAS COMUNS COM NATUREZA ANÁLOGA ÀS DESPESAS DO CONDOMÍNIO EM EDIFICAÇÕES - AÇÃO PROCEDENTE -INCIDÊNCIA DE ENCARGOS MORATÓRIOS AMPARADOS EM CONVENÇÃO CONDOMINIAL. Recurso provido. TJSP APL 992060663404 SP. Relator: DES. Edgard Rosa. Julgamento: 25/08/2010. Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 08/09/2010.

Pelo fato do *timesharing* não ser um instituto muito difundido no país, não há legislação nacional, nem extensas doutrinas brasileiras sobre o tema, e, as existentes antecedem o Código Civil de 2002. Neste sentido, sua natureza jurídica e alcance são de difícil delimitação.

As jurisprudências acima ratificam o entendimento de classificação do *timesharing* como uma relação condominial, representante dos direitos reais sobre coisa próprias. Passemos ao estudo do condomínio, os fundamentos da sua forma clássica e como sua teoria se constrói.

Primeiramente, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira, a idéia mestra do condomínio “está no exercício conjunto das faculdades inerentes ao domínio pela pluralidade de sujeitos, por tal arte que cada um deles tenha um poder jurídico sobre a coisa inteira, em projeção de sua quota ideal, sem excluir idêntico poder nos consócios ou coproprietários.”¹⁹³

Por conseguinte, condomínio é transitório, seja em sua natureza em oposição à exclusividade da propriedade, seja porque desde os primórdios tem sido objeto de diversos litígios, os quais os legisladores, inclusive os brasileiros, tentam reprimir e cercear, instituindo no caso brasileiro, o artigo 1.320 do Código Civil o qual permite sua desconstituição por qualquer condômino, a qualquer tempo, ainda que o estado de comunhão tenha se dado através de doador ou testador, conforme os parágrafos 1º e 2º do mesmo dispositivo legal.

Por fim, a forma clássica de condômino também não pode dar a posse, o uso ou o gozo da propriedade a terceiros sem anuência dos demais condôminos, de acordo com o artigo 1.314 do Código Civil, nem alienar sua quota-parte a não condôminos, sem permitir o direito de preferência para adquiri-la aos outros coproprietários, vide artigo 1.322 do mesmo *codex*.

Agora no que se refere à propriedade horizontal, sua matriz diverge dos princípios tradicionais. De início, os direitos dos condôminos da forma edilícia, fracionada em apartamentos residenciais ou comerciais não se resumem a coisa toda, apenas sua quota ideal, além dos espaços comunais e aqueles necessários à consolidação da comunhão como fiação, encanamento e a própria construção, por exemplo. Contudo, seus poderes são mais importâncias naqueles relacionados aos exercidos exclusivamente sobre a sua fração da coisa, excluindo os demais condôminos.

Neste caso, diferentemente da forma tradicional o qual há a intenção de evitar a perpetuidade do condomínio, a comunhão permanente e perpétua é estimulada, cuja finalidade é a manutenção de sua estrutura jurídica, pois, “não será possível a conservação útil do complexo jurídico nem concebível a fruição da parte exclusiva de cada condômino sem a permanência do estado de comunhão. Em consequência, esta é a obrigatoriedade duradoura, em contraposição à comunhão clássica, que a lei quer transitória.”¹⁹⁴

Além do uso da coisa por si ou por outrem, o condômino também pode dar posse, uso ou gozo da propriedade a estranhos sem anuência dos demais, mas, tal direito pode

193 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014b, p. 52.

194 PEREIRA, 2014b, p. 53.

sofrer restrição caso a convenção livre dos titulares assim decida. Por conseguinte, no que se refere ao terreno e as partes comuns não se pode destacar do direito exclusivo sobre a propriedade, muito menos o proprietário ser impedido de alienar sua unidade autônoma, sem a anuência dos demais.

Acerca de sua natureza jurídica, haja vista que juridicamente, o condomínio edilício também se trata de inovação jurídica, diversas correntes foram formalizadas, pelos diversos doutrinadores de peso do Direito, seja nacional ou internacional, desde aquelas que tentou aproximá-lo do teor proveniente do direito romano até outras que o trataram como figura nova de pessoa jurídica, por exemplo. No entanto, suas características próprias não podem ser ofuscadas pela antiga concepção de propriedade.

Trata-se de um conceito dominial novo, teoria embasada tanto por Caio Mario da Silva Pereira, quanto Orlando Gomes,¹⁹⁵ cujos reflexos são objetos de uma combinação entre os conceitos de domínio singular e plural, ou, como preferir, domínio exclusivo e comum.

Neste sentido, caso não tratasse o condomínio edilício como novo conceito dominial, todos os direitos subjetivos presentes na propriedade exclusiva perderiam sua estabilidade caso não fosse exercido junto a existência do condomínio, pois o funcionamento do domínio tornar-se-ia inviável se não houvesse a propriedade coletiva ou a propriedade conjunta de todos sobre as áreas de acesso. Se não houvesse também a copropriedade do terreno, quanto à unidade autônoma, não seria possível a realização de sua construção.

Da mesma forma que o condomínio sobre subsolo, solo e áreas comuns, perderiam todo sentido caso também não houvesse a propriedade individual, representada por sua unidade autônoma.

Neste sentido, conclui novamente Caio Mario, "a propriedade horizontal e, portanto, um direito, que se configura com suas linhas estruturais definidas, próprias, características, peculiares, na aglutinação do domínio e do condomínio; da propriedade individual e da propriedade comum, formando um todo indissolúvel, inseparável e unitário. Os direitos do comunheiro sobre a sua unidade autônoma e sobre as partes comuns consideram-se então indivisíveis, não podendo ser cedidos separadamente [N.A.: Código Civil, art. 1.339, §1º].¹⁹⁶

195 Segundo Orlando Gomes em sua obra *Direitos Reais*, o condomínio edilício não é propriedade individual nem condomínio, mas as duas coisas ao mesmo tempo.

196 PEREIRA, 2014b, p. 64.

E continua, quando diz que:

somente esta simbiose orgânica dos dois conceitos, na criação de um direito complexo, é que oferece justificativa precisa aos direitos e aos deveres dos condôminos. Não é apenas uma propriedade mista, em que o domínio exclusivo vive ao lado do condomínio. Não é uma justaposição de direitos e de conceitos. É uma fusão de direitos e uma criação de conceito distinto. Não é, por outro lado, uma relação de dependência, em que um direito tem caráter principal e outro direito o tem acessório. [...] Há uma fusão de direitos, pela qual o mesmo sujeito é simultaneamente titular de uma propriedade e de uma copropriedade. Relação subjetiva uma, relação objetiva dicotômica.¹⁹⁷

Por fim, conforme demonstrado, não há como se auferir prioridade e valoratividade na relação entre condomínio e propriedade horizontal, pois há dependência do solo em relação à construção, e vice-versa. Bem como não se pode dizer qual é a coisa principal e qual a acessória, não só porque a quota individual acompanha a unidade autônoma, mas também, porque o terreno figura entre as coisas inalienáveis, do domínio de todos os proprietários do prédio.

Analisado os aspectos jurídicos do condomínio clássico, bem como de sua forma edilícia, entendo que por mais semelhanças que possam existir, o *timesharing* não se trata de um condomínio, ou um direito real sobre coisa própria, como a doutrina entende como a classificação coerente ao condomínio.

Primeiramente, a diferença básica encontrada se apresenta na questão da propriedade e seus atributos. Quando se analisa o *timesharing* se verifica que o multiproprietário jamais será o dono do empreendimento e não terá a reunião dos atributos de uso, gozo, disposição e reivindicação reunidos na sua pessoa, enquanto no condomínio, o proprietário detém todos os atributos de sua unidade autônoma reunidos em si.

Os atributos da propriedade de uso, gozo e disposição do empreendedor são desmembrados de si e repassados ao multiproprietário, que passa a ter tais direitos somente à sua unidade autônoma, ou seja, o apartamento que utilizar e as devidas unidades comuns.

Por mais que no ato da aquisição do *timesharing* o comprador, hora

¹⁹⁷ Ibid., p. 65.

multiproprietário detenha um direito cuja duração é posterior à sua morte (haja vista que pode ser transferido *mortis causa*) ou até sua transmissão *inter partis*, ele só se consuma em seu período aquisitivo, ou seja, no período contratualmente determinado, o qual o apartamento pertencente ao empreendimento terá o uso cedido ao multiproprietário. Fora deste período todos os atributos são reunidos novamente no proprietário, e, ou serão repassados a outro multiproprietário, caso seja o seu período, ou, permanecerão com aquele, caso o apartamento seja utilizado por um hóspede ordinário.

Os poderes inerentes à propriedade não são temporários no condomínio, enquanto o condômino for o titular do respectivo bem, bem como, seu exercício não sofrerá limitações, a não ser aquelas dispostas no ato constitutivo do condomínio, inclusive no que se refere ao alcance de seu domínio às áreas comuns do edifício.

Conforme visto anteriormente, o multiproprietário não tem autonomia para administrar o *timesharing*, sendo tal ato exclusivo do proprietário e os gestores por este nomeados. No entanto, no condomínio edilício, por mais que haja a figura do síndico, e, contemporaneamente, empresas prestadoras deste tipo de serviço, a administração fica sob encargo dos moradores, representados pela assembléia geral.

A responsabilidade civil entre os institutos também é diferente, pois, o proprietário empreendedor é o único responsável por qualquer ato ilícito cometido contra outrem, inclusive os trabalhistas perante os funcionários responsáveis pela manutenção do bem. O multiproprietário, neste caso, só fica responsável pelo pagamento das taxas relativas ao seu uso, para preservação do mesmo, mas, não só o condomínio, mas também os condôminos, individualmente, podem ser responsáveis por seus atos ilícitos.

Por fim, conforme demonstrado acima são várias as diferenças entre os institutos, sendo a mais importante delas àquela relacionada à propriedade e seus atributos. Todavia a caracterização do *timesharing* como um condomínio edilício, por mais que errônea, pode ser explicado através da origem das obrigações atinentes tanto ao multiproprietário quanto do condômino. Além de ambos pagarem taxas pelo uso ou conservação do bem e possuírem áreas comuns compartilhadas, ambos devem seguir uma cartilha de obrigações similares no que se refere ao uso de tais unidades. No entanto, geralmente o multiproprietário adere às condições propostas pelo empreendedor-proprietário, sem possibilidade de questionamento, até mesmo porque sua investidura dá-se através de contrato de adesão cujas cláusulas já delimitam seus direitos e deveres. Mas, quanto ao condômino, seus direitos e deveres são estabelecidos na assembléia de constituição do condomínio edilício, cujo alcance destes são objeto de questionamento entre todos os condôminos.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consonância com o que foi exposto percebe-se a necessidade de um acompanhamento efetivo do Poder Legislativo face às mudanças comportamentais da sociedade. O ser humano é complexo em sua essência, e, talvez só tenha sido capaz de chegar onde está na escala evolutiva, face sua capacidade de gerenciamento de crises. Neste sentido enquadra-se o surgimento do *timesharing* como instituto jurídico hábil a ajudar o mercado imobiliário europeu a se salvar da crise financeira que atravessava. Sua criação não só resolveu o problema pelo o qual foi criado, mas também sua proposta se desenvolveu e cruzou o globo terrestre fazendo novos adeptos.

