BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 994

(Ano XII)

(26/12/2020)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico

www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2020

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

Retratação nos crimes contra a honra cometidos por meios de comunicação
Eduardo Luiz Santos Cabette, 06.

ARTIGOS

A importância da medicina legal para o direito
Benigno Núñez Novo, 10.

O Pacote Anticrime acaba por revelar mais ainda a importância do Delegado de Polícia no ordenamento jurídico, dentro do sistema de persecução penal
Joaquim Leitão Júnior e João Gabriel Cardoso, 18.

A busca por efetividade nas execuções pecuniárias por meio da aplicação de medidas coercitivas atípicas
Paulo Henrique Cordeiro de Lima e Pedro Henrique de Oliveira Martins, 23.

A subcontratação no âmbito da Lei das Estatais (Lei n. 13.303/2016)
Juliana Melissa Lucas Vilela e Melo e Sarita Maria Paim, 44.

Desobediência civil: uma linha tênue entre as liberdades públicas e o anarquismo social
Maria Teresa Magalhães Monteiro, 66.

Responsabilidade civil por erros médicos
Wellington Rodrigues de Almeida, 86.

A (im)possibilidade da exclusão da sucessão por abandono afetivo inverso
Jakeline Heville Duarte Pereira, 94.

Perspectivas para o exercício da advocacia popular no Brasil
Matheus Amaral Mocelin, 113.

Perspectiva Constitucional da Autonomia das Universidades Brasileiras: Extensão e Efetividade
Otton Tércio de Oliveira Ferreira, 119,

O processo de formalização das transações de fusão e aquisição de participação societária em startups
Poliana Paula Alves, 126.

A falta grave decorrente de fato definido como crime doloso no curso da execução penal: uma análise crítica
Andreza Sena Couto, 145.

O homem como sujeito passivo do crime de estupro: a (im) possibilidade de pleito pelo aborto legal na ocorrência de gravidez indesejada
Bárbara Pereira Xavier, 170.

Racismo e injúria racial: formas distintas de discriminação, enraizadas no preconceito
Portilho José Saldanha dos Santos, 191.

Eleições 2020 e a segurança pública municipal. E aí?
William Sérgio Antunes de Campos, 209.

As resoluções e os regulamentos prévios ao edital do concurso público sob a ótica do princípio da vinculação ao instrumento convocatório
Elder Soares da Silva Calheiros, 214.

A influência da mídia televisiva nas escolhas políticas da sociedade brasileira
Arthur Quintanilha de Oliveira Cavalcante, 217.

Direito e linguagem: a influência da semiótica no direito
João Henrique de Amorim Sobrinho, 235.

O impacto gerado pelas fake news e seus efeitos no meio político
Antonieta Gil Cabral Cavalcante, 244.

Ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade
Manoel Victtor Vieira Coelho, 251.

Direitos difusos – o papel do Direito Urbanístico
João Henrique de Amorim Sobrinho, 286.

Direito à saúde nos ordenamentos jurídicos do Brasil e do mundo
Jaedson da Silva Cerqueira, 295.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O equilíbrio entre a liberdade de expressão e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Eca) no que tange classificação indicativa.
Tatyane Pereira Feitosa. 310.

Análise Sobre As Competências Ambientais Brasileiras
Matheus Dourado Zanoni, 323.

Perspectiva histórica e funcional do positivismo na ciência do Direito
Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana e Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro, 329.

Pequenas e Médias Empresas e a adequação a Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil, aliada as boas práticas baseadas na General Data Protection Regulation da União Europeia
Andrew Carl Diniz Benzaquen e Natasha de Souza Mendonça, 341.

A lavagem de capitais no exercício da advocacia
Lucas Coutinho Borin, 360.

O acesso à justiça e o fenômeno da agregação da comarca da cidade de Curimatá, no extremo sul piauiense
Rodholfo Nataniel Rodrigues Fonsêca, 377.