Dentre todas suas modalidades, a como direito real sobre coisa alheia obteve mais sucesso não só aos empresários que buscaram nela alternativas de angariar melhor rentabilidade a seus empreendimentos, mas também àqueles que adquiriram seus direitos de multipropriedade devido à sua simplicidade e comodidade.

Contudo, progresso nem sempre traz apenas benefícios, e, no mesmo passo surgem diversos problemas ocasionados pelo seu desenvolvimento natural, os quais não eram imaginados no ato de sua criação, cuja solução é sempre buscada perante o Poder Judiciário, por isso a necessidade de se formular estudos concretos sobre os alcances deste instituto para que se possa elucidar quem detém o melhor direito, na esfera jurídica, e, trazer mais segurança, novamente, a empreendedores e consumidores. Estes precisam de confiança para fazerem seus investimento e aqueles garantias de que não terão sua propriedade lesada indevidamente.

Por conseguinte, quando se diz que quando os atributos de usar, gozar, dispor e reaver estão dispostos na mesma pessoa temos a consolidação de um direito real sobre a coisa própria, situação na qual se enquadra o dono do empreendimento hoteleiro. Contudo, quando seu domínio sobre o bem é desmembrado e repassado ao multiproprietário, para exercê-lo, de forma compartilhada, sobre um apartamento, em período pré-determinado, temos não só a constituição do *timesharing*, mas também de um direito real sobre coisa alheia.

Por fim, para organização do instituto não só perante proprietários e multiproprietários, algumas características são semelhantes ao do condomínio edilício, principalmente aquelas relativas a diferenciação entre áreas privativas e comuns. No entanto, tais semelhanças não são capazes de caracterizar o *timesharing* como um condomínio principalmente porque neste não há desdobramento do domínio sob o bem, e, passado o período aquisitivo do multiproprietário há novamente a reunião de todos os atributos do proprietário na figura do proprietário do empreendimento.

REFERÊNCIAS

CAPARELLI, Piercalo; SILVESTRO, Paolo Multiproprietà. In: *Dizionario Del diritto privato; diritto civile*. Coord. Natalino Irti. Milano: Giuffrè, 1980. v. 1.

GONÇALVES, Luis da Cunha. *Da propriedade e da posse*. Lisboa: Edições Ática, 1952.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Version espanola y notas de Jose Luis Diez Pastor, Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

OLIVEIRA JÚNIOR, Dário da Silva; CHRISTOFARI, Victor Emanuel. *Multipropriedade (Timesharing: aspectos cíveis e tributários)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014b.

_____. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Atual. por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003. t. 1.

TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VENOSA, Sílvio de Sávio. *Direito Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Direito Civil; 5).

DA FILOSOFIA À PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL: COMO DECIFRAR A ARTE DE DECIDIR NO PROCESSO PENA

EWERTON FERREIRA GUIMARÃES LOURENÇO:

Aluno Especial de Mestrado Profissional na Universidade de Ponta Grossa. Aluno de pós-graduação em Tribunal do Juri e Direito Penal pela Legalle

1. INTRODUÇÃO

O ex- Ministro Marco Aurelio em passagem sobre sua atuação na Suprema Corte definiu sua forma de julgamento da seguinte maneira “idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio”¹⁹⁸, tendo a Corte Suprema papel de Guardiã da Constituição, poderia se dizer que o Ministro apenas estar-se-á referindo ao emprego da técnica de interpretação tópico-problemática¹⁹⁹, porém não foi esse o caso, o que Ministro relatou foi que sua decisão sobre um caso concreto já está decidida antes mesmo dele voltar aos olhos ao ordenamento jurídico.

Na situação em apreço apenas se vislumbrou como opera a mente de um Magistrado no dia a dia, ele conhece os problemas tem suas pré-noções e valores e a partir de isso busca-se uma solução dentro de seu conhecimento jurídico pessoal.

O operar do processo deliberativo do magistrado já é objetivo de estudo da Sociologia Jurídica desde 1986 quando o professor Boaventura de Sousa Santos²⁰⁰, em seu trabalho intitulado Introdução à Sociologia da Administração da Justiça trabalha o Poder Judiciário como uma instância política na qual devem ser analisados possíveis influências que magistrados podem sofrer na hora de decidir²⁰¹.

¹⁹⁸ <https://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>

¹⁹⁹ Lenza p. 348.

²⁰⁰

https://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica_RCCS21.PDF

²⁰¹ A concepção da administração da justiça como uma instância política foi inicialmente propugnada pelos cientistas políticos que vira nos tribunais um subsistema do sistema político global, partilhando como este a característica de processarem uma série de *inputs* externos constituídos por estímulos, pressões, exigências sociais e políticas e de, através de mecanismos de conversão, produzirem *outputs* (as decisões) portadoras elas próprias de um impacto social e político nos restantes sub-sistemas.

Assim partindo dessas linhas gerais busca-se explicar o processo decisório do Magistrado, como se dá a decisão no processo penal, para buscar explicar esse tema será visto a solução através da explicação dos standards de prova e dos conhecimentos da psicologia comportamental que desenvolveu as heurísticas e viés de julgamento.

Cabe ressaltar que os dois métodos explanados mais a frente não são excludentes ou possuem a pretensão de explicar como exatidão o processo mental de tomada de decisão.

2. PROBLEMA COMEÇA NA FORMAÇÃO JURÍDICA

Quase todos que fizeram a faculdade no curso de Direito tiveram inicialmente as aulas de Direito Penal espalhadas pela grade curricular por um período de 3 anos e concomitante a isso foi ensinado Direito Processual Penal.

Ao final foi ensinado a fazer peças com exemplos de Caio, Mevio e Tício e com isso deu-se por ensinado a matéria, algumas Universidade oferecem ainda o ensino de prática processual, na qual a partir de casos exemplo que não refletem a realidade se ensina o que é uma resposta a acusação, os requisitos essenciais e dar-se-á por dado o tema.

Como bem coloca Andre Ribeiro Giamberino²⁰² o que se vislumbra hoje é um empobrecimento do ensino jurídico, onde a prática jurídica é tomada como sendo "sinônimo de técnicas de elaboração de peças processuais, um arremedo de manuais de estilo ou, na melhor hipóteses, técnicas de resolução de problemas mais comuns em provas de concurso do que no dia a dia de qualquer profissão".

Segue o autor que a prática jurídica ganha relevância nos tempos atuais pois deve ser interpretada de forma mais ampla²⁰³ do que pensada atualmente, levando-se em conta elementos externos e internos do Direito e como isso impacta o ensino e a prática do Direito Penal.

²⁰² Artigo do mestrado

²⁰³ Práticas penais ganham, assim, um conceito bem mais amplo e complexo que prática jurídica ou judiciária, agregando novas competências àquelas anteriormente listadas, como: d) a percepção das interações sociais e disputas por posições no interior das profissões jurídicas e respectivas instituições, entre elas e em sua relação com o público de não profissionais (clientes, assistidos, réus, familiares, jornalistas, internet etc.); e, sobretudo, e) capacidade de visualização das estruturas que produzem e se relacionam constantemente com tais interações e conflitos, ou, ainda, de como estruturas sociais constitutivas do campo da justiça criminal, situada entre o poder e a burocracia, correspondem às estruturas mentais daqueles que, egressos dos cursos de Direito, ocuparão as suas posições principais.

Entretanto não podemos culpar apenas as Instituições existe também uma falha dos lado dos alunos que acabam não se identificando com a matéria e não fazem esforço nenhum para buscar ampliar seu conhecimento jurídico.

Para esses o Juiz e Professor Alexandre Morais da Rosa²⁰⁴ cunhou a expressão “aluno bomba-relógio²⁰⁵”, o qual é aquele aluno que buscou formar a sua base teórica mas que “espera por um milagre” e “entre ingenuidade e falta de senso de realidade sorri e acha que suas aulas são balsamo milagroso de sua formação teórica”.

Objetivo aqui não é atacar o ensino jurídico, mas refletir que o tema tratado nesse trabalho não é objeto de estudo nas Universidades, quantas Universidades ensinam sobre provas, tomada de decisão e como se opera o dia a dia da prática forense.

Flavio da Silva Andrade²⁰⁶ afirma que “ensino jurídico nacional, assim como de outros países de civil law, não dedicou muita atenção ao estudo dos critérios de suficiência da prova”, segue ele afirmando que isso já no sistema de common law é diferente pois dentro desses sistemas costuma haver uma disciplina autônoma sobre “evidencie”²⁰⁷.

Como a linha do Mestrado da Universidade Estadual de Ponta Grossa é pela prática translacional e nos dizeres de Elizer Gomes da Silva e ela consiste no “diálogo entre os esforços teóricos e seus ambientes de aplicação prática”, o presente trabalho buscar dar uma resposta ao mundo real.

Superando o dogma de incompletude do ensino jurídico oferecido nos bancos da academia regular de ensino o presente trabalho propõe a noticiar quais são as formas de explicar o processo decisório e mostrar como isso é aplicado na prática.

3. PREMISSAS GERIAS DO SISTEMA DE TOMADA DE DECISÃO.

Antes de ingressar no sistema de tomada de decisões seja pelos standards de provas seja pelas heurísticas, se faz necessários traçar a noção de alguns conceitos

²⁰⁴ <https://www.conjur.com.br/2017-dez-23/diario-classe-nao-seja-aluno-bomba-relogio-direito-penal>

²⁰⁵ O aluno bomba-relógio caminha para a tragédia: é o que acha que a vida é muito curta, a juventude precisa ser aproveitada e quem sabe por um milagre, no futuro, possa estudar tudo que deixou de ler e se qualificar enquanto tinha tempo; não está nem aí por revisar o material das disciplinas anteriores, especialmente as propedêuticas, e acha que leva o curso de direito na flauta.

²⁰⁶ Tese doutorado p. 25

²⁰⁷ Tese doutorado p. 25

explicados pela filosofia, e em especial a filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein para então sermos capazes de explicar os demais temas em apreço.

Quando estar se trabalhando com a tomada de decisão a ideia que vem a mente é a baseada na formação de um julgamento a partir de fatos e valores apresentados ao julgador e a partir disso se formam os “critérios de suficiência probatório que devem nortear a atuação das partes”²⁰⁸.

E aqui cabe trazer a definição de Alexandre Morais da Rosa²⁰⁹, que trata o processo penal como “**um jogo dinâmico e de informação incompleta**”, essa ideia de informação é crucial, pois “os fatos precisam ser comprovados”²¹⁰, porque citando Marina Gascon Abellan, Andrade afirma que “eles são formulados por meio de linguagem, que conecta o objeto do processo à realidade externa no mundo. Um fato histórico sempre é intermediado pela linguagem”.

Essa noção é importante pois quando se trabalha o sistema das heurísticas mentais, se depara com o conceito do WYSIATI, definido por Daniel Kahnemann²¹¹ como “ what you see is all there, ou “o que você vê é tudo o que há”.

Compreendido isso e aplicando no processo penal a tomada de decisão se opera a partir dos elementos que compõem a ação penal, inquérito policial ou mesmo outro procedimento investigatório, assim através dos elementos constantes transmitidos para o receptor se faz uma interpretação do conjunto probatório e chega -se a uma conclusão.

Mas para isso é preciso conhecer antes o que são os fatos, os enunciados fáticos e as narrativas.

Fato para Nicole Abbagano²¹², citado por Andrade é “algo que pode ser verificado e confirmado, como um fragmento da realidade que pode ser averiguado e identificado no tempo e no espaço”.

Para Marina Gascón Abellan²¹³ os fatos podem ser divididos em internos ou psicológicos que são aquelas ligados a conduta do agente, seus motivos e assim de difícil elucidação, e os externos também chamados de humanos e naturais que são aqueles

208 Doutrado p. 21

209 Livro p. 21guia compacto

210 Doutorado p. 25

211 Daniel karane,na p. 157

212 ABBAGNANO, Nicole. Dicionário de filosofia. Trad. de Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 429-430.

213 23 ABELLÁN, op. cit., 2010, p. 69-71.

definidos pelo Direito e como coloca Andrade²¹⁴ “tem seus significados e efeitos estabelecidos pelas normas jurídicas”.

Já os enunciados fáticos seriam para Andrade²¹⁵ as “descrições do fato, as assertivas apresentadas pelas partes acerca dos fatos”. Porém segue o autor que não se prova os fatos, mas sim “afirmação, verdadeira ou falsa a respeito do fato”, Michele Taruffo trata nos seguintes termos:

Em consequência, salvo alguns elementos de prova circunstancial, os fatos não podem ser percebidos pelo juiz: esses devem ser reconstruídos pelo julgador com base na prova disponível. Fatos, então, são tomados em consideração de uma forma muito peculiar, isto é, na forma de enunciados acerca do que ocorreu faticamente. Quando se fala da verdade de um fato, na realidade fala-se da verdade de um enunciado acerca desse fato”.

Já as narrativas são para “os conjuntos ordenados de enunciados fáticos que descrevem as modalidades e as circunstâncias relativas aos fatos que originam a controvérsia²¹⁶”. Assim para Andrade²¹⁷ elas seriam “as histórias contadas pelas partes para expor suas versões sobre os fatos em disputa, visando a satisfazer suas pretensões”.

Diante disso o que chega ao magistrado na hora da decisão são as narrativas dos enunciados fáticos que são documentados em prova documental ou testemunhal e a partir disso se faz uma inferência probatória.

Assim para Nicole Abbagnano²¹⁸ inferência probatória consiste no “processo mental através do qual, partindo de determinados dados, chega-se a uma conclusão por implicação ou mesmo por indução”.

O raciocínio inferencial²¹⁹ “é aquele em que uma proposição é considerada verdade a partir de sua conexão com outra já reputada verdadeira”. E “esse tipo de raciocínio certamente esta presente no âmbito do direito probatório”²²⁰ pois “inferir, no

214 Doutorado p. 31

215 Doutrado p. 32

216 TARUFFO, op. cit., 2016, p. 236

217 Doutorado p; 33

218 ABBAGNANO, op. cit., 2007, p. 562

219 Doutorado p. 51

220 Doutorado p.51

contexto da prova, é realizar um processo raciocinativo que, mediante generalizações de regras de saber empírico, passa-se a uma informação ou estado de conhecimento a outro no que tange à reconstrução dos fatos”²²¹.

A ordem jurídica se vale das máximas de experiência (background knowleges) e de regras de presunção para adotar critérios inferências em termos probatórios²²², e para Herdy e Matida²²³, eles podem ser classificados em: a) inferências probatórias epistêmicas; b)inferências probatórias normativas; e c)inferências probatórias interpretativas.

As inferência probatórias epistêmicas são de “garantia que conecta as informações probatórias e a hipótese fática esta fundada numa regra de experiência”²²⁴. Sua função está provar um fato através de uma experiência do agente. Andrade²²⁵ coloca o seguinte exemplo da inferência:

Paulo viu José sair correndo da casa de Maria pouco antes de ela ser encontrada morta por ferimentos causados por uma faca. Lúcia disse que naquele dia recebeu uma ligação telefônica de Maria dizendo que estava muito preocupada, pois José se encontrava furioso por ter descoberto uma carta de amor que ela recebera de João. Ainda, na casa de José foi encontrada uma peça de roupa sua manchada com o sangue da vítima, tendo ele viajado para lugar incerto horas depois dos fatos. Num caso assim, embora não haja uma prova direta, os indícios autorizam inferir, **a partir de máximas de experiência, que José foi o autor do crime de homicídio (grifo nosso).**

A partir da experiência vivenciada pelo observador é possível presumir quem seja o autor do delito, mesmo sendo que haja prova direta da materialidade ou confissão por parte do autor do delito.

Essa inferência “parte-se das premissas que se consideram verdadeiras para se concluir que outra proposição também é verdadeira”²²⁶, por isso acaba sendo segundo

²²¹IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Valoração da prova e sentença penal. Trad. de Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 29.

²²² Doutorado p. 53

²²³ HERDY, Rachel; MATIDA, Janaina. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (org.). Epistemologias críticas do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 209-237.

²²⁴ HERDY; MATIDA, 2016, p. 216-217.

²²⁵ Doutrado p. 54

²²⁶ Doutrado p. 54

González Lagier “o tipo de inferência que tem uma conexão mais evidente com a verdade”²²⁷.

Já as inferências probatórias normativas são as que ocorrem quando “a garantia que conecta as informações probatórias e a hipótese fática esta fundada numa regra jurídica”²²⁸. Assim o padrão de pensamento deveria do ordenamento jurídico, exemplo nosso no Código de Processo Penal é a obrigatoriedade do laudo pericial nos crimes que deixam vestígios prevista no art. 158²²⁹ caput do CPP.

Por fim as inferências probatórias interpretativas são as “garantia que conecta as informações probatórias e a hipótese fática esta fundada numa regra de natureza conceitual”²³⁰. Nela o julgador precisa definir o âmbito abrangência de um “conceito ou categoria prevista pelo direito para poder decidir a respeito da aceitação de uma hipótese fática”²³¹, exemplo é aplicação do crime do art. 168²³² da Lei de Falência e Recuperação Judicial (Lei 11.101/2005), quando fala em “praticar (...) ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo”.

Nesse caso antes de aplicar o artigo ao fato criminoso deve o magistrado ancorado nas provas dos autos definir o que é um ato fraudulento daquele que se encontra em falência ou recuperação judicial e se o fato praticado pelo agente se amolda ao conceito traçado pelo magistrado.

²²⁷ GONZÁLEZ LAGIER, op. cit., 2018, p. 26.

²²⁸ 4 HERDY; MATIDA, op. cit., 2016, p. 216

²²⁹ Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva: (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

I - violência doméstica e familiar contra mulher; (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

II - violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência. (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

²³⁰ HERDY; MATIDA, op. cit., 2016, p. 232.

²³¹ HERDY; MATIDA, op. cit., 2016, p. 229

²³² Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Para que haja uma boa inferência probatória se faz necessário que os fundamentos cognoscitivo (warrant) tenham consistência, pois a solidez e a confiabilidade do critério empregado garantem uma confirmação mais ou menos elevada²³³.

Assim produzidos elementos de prova dentro do inquérito policial ou as provas no bojo da ação penal cabe ao “jugador selecionar, das explicações possíveis, aquela que ampara nos elementos probantes, melhor explique os fatos e se aproxime da verdade”²³⁴. Como explicado antes compreendido o processo penal como um jogo de informação e sendo a informação produto da interpretação da linguagem, a partir que os elementos entram ao processo acabam sendo valorados por interpretação do magistrado dentro sua íntima convicção.

Essa convicção ela opera por inferências probatórias que podem ser de três ordem: i. epistêmicas; ii. normativas; iii. interpretativas, e a partir disso o magistrado obtém uma versão dos fatos que possua lógica, coerência e plausibilidade²³⁵.

Com base nessas inferências se traduz também a credibilidade da prova pois valor também é analisar se aquele elemento trazido aos autos e processos é idôneo ou se a testemunha tem credibilidade nas suas afirmações²³⁶, assim a prova não é apenas valorada na sua forma, mas em seu conteúdo e na pessoa de quem a produziu.

Exemplo disso é Jordi Nieva Fenoll²³⁷ que propõem análise de 4 circunstâncias sobre as declarações prestadas pela testemunha:

- a) a coerência das declarações, que “consiste na ausência de contradições no relato do declarante (...)”;
- b) a contextualização do relato, retratada “na capacidade do declarante de recordar as características do lugar onde ocorreram os fatos ou de alguns outros eventos que ocorreram no mesmo momento”;

²³³ TARUFFO, Michele. Inferences in judicial decisions about facts. In: Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal. Vol. 1, 2018, p. 8

²³⁴ Doutorado p. 56

²³⁵ Quando for tratado heurísticas mentais esse mito sera explicado melhor.

²³⁶ MARINONI; ARENHART, op. cit., 2019, p. 319

²³⁷ FENOLL, Jordi Nieva. La valoración de la prueba en el proceso penal. Cidade do México: Editorial MaGister, 2017, p. 18-19.

c) a existência de corroborações dos dados oferecidos na declaração, ponto geralmente mais seguro para confirmar ou refutar a veracidade do que foi declarado; e

d) presença ou ausência de “comentários oportunistas”, que se trata de “declarações desnecessárias que tentam fornecer uma falsidade credibilidade, dando à declaração maior segurança retórica”

Diante disso se faz necessário então se passar pelo conceitos de dúvida, certeza e verdade, esses conceitos trazem relação com a filosofia e dentro da prática penal serão o produto da interpretação do caso em análise.

A tomada de decisão sobre os enunciados fáticos, os elementos de prova e fatos são produto de um estado mental²³⁸ do julgador que irá se dirigir para um estado de certeza ou de dúvida.

A certeza e a dúvida são estados mentais internos do ser humano²³⁹, são “sensações ou sentimentos no tocante a um fato ou a alguém”, para Gary Vandebos ²⁴⁰a certeza “consiste na confiança subjetiva em relação a algum fato ou situação”²⁴¹. Já a dúvida significa “falta de confiança subjetiva em relação a algum fato ou situação”²⁴².

Para Ludwig Wittgenstein em sua obra “Da Certeza”²⁴³, a certeza pode ser dividida em subjetiva ou objetiva, e que “há certezas calcadas em proposições que estão fora de questionamento, mas que também existem certezas cercadas por dúvidas, assim como dúvidas despropositadas ou insensatas”.