Aspectos jurídicos da recusa da realização do teste de etilômetro.
Maurício Vieth, 397.

Responsabilidade dos avós na obrigação alimentar e as consequências do não cumprimento
Vitor Augusto Barreto e Andrea Luiza Escarabelo Sotero, 410.

A persecução penal pública no crime de estupro e o direito à intimidade da vítima
Indianara Cristiana Ferreira Pereira e Sara Gracielly Lopes da Silva, 418.

Flexibilização dos direitos laborais: o paradoxo da proteção no combate ao dumping social
Camilla Gambarra Moreira, 431.

A luta pelo reconhecimento, igualdade de gênero e direitos das mulheres pescadoras da Amazônia e a importância conclamativa do reverberar científico-acadêmico
Samuel Moreira Soares, 446.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O processo de regularização fundiária e os núcleos urbanos de Palmas – TO
Michel Freitas de Oliveira, 466.

Problemática dos veículos apreendidos nas Delegacias de Polícia Judiciária dos estados x a Resolução 356 CNJ e alterações legislativas
Mauro Cabral da Cunha Cavalcanti Filho 477.

Compromisso de Hipócrates: um breve panorama acerca da responsabilidade civil dos médicos
Camilla Gambarra Moreira, 483.

Crimes de Trânsito: Lei nº 9.503/1997. Nova Alteração pela Lei 13.546 de 20 de dezembro de 2017
Vanessa dos Santos Almeida, 496.

A Responsabilidade do Estado frente aos atos omissivos e comissivos dos notários
Thalles Teles Dias, 509.

O ponto de interseção presente no Direito Falimentar ao longo da história
Igor Augusto Justino Fonseca e Silva, 527.

O problema da demora no tratamento do paciente oncológico do sistema de saúde brasileiro a despeito da previsão constitucional
Débora Napoleão de Sena, 547.

Publicidade abusiva e enganosa: Uma análise a luz do Código de Defesa do Consumidor
Valdelice Rodrigues Dias, 562.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

RETRATAÇÃO NOS CRIMES CONTRA A HONRA COMETIDOS POR MEIOS DE COMUNICAÇÃO

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Retratar-se significa desdizer-se, declarar que errou, retirar o que disse, sendo causa de extinção de punibilidade nos termos do artigo 107, VI, CP. Porém, a retratação não é aplicável a todo e qualquer caso de crime contra a honra. Em primeiro lugar ela só se aplica aos casos de ação penal privada, já que o artigo 143 menciona a palavra "querelado". [1] A retratação também só se aplica à calúnia e à difamação. Não tem cabimento na injúria, uma vez que esta atinge a honra subjetiva primordialmente, de maneira que a retratação não teria o condão de reparar o mal ocasionado. Nos casos de calúnia e difamação que têm como objeto a honra objetiva, a retratação pode ocasionar um efeito reparador da reputação da vítima no seio social.

Havendo coautores, a retratação de um deles não aproveita aos outros, pois que se trata de ato personalíssimo. Ademais, ela deve ser cabal, completa, não servindo a parcial ou condicional.

A retratação não depende de aceitação do ofendido em regra. Entretanto, a Lei 13.188/15 acrescentou um Parágrafo Único ao artigo 143, CP, de modo que nos casos em que a calúnia ou difamação forem praticadas por meios de comunicação, a retratação deverá ser feita também pelos mesmos meios, se assim o desejar o ofendido. Desse modo, nessas situações específicas, a retratação somente gerará efeitos se o ofendido a aceitar *no que se refere à sua forma*. Se a retratação é feita de outra maneira, que não pelos meios de comunicação e o ofendido exige isso, não terá validade. Pode-se dizer que, não quanto ao conteúdo, cuja análise e avaliação caberá ao magistrado, mas quanto *à forma* da retratação, nestes casos especiais, ficará ao alvedrio do ofendido a possibilidade ou não do instituto em estudo gerar o efeito da exclusão de punibilidade.