238 Doutorado p. 66

239 Doutrado p. 66

240 VANDENBOS, Gary R. Dictionary of psychology. Second edition. Washington, DC: American Psychological Association, 2015, p. 173

241 Doutorado p. 66

242 VANDENBOS, Gary R. Dictionary of psychology. Second edition. Washington, DC: American Psychological Association, 2015, p. 334

243 Além do Tractatus Logico-Philosophicus e das Investigações Lógicas, Wittgenstein, nascido em 1889, deixou outras obras, dentre elas Da Certeza, livro “formado por um conjunto de notas retiradas de um pequeno grupo entre muitos manuscritos (...)”, notas que “foram escritas entre os anos de 1949-51, desde o retorno de sua visita aos Estados Unidos até poucos dias antes do seu falecimento”, em 1951 (MIRANDA, Sérgio. Introdução. In: Wittgenstein, Ludwig. Da certeza. Trad. de Maria Elisa Costa. Lisboa: Almedina, 2018, p. 11)

A certeza subjetiva trata de um estado mental²⁴⁴ “de convicção de um indivíduo em relação a algo ou um fato”²⁴⁵, trata-se do estado que a pessoa se sentem em relação a uma experiência vivenciada dentro do seu caráter íntimo de convicção, exemplo uma pessoa que pois a mão no fogo e queimou tem a certeza que não pode fazer tal atitude ou um sentimento de raiva ou paixão por alguém sem motivo aparente.

Esse tipo de convicção não passa por um processo racional ou de convencimento, nasce de “mecanismos cerebrais involuntários que, como amor ou raiva, funcionam independente da razão”²⁴⁶.

Quando for trabalhado viés probatórios descortina-se que basear a decisão em emoções e sentimentos acaba sendo um erro interpretativo que pode ter um custo elevado no processo penal.

Já a certeza objetiva é “aquela que, compartilhada pelo “jogo de linguagem”, convence por estar bem fundamentada, por reduzir as possibilidades de erro, por logicamente excluir as dúvidas”²⁴⁷, aqui não se trata de um estado particular, pessoa aponta as razões para sua compreensão ou mudança de ideia, “a ideia de certeza objetiva se aproxima da noção de saber, de conhecimento, por estar calcada em provas”.²⁴⁸

O processo penal acaba sendo um mecanismo de produção de saber objetivo pois não basta ao magistrado condenar, conforme o inciso III do art. 381 do CPP, ele deve expos “a indicação dos motivos de fato e de direito em que fundar a decisão”²⁴⁹.

244 Note-se que Wittgenstein, como se extrai do § 42 e do § 308, optou por não seguir a tendência de enquadrar a certeza e a dúvida como estados mentais justamente por que seu intento foi estabelecer diretrizes para que tais conceitos não se pautassem em sentimentos ou na subjetividade do indivíduo, mas que estivessem calcados em razões demonstráveis e que pudessem convencer os comunicantes (WITTGENSTEIN, Ludwig. Da certeza. Trad. de Maria Elisa Costa. Lisboa: Almedina, 2018, p. 123 e 217). Porém, o fato de alguém racionalmente convencer os demais falantes de sua certeza ou dúvida não altera a natureza desses quadros mentais, mas a eles dá objetividade, isto é, torna impessoal aquela compreensão. Esses conceitos constituem categorias da psicologia.

245 §194. “Com ‘certeza’ exprimimos a completa convicção, a ausência de qualquer dúvida, e procuramos com isso convencer as outras pessoas. Isso é certeza subjetiva. Mas quando algo é objetivamente certo? – Se um erro não for possível. Mas que tipo de possibilidade é essa? O erro não tem de ser logicamente excluído?”(WITTGENSTEIN, op. cit., 2018, p. 179)

246 BURTON, op. cit., 2017, p. 11.

247 Doutorado p. 69

248 Doutorado p. 69

249 Art. 381. A sentença conterà:

I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;

Quando se emprega a noção das heurísticas mentais e se tratar a tomada de decisão um processo dual, dividido em intuitivo e outro controlado, sendo o último o capaz de tomar decisões que demandam de atenção e deliberação, o processo penal quando toma para si a exigência de fundamentar o decreto condenatório acaba reforçando a ideia de um saber discutido, debatido, onde impera quem expor a melhor razão.²⁵⁰

Dúvida também é um estado mental e para filosofia trata-se de um “sentimento de incerteza que incide sobre proposições empíricas”²⁵¹, para Wittgenstein trata-se de um “instrumento de lógica destinado a questionar certezas e verdades assentadas e a conquistar o saber”, para o autor o fato de haver dúvida já trazia uma ideia de certeza²⁵², assim a dúvida funciona como uma “ferramenta para se contestar certezas e verdades estabelecidas”²⁵³.

Porém para Wittgenstein refuta uma ideia de ceticismo absoluto ao afirmar que “pode duvidar de cada fato, mas não se pode duvidar de todos (§232)²⁵⁴, assim verdades ditas por provadas não cabem pensamento em contrário, não poderíamos a todo o tempo pensar que a Terra gira em torno do sol apenas porque existe argumento nesse sentido sendo esse fato já desmentido pela ciência, mas podemos sim discutir esse fato novamente caso tenha alterado o status quo que predominam naquele saber.

Assim para Wittgenstein “(...) toda corroboração ou refutação de uma assunção ocorre no interior de um sistema (§105)²⁵⁵. A certeza ou a dúvida não se forma em torno de uma proposição isolada, mas em derredor de “todo um sistema de proposições”. A luz surge pouco a pouco no todo” (§141)²⁵⁶. Assim “não são axiomas isoladas que são

II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;

V - o dispositivo;

VI - a data e a assinatura do juiz

250 Artigo: LIMITE PENAL Entenda o que é a atuação contraintuitiva no processo dual

251 Doutorado p. 69

252 “o próprio jogo da dúvida já pressupõe a certeza” (§ 115). WITTGENSTEIN, op. cit., 2018, p. 153

253 MIRANDA, op. cit., 2018, p. 55 e 65

254 WITTGENSTEIN, op. cit., 2018, p. 191

255 WITTGENSTEIN, op. cit., 2018, p. 147

256 WITTGENSTEIN, op. cit., 2018, p. 161.

evidentes para mim, mas um sistema no qual conclusões e premissas se apoiam mutuamente (§142)257.

Deste modo pela ideia de Wittgenstein o pensamento, e em especial a tomada de decisão é realizada através de um processo denominado de “jogo de linguagem” dual, através da dialética e do convencimento se chega a uma certeza objetiva, o saber.

Mesmo sem querer adiantar o tema podemos dizer que esse conhecimento é importante pois o Standard de prova caba sendo “um modelo de constatação física, formulados de maneira racional, objetivável e controlável, é quem devem ditar os graus de suficiência da prova, o nível de confirmação, da hipótese esperado para certo momento ou fase processual258.

O Standard acaba sendo um meio objetivo de se apurar o processo mental de decisão do magistrado e assim garantir que sua decisão seja justa, objetiva e coesa com o caderno probatório e demais elementos informativos.

A verdade é um termo polissêmico para o presente trabalho iremos usar sua definição dentro da filosofia da linguagem, a verdade para Taruffo259 inspira administração da justiça e é tomada como um valor que que guia a sua atuação.

Para a filosofia da linguagem a verdade pode ser decotada em 7 concepções260: a) verdade como revelação; b) verdade como conformidade a uma regra; c) verdade como utilidade; d) verdade como correspondência; e) verdade como consenso; f) verdade como coerência; g) verdade como produto da linguagem.

A verdade como revelação pode se dar de forma empirista ou metafísica ou teológica. Sendo a primeira que se “revela imediatamente ao homem, sendo, portanto, sensação, intuição ou fenômeno”261. Já a metafísica “se revela em modos de conhecimento excepcionais ou privilegiados, por meio dos quais se torna evidente a essência das coisas, seu saber ou seu princípio (Deus)”262. Essa verdade se revela como um natural ou sendo fenômeno da natureza que se apresenta ao sujeito, não sendo fruto de construção ou dissenso.

257 WITTGENSTEIN, op. cit., 2018, p. 161

258 Doutorado p. 72

259 TARUFFO, op. cit., 2016, p. 121.

260 ABBAGNANO, op. cit., 2007, p. 994

261 ABBAGNANO, op. cit., 2007, p. 996. ABBAGNANO, op. cit., 2007, p. 996.

262 ABBAGNANO, op. cit., 2007, p. 996.

A verdade como conformidade a uma regra foi idealizada por Platão e desenvolvida por Santo Agostinho²⁶³ que afirma “acima da nossa mente há uma lei chamada verdade”, na qual todos deveriam ser julgados. Mais a frente Abbagnano²⁶⁴ afirma que essa ideia foi repensada por Kant para quem a verdade como conformidade consiste em “as leis gerais necessárias do intelecto”.

Já a verdade como utilidade, também chamada de pragmática foi desenvolvida por Willam James, e uma consiste em “uma proposição ser verdade se fosse considerada útil para estender o conhecimento ou para, por meio deste, estender o domínio do homem sobre a natureza, ou então por ser útil à solidariedade e à ordem do mundo humano”²⁶⁵. Problema desta visão é desconsiderar tudo aquilo que não seria útil a um desejo do observador.

A verdade como correspondência é explicada por Aristóteles no seguinte adágio: “negar aquilo que é e afirmar aquilo que não é, é falso, enquanto afirmar o que é e negar o que não é, é a verdade”²⁶⁶, para essa concepção verdade é a correspondência de uma proposição a uma realidade, corresponde ao que ocorre no mundo fenomênico, aqui existe o encontro da verdade com a realidade.

E para essa concepção a verdade representa uma realidade externa, “é a adequação de uma assertiva ao mundo real aos fatos”²⁶⁷. Tarki a partir dessa concepção desenvolveu sua “teoria semântica da verdade” e na sua visão “a linguagem tem um papel fundamental na definição da verdade”²⁶⁸, pois devemos associar verdade com a sentença (linguagem).

A verdade como consenso é “produto de uma convergência de ideias nas relações intersubjetivas”²⁶⁹, nesse contexto a verdade é “consequência de argumentações e justificações entre os participantes, as quais racionalmente levam à aceitação de um enunciado como verdade ou a um consenso legítimo”²⁷⁰.

263 Doutorado p. 74

264 ABBAGNANO, op. cit., 2007, p. 997-998

265 Doutorado p 74

266 ABBAGNANO, op. cit., 2007, p. 994

267 Doutorado p 75

268 Doutorado p. 75

269 Doutorado p. 76

270 Doutoraod p. 76

A verdade como coerência “funda-se na ideia de que só se poderia considerar verdadeiro aquilo que se apresentasse numa coerência (narrativa) perfeita ou aproximativa dentro de um modelo ou sistema”²⁷¹. Assim para ser verdade precisava o enunciado fático ser consistente e coerente com as demais proposições do sistema.

Por fim a verdade como fruto da linguagem trata como sendo a verdade produto da interação linguística, esse tema foi bem tratado por Hans-George Gadmer, para quem “o conceito de verdade a partir de sua construção pela linguagem, não como algo que já se encontra dado ou pronto”²⁷², assim a verdade é fruto de um processo de conhecimento, de construção de saberes. Andrade bem sintetiza a importância da linguagem:

A linguagem, para além de servir de instrumento de comunicação, constitui o mundo e as próprias regras que balizam a vida em sociedade. Ela permite expor ideias, compartilhar experiências, alcançar o conhecimento e desvelar a verdade. A linguisticidade, a comunicação linguística, também no campo do direito, leva à descoberta da verdade a partir da fusão de horizontes, de experiências por meio de um processo dialético.