Leciona Bitencourt que nesses casos (crime cometido por meios de comunicação) a retratação passa a depender do "consentimento da vítima", não mais decorrendo "automaticamente da vontade e manifestação do ofensor". Explica o autor que a retratação até poderá acontecer de fato, "mas somente produzirá seus efeitos penais se for precedida da *aquiescência* do ofendido", além de que necessitará ser realizada pelos mesmos meios da prática da ofensa, desde que o exija o vitimado. [2]

Portanto, não vale mais o ensinamento constante na doutrina anteriormente ao advento da reforma procedida pela Lei 13.188/15, de que a retratação não dependia,

invariavelmente, da aceitação do ofendido. [3] Autores que, como Pedroso, afirmam em edições já posteriores à Lei 13.188/15, que "a retratação tem natureza unilateral e, destarte, independe da aceitação do ofendido", sem qualquer ponderação acerca do novo Parágrafo Único do artigo 143, CP [4] precisam atualizar seus textos, pois que tal alegação tem cabimento apenas parcial na atualidade, ou seja, quando o crime não for perpetrado por meio de comunicação.

Corretamente ensina Greco:

> Em 11 de novembro de 2015, foi publicada a Lei n. 13.188, que dispôs sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social, inserindo um parágrafo único no art. 143 do Código Penal, que diz que *nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim o desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa*.
>
> Aqui, portanto, caso a calúnia ou a difamação tenham sido cometidas através de meios de comunicação, para que a retratação do querelado produza os efeitos previstos no *caput* do art. 143 do diploma repressivo, ou seja, para que conduza à isenção de pena, com a consequente extinção de punibilidade, nos termos do art. 107, VI, do mesmo estatuto penal, se for da vontade do ofendido, deverá ser levada a efeito pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa. [5]

O autor em destaque ainda chama a atenção para o fato de que a retratação deverá dar-se de acordo com a proporcionalidade exigida no regramento do "Direito de Resposta", conforme delineado nos artigos 2º. e 4º. da Lei 13.188/15, sempre que o exigir o ofendido. [6]

No mesmo sentido se manifesta Nucci, aclarando ainda mais a questão:

> Em suma, ofensas à honra objetiva (calúnia e difamação), se realizadas por qualquer meio de comunicação (TV, rádio, jornais, revistas, Internet etc.), em caso de retratação do agressor, há de se consultar a vítima, intimando-a, se processo houver, para exercer a sua opção: retratação pública ou nos autos do processo. Antes dessa opção, o juiz não pode declarar extinta a punibilidade. Por óbvio, a retratação pública deve circunscrever-se aos mesmos meios de comunicação em que foi proferida inicialmente, sob pena de se tornar inviável ao ofensor voltar atrás naquilo que falou. Assim sendo, se correu em determinado artigo no jornal X, ali deve ser realizada a retratação. Se outros meios de comunicação, retirando os dados do artigo, também o divulgaram, não fica o ofensor obrigado a retratar-se em todos eles. Caberá, posteriormente, à vítima, assim querendo, transmitir a retratação a outros veículos de comunicação. [7]

Também esclarece Nucci que a realização da retratação pelos meios de comunicação em que foi feita a ofensa não é "condição inafastável", já que a lei claramente cria uma *opção* para a pessoa ofendida, a qual, eventualmente, poderá "entender que, quanto maior divulgação tiver o fato, maior prejuízo lhe poderá ocorrer". [8]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Enfim, após a alteração procedida no artigo 143, CP pela Lei 13.188/15 a questão da aceitação do ofendido quanto à retratação do ofensor tem duas possibilidades:

a)Se a ofensa *não se deu* por meios de comunicação, a retratação não depende da aceitação do ofendido.

b)Se a ofensa *se deu* por meios de comunicação, a retratação somente surtirá efeitos se o ofendido a acatar somente nos autos (concordar que ela seja assim feita) ou cumprida sua exigência de que seja procedida pelos meios de comunicação, tal qual o foi a ofensa. Nessa situação a retratação dependerá sempre de uma deliberação ou escolha do ofendido quanto à *forma* pela qual será feita. Não se pode, assim, afirmar que nos casos de ofensas feitas pelos meios de comunicação a retratação independa de aceitação do ofendido, ao menos quanto à *forma* pela qual se procederá.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 2. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. 15ª. ed. Niterói: Impetus, 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 31ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal Parte Espcial*. 2ª. ed. Leme: J H Mizuno, 2017.

[1] Em contrário, praticamente de forma isolada, se manifesta Bitencourt pelo cabimento da retratação em crimes contra a honra processados por ação penal pública, ainda que em interpretação “contra legem”. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 2. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 419 – 420.

[2] Op. Cit., p. 417.

[3] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 31ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 149. A doutrina era então peremptória em afirmar que a retratação nunca dependia de aceitação do ofendido.

[4] PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal Parte Espcial*. 2ª. ed. Leme: J H Mizuno, 2017, p. 382.

[5] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. 15ª. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 394.

[6] Op. Cit., p. 394 – 396.

[7] NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 240.

[8] Op. Cit., p. 240.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A IMPORTÂNCIA DA MEDICINA LEGAL PARA O DIREITO

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo demonstrar a importância da medicina legal para o direito. A Medicina Legal é uma especialidade concomitantemente médica e jurídica que utiliza conhecimentos técnico-científicos da medicina para o esclarecimento de fatos de interesse da justiça, o profissional desta área recebe o nome médico legista. A Medicina legal é frequentemente usada na prática forense, pois com as perícias realizadas pelos médicos legistas têm um valor probante indiscutível no auxílio do direito processual pela busca da sentença justa, que tenha como fundamento a verdade dos fatos e suas circunstâncias.

Palavras-chave: Medicina legal; Importância; Direito; Verdade dos fatos.

Abstract: This article aims to demonstrate the importance of legal medicine for law. Forensic Medicine is a concomitantly medical and legal specialty that uses technical-scientific knowledge of medicine to clarify facts of interest to the justice, the professional in this area receives the name of medical examiner. Legal medicine is often used in forensic practice, because with the expertise carried out by medical examiners, they have an indisputable probative value in helping procedural law by seeking a fair sentence, based on the truth of the facts and their circumstances.

Keywords: Legal Medicine; Importance; Right; Truth of the facts.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

A medicina legal surgiu para colaborar na solução das questões existentes entre os membros da sociedade, tornando, desta forma, a vida em grupo viável e menos conturbada.

Medicina Legal é a ciência e arte extrajurídica auxiliar alicerçada em um conjunto de conhecimentos médicos, paramédicos e biológicos destinados a defender os direitos e os interesses dos homens e da sociedade.

Auxilia os peritos, aplicadores do direito (Advogados, Promotores, Defensores e Procuradores) e aos julgadores (Magistrados e Jurados) quanto à interpretação de determinadas infrações penais existentes na área Médico Legal.

2 Desenvolvimento

A Medicina Legal é a arte estritamente científica que estuda os meandros do ser humanos e sua natureza, desde a fecundação até depois de sua morte. Exige de seus obstinados professadores, além do conhecimento da Medicina e do Direito, o de outras ciências, para emitirem pareceres minudentes, claros, concisos e racionais, objetivando criar, na consciência de quem tem por missão julgar, um quadro o mais preciso da realidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para Hélio Gomes em sua obra Medicina Legal:

> Os primeiros sinais de uma relação íntima entre a Medicina e o Direito remontam aos registros da Antiguidade. No seio dos povos antigos, o poder era exercido pela força, mas também emanava de líderes que ostentavam poderes especiais, fruto de seu alegado relacionamento com os deuses – os sacerdotes. Sendo considerados representantes divinos e agentes da sua vontade, ditavam normas que deveriam ser obedecidas para que os bons fados acompanhassem o grupo. Pelos poderes sobrenaturais de que se diziam possuidores eram chamados a intervir com frequência, quando a cólera dos deuses, externada sob a forma de doenças, abatia-se sobre os membros daquelas comunidades. Neste momento, o sacerdote, intérprete da vontade divina, invocava a mesma relação para afugentar os maus espíritos e curar os enfermos. Para isso, valia-se de orações, ofertava sacrifícios e usava o que realmente detinha da arte de curar, através do uso de ervas medicinais. O arauto das leis divinas era, a um só tempo, legislador, juiz e médico.