A concepção de verdade como fruto de linguagem acaba sendo ao operador do direito a de maior valor pois representa uma abertura a decidir um caso a partir do conhecimento formado pelos elementos que compõem os autos.

Não se julga com ideias de valores morais, não se julga com ideia de pensamentos pré-concebidos, busca-se a verdade dos autos através da dialética das partes e assim almeja chegar o mais próximo do ideal de justiça.

Os temas trabalhados acima são de importância impar a este trabalho pois antes de entender a concepção do que seriam os standards de prova, os modelos usados no direito comparado e os vies de julgamento e heurísticas se faz necessário entender as bases da construção do argumento jurídico e então entrar no tema sobre os mecanismos de tomada de decisão.

4. OS STANDARDS PROBATÓRIOS

271 Doutorado p. 77

272 Doutorado p. 77

Standards probatórios pode ser conceituado como “padrão, modelo, referência que representam ideias de razoabilidade, normalidade e isonomia”²⁷³, para além disso traduzem-se em critérios para guiar as condutas e orientar a aplicação da lei.

Para o Black’s Law Dictionary²⁷⁴ o standard of proof é “o grau ou nível de prova exigido em um caso específico, como o “além da dúvida razoável ou “por preponderância de prova”. Já para Michele Taruffo²⁷⁵ os standards objetivam “oferecer ao julgador diretrizes mais precisas- ainda que gerais e flexíveis- que guiem a valoração das provas no contexto da decisão final sobre os fatos em litígio.

Pegando o direito comparado como referências são 3 os standards probatórios que merecem atenção: a) preponderância da prova (preponderance of the evidence); b) prova clara e convincente (clear and convincing evidence); c) prova além da dúvida razoável (proof beyond a reasonable doubt), os quais passam a ser analisados separadamente.

4.1. PREPONDERÂNCIA DA PROVA (preponderance of the evidence)

Os três esquemas listados acima são de aplicação do direito norte americano²⁷⁶, em especial o standard da preponderância da prova é definido pelo Black’s Law Dictionary²⁷⁷, da seguinte maneira:

O maior peso da prova, não necessariamente estabelecido pelo maior número de testemunhas que atestam um fato, mas por evidências que têm a força mais convincente; um peso probatório superior que, embora não seja suficiente para libertar totalmente a mente de toda dúvida razoável, ainda é suficiente para inclinar uma mente justa e imparcial para um lado da questão e não para o outro. Esse é o ônus da prova na maioria dos julgamentos civis, nos quais o júri é instruído a decidir em favor da parte que, no geral, possui provas mais fortes, por mais tênues que sejam as vantagens -

²⁷³ Doutorado p. 57

²⁷⁴ GARNER, Bryan A.; BLACK, Henry Campbell (ed.). Black's law dictionary. 11th ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2019, p. 1.69

²⁷⁵ TARUFFO, op. cit., 2014, p. 135

²⁷⁶ GARDNER; ANDERSON, *op. cit.*, 2013, p. 5

²⁷⁷ GARNER, Bryan A.; BLACK, Henry Campbell (ed.). Black's law dictionary. 11th ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2019, p. 1431

Também denominado equilíbrio de probabilidade; maior peso da prova 491 (tradução nossa²⁷⁸).

Para esse standard probatório o juiz deve escolher entre todas as teses levantadas a que se revele “mais provável do que não” (more likley than not)²⁷⁹, essa escolha é baseada nos meio de prova disponíveis seja na ação penal ou na investigação.

E cabe afirmar que não se trata apenas da tese “mais provável” e sim como da mais provável que sua negação²⁸⁰, assim esse standard oferece para Andrade²⁸¹ uma “dupla vantagem: reduz a chance de erro na determinação dos fatos e reafirma o princípio entre as partes no processo civil”.

Esse standard esta calcado no fato de que entre duas narrativas do fato, uma afirmando e outra negando, é de se preferir a que teve maior grau de confirmação, assim prevalece a prova “mais forte”²⁸².

Porém essa prova “mais forte” que no caso será preponderante ele não é medida pela quantidade, mas pela qualidade²⁸³, essa prevalência está relacionada com a “consistência ou peso lógico-epistêmico para dar suporte a uma hipótese fática”²⁸⁴, desta monta ao analisar o conjunto de provas o magistrado irá dar maior valor a aquela que mostre coesão, coerência e melhor relate os fatos narrados na petição.

Para Andrade²⁸⁵ trata-se de um standard menos rigoroso, e “se fosse quantificado em termos numéricos, ele equivaleria a uma probabilidade superior a 50%”, sendo muito empregado em causas cíveis em que há disputas patrimoniais²⁸⁶.

4.2. PROVA CLARA E CONVINCENTE (CLEAR AND CONVINCING EVIDENCE)

O Standard da clear and convincing evidence traduz na ideia de que a prova dos fatos deve ser “altamente provável ou razoavelmente certa”²⁸⁷, ela ira traduzir um “padrão

278 Doutorado p. 114

279 2 HAACK, op. cit., 2014, p. 16-18

280 Doutorado p; 123

281 Doutorado p. 123

282 TARUFFO, op. cit., 2014, p. 135

283 Doutorado p. 123

284 Doutorado p. 123

285 Doutorado p. 123

287 GARNER; BLACK, op. cit., 2019, p. 698

que representa “um fardo maior do que a preponderância das evidências, mas exige menos do que o standard da prova além da dúvida razoável, aplicável aos casos penais”²⁸⁸.

Exige-se que a proposta da parte autora seja mais provável que sua negativa (Much more likely than not), e trabalha com a ideia de uma hipótese provável (high probable). Assim essa prova precisa passar um grau maior de certeza e de hipótese provável, passando uma noção de comprovação aos fatos alegados pela parte.²⁸⁹

Bom exemplo desse standard no direito pátrio é quando da decretação de medidas cautelares no bojo prevista no art. 282, inciso I e II do CPP²⁹⁰, explicando este artigo Leonardo Barreto²⁹¹ afirma que para se determinar uma prisão preventiva se faz necessário que não seja baseado apenas em “a mera alegação de que o tipo penal, em abstrato, é extremamente grave, ou de que o indivíduo, simplesmente pelos seus antecedentes, apresenta alta probabilidade de que volte a delinquir. Acrescenta-se que a fundamentação do decreto de medida cautelar deve ser feito de forma individualizada”.

Desta monta para a decretação de uma medida cautelar se faz mais que necessário a preponderância da prova, se faz necessário que ela seja clara e convincente, que demonstre ao julgador que aquela pessoa custodiada deve ter sua liberdade restringida, cabe pontuar que até momento não há manifestação da defesa ou confirmação da condenação, apenas indícios de autoria e materialidade, os quais devem ser valorados para confirmar uma decisão neste sentido.

Esse standard probatório representa uma probabilidade igual ou acima de 75%²⁹², esse standard apresenta-se como de caráter intermediário entre a preponderância das provas e o da prova além da dúvida razoável, sendo aceito em casos de média complexidade ou que demandem um grau “mais elevado” de deliberação.

288 Doutorado p. 124

289 TARUFFO, op. cit., 2014, p. 135

290 Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

291 Sinopse processo penap p. 77

292 (VARS, Frederick E. Toward a General Theory of Standards of Proof. *Catholic University Law Review*, v. 60, 2011, p. 1-46

4.3. STANDARD DA PROVA PARA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL (PROF BEYOND A REASONABLE DOUBT)

Esse standard probatório também conhecido como BARD é o “usado por júri para determinar se um acusado é culpado (...) ao decidir se a culpa foi provada “além da duvida razoável”, assim para esse “critério de suficiente probatória, todos os elementos essenciais do crime imputado devem ser provados pela parte acusadora para além de uma dúvida razoável e se a prova produzida pela acusação não tiver força para superar as dúvidas razoáveis suscitadas pela defesa, o réu deve ser absolvido.”²⁹³

Conceito interessante de dúvida razoável é o fornecido nas instruções de Juri Federal²⁹⁴, nos seguintes termos:

“[Dúvida razoável] é uma dúvida baseada na razão e no senso comum. É uma dúvida que uma pessoa razoável possui após cuidadosamente sopesar todas as provas. É uma dúvida que leva uma pessoa razoável a hesitar em tomar uma decisão em uma questão de importância para sua vida pessoal. (...) Uma dúvida razoável não é uma fantasia ou capricho; não é uma especulação ou suspeita. Não é uma desculpa para evitar o cumprimento de um dever desagradável. E não é compaixão.”

O BARD é o standard mais extremo de confirmação e aplicado nas causas penais onde se exige uma certeza sobre os termos da denúncia e da culpabilidade do acusado, matematicamente ele pode ser representado na porcentagem de 95% a 99%, exigindo uma prova sólida e com alto grau de certeza.

Segundo Calvi e Coleman²⁹⁵ o BARD representa um ônus maior ao Estado a quem cabe através desse standard buscar provas robustas que evitem condenações injustas ou infundadas, pois é tormentoso pensar no fato de um inocente ir para a prisão diante de negligencia do Estado.

Para explicar o uso dos standards de prova Janaina Matilda²⁹⁶ e Alexandre Morais da Rosa faz analogia com o esporte de salto com vara²⁹⁷, assim quanto mais elevado

²⁹³ DOUTORADO P. 125

²⁹⁴ DIAMOND, Henry A. Reasonable doubt: to define, or not to define, p. 1728.

²⁹⁵ CALVI; COLEMAN, op. cit., 2004, p. 168

²⁹⁶ <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>

²⁹⁷ “Pois bem, é exatamente neste ponto que gostaríamos de propor a conexão entre os conhecimentos já acumulados sobre salto com vara e a melhor compreensão que se quer alcançar sobre os standards

encontra-se o sarrafo maior é o pulo do atleta, transmutando ao direito quanto mais dura a decisão for contra o réu maior deve ser o nível do enunciado fático que baseara a decisão do magistrado.

Explicado os três níveis de standards probatórios buscou-se explicar como se opera a tomada de decisão baseada nos ensinamentos da ciência jurídica e da filosofia da linguagem.

Para tanto foi explicado o conceito de verdade, fato, duvida e relatado como se opera as inferências probatórias para se chegar a uma conclusão sobre determinado fato, compreendido o processo como um jogo de linguagem emprega-se a noção da vitória daquele que empregar melhor os argumentos para o convencimento e construção de uma verdade processual, fruto da dialética e do respeito as garantias fundamentais do acusado.

Passa-se agora a explicação a tomada da decisão através dos ensinamentos da psicologia comportamental.

5. HEURISTICAS E VIESES DE JULGAMENTO

Essa parte do trabalho é baseado nos estudos de Daniel Kahneman e Amos Tversky²⁹⁸ que lhes rendeu o prêmio Nobel e mais tarde veio a ser transformada na obra "Rápido e Devagar: Duas formas de pensar.

Porém antes de entrar no conceito propriamente dito dos temas do presente capítulo cabe fazer uma pequena digressão sobre os conceitos de cognição, pensamento, intuição, insight, memória e conhecimento, todos a luz da psicologia comportamental.

probatórios³: um standard probatório funciona como o sarrafo no salto com vara, podendo ser posicionado mais baixo ou mais alto. A maior ou menor altura imporá, tal como no salto com vara, graus distintos de dificuldade ao jogador. No contexto do processo penal - que, ao menos supostamente, parte do pressuposto de que a condenação de inocentes é erro que deve ser mais evitado do que o erro da absolvição de culpados - a estratégia consiste em posicionar o sarrafo alto para a hipótese acusatória, dificultando que hipóteses acusatórias de menor qualidade cheguem a produzir resultados. Isso mesmo, a hipótese acusatória é o saltador; é ela quem deve superar o standard, saltar mais alto do que o sarrafo está posicionado.

²⁹⁸ Livro viés p. 19

A psicologia comportamental pode ser definida como sendo ramo da psicologia que se ocupa dos estudos dos processos internos da mente ligados a tomada de decisão, ao pensamento e a linguagem²⁹⁹.

A cognição para David Myres seria “atividades mentais associadas ao pensamento, ao conhecimento, à lembrança e à comunicação”³⁰⁰.

Já o pensamento ele pode ser consciente e inconsciente, o primeiro trabalha com a noção de deliberação prévia do agente sobre o tema, já o segundo trabalha com a noção de uma ideia não ordenada³⁰¹.

A intuição para Mayers³⁰² se trata de “um sentimento ou pensamento imediato, automático e sem esforço, em comparação com raciocínio explícito e consciente”, aqui uma ação é tomada ou pensada sem haver uma deliberação do porquê, para Luis Manuel Fonseca a “intuição é irracional porque irrompe sem prévia racionalização, em qualquer maturação intelectual precedente, sem ser elaborada pela consciência como seu constructo. A intuição aflui em um rompante. Percebê-la, considera-la, ou rechaça-la são atos posteriores, ai sim adequados ao processo raciocinativo.”³⁰³

Já o insight muito próximo da intuição³⁰⁴, porém se difere no momento da produção pois se trata de uma súbita revelação ao agente sobre algo, que surge de forma inesperada³⁰⁵ seja antes ou depois do evento que desencadeou o pensamento.

299 EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. *Manual de Psicologia Cognitiva*. 5ª ed. Trad. de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 11.

300 MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 281

301 BURTON, Robert A. Sobre ter certeza. Como a neurociência explica a convicção. Trad. de Marcelo Barbão. São Paulo: Blucher, 2017, p. 169.

302 MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 287.

303 PIRES, Luis Manuel Fonseca. Justiça Arquetípica – Instituto, Intuição e Sentimento de Justiça – A Consciência de Justiça. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; PIRES, Luis Manuel Fonseca. Um Diálogo sobre a Justiça. A Justiça

Arquetípica e a Justiça Deontica. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 139

304 Artigo a tomada de decisão judicial p. 7

305 WEITEN, Wayne. Introdução à Psicologia. Temas e Variações. 7ª ed. Trad. de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto e José Carlos B. dos Santos. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 238

A memória trata-se de “aprendizagem que persiste através do tempo, informações que foram armazenadas e que podem ser recuperadas”³⁰⁶, assim todo conhecimento humano capaz de ser recordado, recuperado e armazenado será tratado como memória.

Por fim o conhecimento para psicologia irá consistir no “na representação mental daquilo que já se sabe ou daquilo que se aprende a partir do papel decisivo da memória, a qual retém e recupera a informação”³⁰⁷, apenas cabe salientar que conforme trabalhado nos itens anteriores essa noção de conhecimento se alia a noção de certeza objetiva pois irá se tratar da construção de um enunciado fático a partir do significado dado pelo interlocutor por um processo de ressignificação da informação.

Feita tais explicações, cabe mencionar que para Daniel Kahneman³⁰⁸ a mente humana ela opera sobre dois sistemas de pensamento – que não são excludentes entre si, ele os denomina de Sistema S1 e Sistema S2.

O denominado Sistema S1³⁰⁹ refere-se as atividades automáticas da pessoa e que demanda pouco ou quase nenhum esforço cognitivo, nele que fica gravado nossas primeiras impressões sobre coisas, pessoas, objetos e nos orientam em atividades mais simples, Kahneman apresentar os seguintes exemplos de atividade executada pelo sistema 1:

- Detectar que um objeto está mais distante que outro;
- Orientar em relação à fonte de um som repentino;
- Completar a expressão “pao com...”
- Fazer “cara de aversão” ao ver uma foto horrível;
- Detectar hostilidade em uma voz;
- Responder $2+2=?$
- Ler palavras em grandes cartazes.

³⁰⁶ MYERS, David G. Psicologia. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 249

³⁰⁷ Artigo a tomada de decisão judicial p. 8

³⁰⁸ Livro do Daniel p. 69

³⁰⁹ Daniel p.69

- Compreender sentenças simples.
- Dirigir um carro por uma rua vazia.

Já o Sistema 2, seria o “eu racional”³¹⁰, trata-se do sistema mental que atua nas decisões que demandam deliberação e para as quais o Sistema 1 não foi capaz de fornecer uma resposta, trata-se de um sistema de pensamento mais lento e penoso que demanda energia do sujeito para se chegar a uma resposta.

Assim as operações do Sistema 2 são ligadas com experiências “subjetivas, escolha e concentração”³¹¹, são atividades que demanda atenção e exigem do sujeito um acesso os seus conhecimentos na memória para chegar a uma solução. Kahneman cita como exemplo de atividades do Sistema 2:

- Concentrar-se na voz de determinada pessoa em uma sala cheia e barulhenta;
- Monitorar a conveniência de seu comportamento numa situação social
- Preencher um formulário de imposto.

A partir de então busca-se explicar essa teoria e sua aplicação no direito através dos vieses de julgamento e heurísticas mentais.

Quando um caso chega para deliberação do magistrado automaticamente entre em ação seu S1 para buscar uma resposta ao caso, todavia não sendo isso possível e demandando uma maior reflexão entra em ação o S2, onde o magistrado deverá acessar sua memória de forma mais profunda para resolver a questão³¹².

Todavia como coloca Kahnman³¹³ toda atividade reflexiva demanda de energia do agente e para tentar conter isso o S1 acaba guiando o S2 a “substituir a pergunta difícil”³¹⁴, por uma outra “mais fácil de responder”, demandando assim menos energia.

310 Daniel p.69 a 77

311 Daniel p; 69

312 Viés p. 26 - 27

313 Daniel 87 -88

314 Vies p. 27

A essa mudança dar-se-á o nome dele atalho cognitivo, pois o que se busca fazendo essa substituição é um “conforto cognitivo e redução da atividade reflexiva, que demanda esforço e energia, implicando na tendencia de sua utilização”³¹⁵.

No entanto por se tratar de “macete mental” esses instrumentos podem ser perigosos quando aplicados no processo penal visto que substituem a análise da questão principal por uma pergunta de substituição, podendo gerar visões distorcidas do processo e até etiquetar o acusado de forma errônea.³¹⁶

O ser humano desde o momento em que acorda³¹⁷ ele opera várias operações³¹⁸ cognitivas pelo Sistema 1 que são avaliadas conforme o estímulo interno e externo do agente, a partir do momento que necessita atuar com mais precisão em uma questão iniciar-se a operação do Sistema 2, porém o Sistema 1 tende a direcionar o S2 a substitui essa pergunta por uma mais fácil, assim todo o excesso de cálculo realizado se denomina de bacamarte mental.³¹⁹

O bacamarte mental acaba sendo perigoso acaba sendo produto de um pensamento intuitivo, e irracional, o que pode vir a gerar decisões sem a devida atenção que mereciam. Assim o S1 buscar dando coerência e coesão para sua versão acaba gerando uma ilusão de veracidade com os elementos constante dos autos.³²⁰

Nesse contexto interessante pontuar o noção de Falácia Narrativa que para Nassim N. Taleb trata-se da “nossa capacidade limitada de olhar para sequências de fatos sem costurar uma explicação neles, ou equivalentemente, forçar uma ligação lógica, uma flecha de relacionamento sobre eles. Explicação unem fatos”.³²¹

O S1 está constantemente buscando coerência para suas ideias de impressões mesmo quando elas não existam no plano da lógica por isso conforme coloca Paola Biachi

315 Paola Biachhi e Alexandre morais da rosa trabalham esse tema no ambiente forense: “No ambiente forense isso pode ser verificado pela substituição da dúvida sobre a presença dos requisitos para condenação pela pergunta singela: o acusado tem antecedentes? Da resposta positiva, parte-se a condenação, enquanto a negativa exige maior esforço cognitivo” p. 27

316 Viés p. 28

317 Daniel p. 169

318 Elas são denominadas de basic assessments (Daniel p. 127

319 Viés p. 30

320 Viés p.31

321 Taleb, nassim nicholas. A logica do cisneu negro p. 101

e Alexandre Morais da Rosa³²² “quanto menos informação disponível tanto mais fácil garantir uma narrativa consistente”, quando trazido para o processo penal quanto menos elementos probatórios nos autos maiores as chances do julgador se enveredar para uma posição radical de uma prova unilateral.

Feitas tais digressões pode-se conceituar heurística segundo Eyal Peer e Eyal Gamilel ³²³da seguinte maneira:

Heurísticas são os atalhos cognitivos (cognitive shortcuts) ou regras de ouro/regras empíricas, por meio das quais as pessoas produzem julgamentos ou tomam decisões sem ter que considerar toda a informação relevante, confiando, em vez disso, em um limitado conjunto de sugestões que ajudam suas tomadas de decisões (...)Embora essas heurísticas sejam geralmente adaptáveis e contribuam para nossa vida diária, a confiança em uma parte limitada das informações, às vezes, resulta em viés previsíveis e sistemáticos que levam a decisões sub-otimizadas.

Nesse artigo emprega-se a classificação de Paola Bianchi Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa em sua obra Viés da Justiça, assim irá se trabalhar as seguintes heurísticas e viés: a) heurística da disponibilidade (availability heuristic); b) heurística da referência ou da ancoragem (anchoring); c) heurística do afeto (illusory correlations/ magic thinking); d) viés egocêntrico (egocentric bias) e excesso de confiança (overconfidence); e) viés confirmatório (confirmation bias); f) viés retrospectivo (hindsight bias); g) erro fundamental de atribuição ou viés de correspondência (fundamental attribution error correspondence bias), e, h) viés do ator- observador.

5.2. HEUSTICA DA DISPONIBILIDADE (Availability heuristic)

Para Daniel Kahemmann³²⁴ trata-se do atalho mental onde o julgador decide com base na frequência que um evento vem a sua mente, eventos dramáticos ou de grande repercussão como vem mais fácil a mente acabam baseando a tomada de decisões.