A Medicina Legal serve mais ao Direito, visando defender os interesses dos homens e da sociedade, do que à Medicina. A designação legal emprestada a essa ciência indica que ela se serve, no cumprimento de sua nobre missão, também das ciências jurídicas e sociais, com as quais guarda, portanto, íntimas relações. É a Medicina e o Direito complementando-se mutuamente, sem engalfinhamentos.

Ao Direito Civil empresta sua colaboração no que concerne a questões relativas a paternidade, impedimentos matrimoniais, erro essencial, limitadores e modificadores da capacidade civil, prenhez, personalidade civil e direitos do nascituro, comoriência etc. Ao Direito Penal, no que diz respeito a lesões corporais, sexualidade criminosa, aborto ilegal e ilícito, infanticídio, homicídio, emoção e paixão, embriaguez etc.

Serve ao Direito Constitucional quando informa sobre a dissolubilidade do matrimônio, a proteção à infância e à maternidade etc.; ao Direito Processual Civil e Penal quando cuida da psicologia da testemunha, da confissão, da acareação do acusado e da vítima.

Contribui com o Direito Penitenciário quando converge seus estudos para a psicologia do detento, no que tange à concessão de livramento condicional e à psicossexualidade das prisões.

Entrosa-se com o Direito do Trabalho quando estuda a infortunística, a insalubridade e a higiene, as doenças e a prevenção de acidentes profissionais; com a Lei das Contravenções Penais quando trata dos anúncios de técnicas anticoncepcionais, da embriaguez e das toxicomanias.

A Medicina Legal engranza-se ainda, intimamente, com vários outros ramos do Direito, a saber: Direito dos Desportos, Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado, Direito Canônico, Direito Comercial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ciência médico-jurídico-social indispensável em toda diligência que necessite de elucidação médica, em progressiva e franca ascenção, relaciona-se também com a Química, a Física, a Toxicologia, a Balística, a Dactiloscopia, a Economia e a Sociologia e com a História Natural (Entomologia e Antropologia).

Na variada temática objeto da Medicina Legal, pode-se traduzir sua divisão, da seguinte forma:

Antropologia forense - Procede ao estudo da identidade e identificação, como a datiloscopia, papiloscopia, iridologia, exame de DNA, etc., estabelecendo critérios para a determinação indubitável e individualizada da identidade de um esqueleto;

Traumatologia forense - Estudo das lesões e suas causas;

Asfixiologia forense - analisa as formas acidentais ou criminosas, homicídios e autocídios, das asfixias, sob o prisma médico e jurídico (esganadura, estrangulamento, afogamento, soterramento, etc.) Marcas de França, encontradas na esganadura, representadas pela rotura da túnica interna infiltradas por sangue na carótida comum, perto da bifurcação, em forma de meia-lua com concavidade voltada para dentro ou de forma;

Sexologia forense - Trata da Erotologia, Himenologia e Obstetrícia forense, analisando a sexualidade em seu tríplice aspecto quanto aos efeitos sociais: normalidade, patológico e criminológico;

Tanatologia - Estudo da morte e do morto;

Toxicologia - Estudo das substâncias cáusticas, venenosas e tóxicas, efeitos das mesmas nos organismos. Constitui especialidade própria da Medicina, dada sua evolução;

Psicologia e Psiquiatria forenses - Estudo da vontade, das doenças mentais. Graças a elas determina-se à vontade, as capacidades civil e penal;

Polícia científica - atua na investigação criminal;

Criminologia - estudo da gênese e desenvolvimento do crime;

Vitimologia - estudo da participação da vítima nos crimes;

Infortunística - estudo das circunstâncias que afetam o trabalho, como seus acidentes, doenças profissionais, etc.