Prova disso que o próprio Kahemmann³²⁵ em sua obra relata que por algum tempo após notícias de alguns ônibus bomba em Israel ficava com receio de dirigir com um ônibus ao seu lado pois sempre acessava essa informação.

³²² Viés p. 35

³²³ Viés p; 28 pegar referencia do eyal

³²⁴ Daniel p. 217

³²⁵ Daniel 477

Paola Bianchi e Alexandre Morais citando Massimo Piatelli Palmari afirma que quanto mais fácil imaginar o evento ou situação maior é a chance de pensar nele como algo frequente e objetivo.³²⁶

Para dentro do campo do processo penal esse viés da disponibilidade esta ligado a ideia do WYSIATI³²⁷, que pode ser definido como “what you see is all there is, ou o que você vê é tudo o que há”. Assim o S1 na busca de confirmar uma versão por ele abraçada ajusta a atenção do S2 para determinados elementos ou a falta deles, aqui não importa se a informação tem qualidade, mas sim coerência para versão já formada.

Quando do processo penal por exemplo o WYSIATI é quase todo contra o réu pois no momento da audiência o acusado é apresentado ao magistrado com a cópia do auto de prisão em flagrante, com sua certidão de antecedentes criminais e a oitiva dos policiais que efetuaram a captura.

Se o que é disponível é tudo o que há, não há de se espantar na conversão da prisão preventiva em flagrante, não há espaços para decisões pro reo diante de todo os elementos acostados aos autos.

5.2. HEURISTICA DA REFERÊNCIA OU DA ANCORAGEM (ANCORING)

O Vies da Ancoragem representa a ideia de se basear por uma informação primeira, de uma primeira impressão sobre dado fato ou evento, foi desenvolvida por Amos Tversky e Daniel Kahneman e consiste na “tendencia das pessoas a se fiar a um valor particular – o primeiro valor disponível a elas- para estimar uma quantidade desconhecida, ajustando a partir desse valor”³²⁸.

Amon e Daniel³²⁹ realizam um experimento onde adulteraram uma roda da fortuna para que parasse sempre nos números 10 e 65, e após isso fazia duas perguntas

³²⁶ “Massimo Piatelli- Palmarini descreve a heurística nos seguintes termos: “Quanto mais fácil conseguimos imaginar um evento ou uma situação, e quanto mais essa ocorrência nos impressionar emocionalmente, maior a probabilidade de pensarmos nisso como algo objetivo frequente”. Vies. P. 44

³²⁷ Daniel p. 157

³²⁸ Paola p. 47

³²⁹ Daniel p. 202

para a pessoa³³⁰ e foi constatado que suas respostas acabavam ficando entre os limites números que haviam sido retirados da roda da fortuna.

Esse viés está ligado a economia do esforço cognitivo³³¹ uma vez que permite o agente partir de uma estimativa para chegar a resposta da solução, todavia também é uma heurística perigosa pois a âncora pode não ter as vezes nenhuma relação com a pergunta alvo. Gretchen B. Chapman e Eric J. Johnson³³² descreve os estágios da ancoragem:

Em primeiro lugar, informação sobre o alvo é recuperada através de uma busca da memória ou do ambiente. A presença da âncora pode influenciar o que será recuperada; por exemplo, informação semelhante à âncora pode ser evocada seletivamente. Em segundo lugar, as informações devem ser integradas para formar um julgamento global do alvo. A âncora pode afetar esse processo de integração, por exemplo, dando-se maior peso à informação compatível com âncora. Ou talvez a própria âncora seja incluída como um dos componentes da informação a serem integrados. Finalmente, o julgamento deve ser expressado em uma escala externa (por exemplo, dólares, metros). A âncora pode influenciar a forma por meio do qual o julgamento interno é expresso na escala externa. Por exemplo, a âncora pode facilitar a utilização da porção da escala mais próxima à âncora.

As âncoras podem ser também utilizadas para expressão de valores e opiniões atuam como uma forma de "auto-ancoragem" onde as ideias da pessoa sobre determinado tema ou assunto são baseadas em um valor referência e a partir dele é traçado um raciocínio³³³, esse viés liga atua através das associações operadas pelo S1.

5.3. HEURISTICA DO AFETO (AFFECT HEURISTIC)

Essa heurística está ligada os "sentimentos positivos ou negativos associados à representação de objetos e eventos"³³⁴, assim podemos dizer que "sua preferência política determina os argumentos que você julga convincentes. Se você aparecia a atual política

330 1) A porcentagem de nações africanas entre os membros da ONU é maior ou menor do que o número que você acabou de escrever? 2) Qual é a sua melhor estimativa sobre a porcentagem de nações africanas na ONU?

331 Paola 47

332 In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Eds.). *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. 14ª ed. New York; Cambridge University Press, 2013, pp.120- 138.

333 Paola p. 48

334 Paola p. 49

pública de saúde, acredita que seus benefícios são substanciais e seus custos mais administráveis que os custos das alternativas”. Assim as pessoas baseiam suas decisões a partir dos seus gostos e preferencias.

Psicólogo Social Robert Boleslaw Zajonc³³⁵ chama atenção para o fenômeno da ilusão de racionalidade, onde acreditamos ser racionais e sem ser guiado por paixões e emoções, afirma que: “nós as vezes nos iludimos que procedemos de uma maneira racional e pesamos todos os prós e contras de várias alternativas. Mas é provável que esse raramente seja o caso”.

Essa heurística dentro do processo penal coloca em risco a situação do réu pois deixa o critério de avaliação de suas condutas em um campo muito subjetivo, pois o simples fato do juiz “não simpatizar com o rosto do réu” poderia ser o decreto condenatório.

Em artigo ao site Conjur Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr³³⁶ sintetizam o processo de julgamento levando em consideração a linguagem corporal das testemunhas, acusado e dos demais atores processuais, nos seguintes termos:

Os autores bem resumem a proposta: “Desta forma passasse ao seguinte questionamento: como produzir uma sentença criminal mais compatível com os fatos ocorridos? A primeira exigência para isso é: produzindo provas fidedignas com o fato praticado e aceitar que as pessoas podem sofrer de falsas memórias e de sugestionabilidades. A segunda exigência é: analisar as provas testemunhais e as narrativas pessoais de modo que sejam constatadas irregularidades com os fatos informados ao interlocutor. A terceira exigência é: observar atentamente todos os traços pessoais de quem está descrevendo os detalhes do suposto crime. A quarta exigência é: reconhecer que as pessoas emitem expressões corporais não verbais que podem solucionar os casos em que existam somente provas testemunhais contraditórias. A quinta exigência é: realizar uma análise cautelosa da linguagem corporal emitida pelo narrador em todas as fases da persecução criminal, ou seja, desde a prisão, da audiência de custódia e da audiência de instrução e julgamento, para poder construir um padrão comportamental do narrador,

³³⁵ SLOVIC, Paul et al. The affect heuristic. In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Eds). *Heuristics and Biases: The Psychology of intuitive judgments*: 14^o ed. New York: Cambridge University Press, pp. 397- 420.

³³⁶ Artigo da linguagem corporal p.

principalmente quando o ilícito não deixa outras provas senão as orais (testemunhais e depoimentos)”.

Dentro do campo processual penal um viés perigoso por deixar entrar nos autos as paixões e valores pessoais do magistrado, decidir é técnica e deve ser ela executada da forma mais clara e objetiva possível.

5.4. HEURÍSTICA DA CORRELAÇÃO ILUSÓRIA (ILLUSORY CORRELATIONS/MAGIC THINKING)

Heurística da correlação ilusória foi idealizada por Loren J. Chapman³³⁷, se define como a tendência de considerar dois eventos relacionados mesmo não havendo correlação fática entre eles, diante disso as pessoas fazem conexão associativas a esses eventos e o tratam como via de regra quando na verdade se trata de exceções³³⁸.

Esse viés liga-se ao da disponibilidade e cria estereótipos ou atitudes negativas pode estar também relacionado a certeza subjetiva dentro do campo da filosofia.

5.5. VIES CONFIRMATÓRIO (CONFIRMATION BIAS)

Trata-se da tendência das pessoas buscarem sempre confirmar suas ideias, valores, pressuposições e sentimentos³³⁹, assim as pessoas buscam sempre estar em conforto cognitivo³⁴⁰ e evitando tensões cognitivas e assim buscando sempre reafirmar sua ideia primeira.

Para Nassim Nicholas Taleb³⁴¹ o erro de confirmação faz com que as pessoas se “concentrem em segmentos pré-selecionados”³⁴² do visto, generalizando sua visão, acaba portanto associado com a ideia do WYSIATI, pois o que há é apenas o que a pessoa procura ver.

337 CHAPMAN, Loren J. Illusory correlation in observation report. Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior, vol 6, n 1, feb 1967, p. 151- 155

338 Paola p. 50

339 Pagola p. 51

340 Daniel p. 1121

341 TALEB, Nassim Nicholas. A lógica dos cisne negro: o impacto do altamente improvável. Tradução Marcelo Schild. 10ª ed. Rio de Janeiro: BestBusiness, 2016. P.84.

342 Paola p. 52

Por isso que crenças pessoais, preconceitos, ideias pré-formadas são perigosas, via de regra são pensamentos pegajosos³⁴³, de baixa evidência e que se mostram não revistos, pois revisar uma ideia exige esforço e o objeto das heurística é justamente empregar o menor esforço possível.

5.6. VIÉS RETROSPECTIVO (HINDSHIT BIAS)

Viés retrospectivo também conhecido como “eu sempre soube” (i knew all along), trata-se da nossa “tendência de revisarmos as nossas avaliações acerca de fatos/eventos/fenômenos – inclusive a respeito de sua previsibilidade – a partir do conhecimento adquirido após o seu acontecimento”.

Nota que a pessoa avalia um fato após ele ter ocorrido e diante disso as pessoas tendem a superestimar suas habilidades ao afirmar que já sabiam ou poderiam saber da ocorrência do fato³⁴⁴.

Conforme colocado por Paola Biachi Wojciechowski³⁴⁵ e Alexandre Morais da Rosa essa distorção retrospectiva “advém também do próprio modo de funcionamento da memória”, as pessoas não pode deixar de assimilar novas informações e a partir disso fazer a confirmação de suas crença, visões e valores. Nassim N. Taleb discorre sobre a relação entre a memória, a necessidade de construirmos narrativas e o vies retrospectivo:

Mas a memória e a direção do tempo podem se confundir. A narratividade pode afetar perversamente a recordação de eventos passados da seguinte maneira: tendemos a lembrar mais facilmente os fatos de nosso passado que se encaixam em uma narrativa, enquanto tendemos a negligenciar outros que não apresentam desempenhar um papel causal nessa narrativa. Considere que nos lembramos de eventos em nossa memória sabendo o tempo todo a resposta do que realmente aconteceu depois. É literalmente impossível ignorar informações posteriores ao resolver um problema. Essa incapacidade simples de recordar não a sequencia real dos eventos e sim uma reconstrução dele fará com que, em retrospecto,

343 TALEB, Nassim Nicholas. A lógica dos cisne negro: o impacto do altamente improvável. Tradução Marcelo Schild. 10ª ed. Rio de Janeiro: BestBusiness, 2016. P.11.

344 GURTHIRE, Chris; RACHLINSKI, J; WISTRICH, Andrw J. Inside the Judicial Mind. Cornell Law Review, vol. 86, n 4, may. 2001, p. 777-830.

345 Paola p. 53

a história aparente ser muito mais explicável do que realmente foi ou é.³⁴⁶

A todo momento quando revisitamos o momento ele é reescrito e nossa mente faz com que as “lacunas” da história sejam preenchidas com informações que façam coerência com a nossa informação.

Exemplo³⁴⁷ clássico desse viés retrospectivo é o acidente do 11 de setembro de 2001, vários e vários brasileiros contam que assistiram o acidente no plantão da globo bem na hora que cortou o desenho do Goku, ocorre que isso não aconteceu, mas vários brasileiro afirmam isso, e se deve ao fato que toda vez que eles tentam explicar o fato, eles aumentam a história para confirmar sua ideia original da interrupção do desenho³⁴⁸.

Quando transmutada essa ideia ao processo penal nota-se que a memória é passível de falhas e até de reconstruir fatos vivenciados assim a memória passa por três momentos: o armazenamento, a indexação e o acesso (recuperação) e no acesso que existe o problema e a possibilidade da credibilidade dessa memória ser baixa e não retratar mais a realidade.

Lara Fernandes³⁴⁹ relata que as limitações cognitivas atuam na confiabilidade da memória por isso a necessidade de avaliar tais provas com cuidado por as falhas cognitivas podem ser dar de três maneiras: a) falhas de percepção: são relacionadas a forma de percepção da realidade ligadas ao poder de interpretação do sujeito; b) falhas de recuperação: são aquelas decorrem de recordar um evento como realmente foi e não de tentar preencher as lacunas com fatos inverídicos, e, c) falhas de linguagem: aquelas decorrente da interpretação do sujeito da realidade e com se dá o processo através da linguagem.

Paola Bianchi³⁵⁰ e Alexandre Morais da Rosa trazem que esse viés de julgamento é empregado quando da análise dos crimes culposos pois ficam fácil análise de um evento como possível após a sua ocorrência e a partir de então apurar se a conduta foi negligente.

346 TALEB, Nassim Nicholas. A lógica dos cisne negro: o impacto do altamente improvável. Tradução Marcelo Schild. 10ª ed. Rio de Janeiro: BestBusiness, 2016. P.109

347 <https://natelinha.uol.com.br/colunas/enfoque-nt/2017/09/11/as-falsas-memorias-no-11-de-setembro-sobre-a-interruptao-de-dragon-ball-z-110418.php>

348 Paola Bianchi Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa dizem que a memória não é so lembrar mas também reescrever se referem à: “not just a replaying but a rewriting”. P. 55

349 FERNANDES, Lara Teles. Prova testemunhal no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração, Florianópolis: Emais Editora, 2019. p.179-188.

350 Paola p. 71

5.7. VIES EGOCÊNTRICO (EGOCENTRIC BIAS) E A HEURÍSTICA DO EXCESSO DA CONFIANÇA (OVERCONFIDENCE)

O viés egocêntrico e a heurística do excesso da confiança tratam-se de situações nas quais as pessoas se jugam superiores aos demais em suas habilidades – viés egocêntrico- mensurando a menor suas falhas, e também de situações nas quais as pessoas superestimam a situação ou suas decorrências sendo capazes de resolver qualquer situação – excesso de confiança.

Daniel Kahneman³⁵¹ relata uma pesquisa um estudo realizado pela Universidade de Duke onde diretores financeiros de grandes corporações tinham que estimar os índices de retorno da Standard & Poor's para ano seguinte, após a análise de 11.600 prognóstico foi constatado que nenhum deles acertou qual seria a previsão correta.

Mesmo assim os diretores tinham um alto excesso de confiança em suas previsões e que elas seriam as corretas, mesmo que não valem absolutamente nada e não fossem baseadas em dado objetivo concreto.

Essas falhas cognitivas apresentam um problema como problema central evitar momentos de autorreflexão³⁵², pois a pessoa baseia sua decisão na crença pessoa de sua infalibilidade e diante disso toma a decisão que aprova mais correta, mesmo que seja a decisão baseada na menor quantidade de informação possível³⁵³.

O viés egocêntrico dentro do campo do direito processual penal fica claro quando nota-se um magistrado seja pela sua experiência ou por seu conhecimento atua sempre da mesma maneira, seguindo os mesmos padrões e atuando sempre em uma atitude de superioridade as partes³⁵⁴.

Um exemplo interessante dessa postura encontra-se no interrogatório do réu que pela redação original do art. 188³⁵⁵ do CPP não cabia as partes começam as perguntas no interrogatório judicial e sim ao Juiz.

351 Daniel p. 394 - 395

352 Paola p.56

353 Cabe apenas recordar que para as heurísticas mentais a menor informação é importante, pois a mente tende a cobrir as lacunas com ideias que confirmar a crença inicial.

354 Paola p.72

355 Art. 188. O réu será perguntado sobre o seu nome, naturalidade, estado, idade, filiação, residência, meios de vida ou profissão e lugar onde exerce a sua atividade e se sabe ler e escrever, e, depois de cientificado da acusação, será interrogado sobre:

Ocorre que com a Lei 10.792/2003356 o art. 188 do CPP passou por uma nova redação e colocou a atuação do Magistrado no interrogatório de forma supletiva e complementar a atuação das partes e isso veio também a ser aplicado as testemunhas que devem ser inqueridas pelas partes.

Todavia não foi que se verificou pelo país a fora Juízes ainda mantém a postura de iniciar eles perguntando a vítima, testemunhas e ao réu, deixando a atuação das partes como supletiva, essa prática foi questionada nos Tribunais Superiores³⁵⁷, dando origem ao item 12 do Jurisprudência em Tese do STF, edição 69: Nulidades no Processo Penal que coloca como nulidade relativa essa postura do Magistrado.

Em caso recente apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp 1846407-RS358 ao final de 2022 o mesmo afirmou que mesmos diante da ausência do membro do

I - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

II - as provas contra ele já apuradas;

III - se conhece a vítima e as testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

IV - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer dos objetos que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

V - se verdadeira a imputação que lhe é feita;

VI - se, não sendo verdadeira a imputação, tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a que deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

VII - todos os demais fatos e pormenores, que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII - sua vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, no caso afirmativo, qual o juízo do processo, qual a pena imposta e se a cumpriu. (<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>)

356 Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

357 12) A inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada às partes a formulação das perguntas, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa.

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/teses/detalhes/0a09c8844ba8f0936c20bd791130d6b6?categoria=12>

358 No caso concreto, o membro do Ministério Público, mesmo tendo sido intimado, sem qualquer justificativa, deixou de comparecer à audiência para oitiva das testemunhas.

Diante disso, o magistrado tinha duas opções válidas:

1) suspender a audiência e designar uma nova data para o ato; ou

Ministério Público na audiência de instrução, não pode o Magistrado fazer ele as perguntas de acusação, essa postura reflete uma noção de onipresença e que apenas a sua figura já poderia dar conta de todo o processo.

5.8. O ERRO FUNDAMENTAL DE ATRIBUIÇÃO OU VIÉS DE CORRESPONDÊNCIA (FUNDAMENTAL ATTRIBUTION) E VIÉS DO ATOR-OBSERVADOR (ACTOR-OBSERVER BIAS)

Para a Psicologia Social uma situação ela pode ser avaliadas por fatores internos (chamados de disposicionais) ou por fatores externos (chamados de situacionais) para seu idealizador Philp Zimbardo³⁵⁹, assim esse ramo da psicologia busca explicar em especial como os fatores externos moldam nossa tomada de decisão e o nosso processo de escolhas.

No geral as pessoas guiadas por uma viés otimista³⁶⁰ tendem a acreditar estarem pouco sujeitas as forças externas durante a tomada de decisão e que suas forças internas, decorrentes das suas personalidades, seriam freios morais para controle das condutas, atuando como um self-serving/self-enhancing cognitive biases, levando as pessoas as crerem que isso apenas ocorre com os outros.

Feita essas observações o viés de erro fundamental de atribuição ou viés de correspondência trata-se de uma “poderosa ilusão cognitiva que turva nossa percepção relativamente à importância dos aspectos situacionais no comportamento dos outros”³⁶¹, assim baseamos nossa decisão sobre outro apenas levando em conta aspectos externos a sua personalidade, ou seja, dados objetivos da realidade.

2) realizar a audiência mesmo sem a presença do MP e, neste caso, abster-se de fazer perguntas às testemunhas arroladas pela acusação.

Na situação concreta, contudo, o próprio juiz fez todas as perguntas para as testemunhas de acusação. Em razão disso, o STJ reconheceu que houve nulidade.

O fato de o Ministério Público não ter comparecido à audiência de instrução não dá, à autoridade judicial, a liberdade de assumir a função precípua do Parquet.

STJ. 6ª Turma. REsp 1846407-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/12/2022 (Info 761) <https://www.buscadordizerodireito.com.br/informativo/detalhes/1141938ba2c2b13f5505d7c424ebae5f>

359 ZIMBARDO, Philp. O efeito Lucifer: como pessoas boas tornam-se más. Tradução. Tiago Novaes Lima, 8ª ed. Rio de Janeiro, 2020.

360 Paola p. 58

361 Paola p. 58 - 59

O viés do ator-observador³⁶² por outro lado quando da análise da situação ambas as perspectivas são levadas em conta, assim nota-se que análise a personalidade do agente e os fatores externos, via de regra quando uma pessoa faz sua autoavaliação utiliza-se desse viés pois ela própria sabe os seus valores pessoais e os dados objetivos que baseiam sua decisão.

Como dentro das regras das heurísticas mentais impera a regra do WYSIATI, e sendo o processo penal um procedimento de rito formal e formas sacramentais se mostra difícil o emprego da técnica do viés do ator observador pois fora do interrogatório pessoal do réu fica difícil compreender os fatores internos da sua conduta.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a analisar como se opera a tomada de decisão seja pelos standards de prova, seja através das heurísticas mentais, os dois métodos de trabalho não se excluem, mas sim se complementam para dar ao julgador um instrumento calibrado de tomada de decisão.

Inicialmente cabe pontuar que a verdade na sua concepção moderna é aceita como um produto da construção através da linguagem e sendo o processo um jogo de informação produzida através da dialética especial atenção deve-se dar quando da análise do material produzido.

Seja os standards probatórios, sejam as heurísticas mentais, o que se busca é evitar um julgamento irracional, subjetivo e parcial, o processo penal deve ser palco de uma solução justa, construída a partir de um raciocínio sério e fundamentado.

Conhecendo como se opera a tomada de decisão pelo julgador fica mais evidente como buscar quebrar possíveis vieses e pré-conceitos do magistrado. O que se buscou relatar é quais as ferramentas dispõem o julgador e a partir delas cabe aos players desenvolverem as melhores estratégias processuais.

362 Paola 59