Química forense - estudo de materiais como tintura, vidros, solos, metais, plásticos, explosivos e derivados do petróleo.

Ao jurista é necessário seu estudo a fim de que saiba a avaliar os laudos que recebe, suas limitações, como e quando solicitá-los, além de estar capacitado a formular quesitos procedentes em relação aos casos em estudo. É imprescindível que tenha noções sobre como ocorrem as lesões corporais, as conseqüências delas decorrentes, as alterações relacionadas com a morte e os fenômenos cadavéricos, conceitos diferenciais em embriaguez e uso de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

drogas, as asfixias mecânicas e suas características, os crimes sexuais e sua análise pericial etc.

Diz o professor GENIVAL VELOSO, ela não se preocupa apenas com o indivíduo enquanto vivo. Alcança-o ainda quando ovo e pode vasculhá-lo na escuridão da sepultura. Sua eficiência está bem caracterizada na sua definição; contribuir do ponto de vista médico para a elaboração, interpretação e aplicação das leis. O estudo da Medicina Legal é de real importância tanto para os operadores do direito quanto para os médicos.

Os primeiros devem ter conhecimento da matéria para principalmente, saberem pedir, formular os quesitos duvidosos e, muito mais, saberem interpretar os laudos periciais, isto é, aquilo que o médico respondeu. Para os médicos bastam conhecimentos mínimos básicos, doutrinários, não necessitam saber técnicas e métodos complicados que só interessam aos peritos, analistas, toxicólogos, sexologistas, etc.

A Medicina Legal é uma especialidade pluralista, por que aplica o conhecimento de diversos ramos da medicina as necessidades do direito. Mas é ciência e arte ao mesmo tempo. É ciência porque coordena e sistematiza verdades gerais em um conjunto ordenado e doutrinário; é arte porque aplica técnicas, métodos e táticas, que resultam na missão prática requerida, isto é, esclarecer a verdade.

A medicina legal inclui um vasto leque de serviços localizados na interface entre a prática científica e o direito, situando-se, atualmente, no âmbito da medicina social.

No passado, a medicina legal, apesar de integrar o currículo escolar das escolas médicas restringia-se, apenas, à Tanatologia. Na verdade, ao longo da história, sempre foi atribuído aos médicos o papel de prestar cuidados de saúde às pessoas doentes ou traumatizadas sem que se valorizassem certos aspectos fundamentais de natureza legal, sendo a recolha de vestígios de crimes ou a análise das consequências de casos de violência, por exemplo, frequentemente negligenciada. Esta falta negava, inadvertidamente, o direito à obtenção de meios de prova quando secundariamente aos ferimentos surgiam questões legais, quer fossem de natureza criminal, civil, do trabalho ou outras.

Entretanto, grandes mudanças se operaram no último século na nossa sociedade, vindo alterar a abrangência da medicina legal e restantes ciências forenses, nomeadamente no que se refere ao seu papel social. Entre estas mudanças destacam-se:

a) o aumento da violência voluntária (agressões, crimes sexuais, etc.) e involuntária (acidentes) que está na origem de inúmeras situações simultaneamente médicas e legais;

b) o desenvolvimento da ciência médica quer a nível dos cuidados de emergência (o que permite, cada vez mais, a sobrevida de pessoas à custa de sequelas graves), quer a nível tecnológico (o que obriga a repensar, em cada dia, a melhor solução para a readaptação e reintegração dessas pessoas);

c) a noção mais abrangente de saúde e do papel social do médico e da medicina, registrando-se alterações importantes no âmbito da reinserção social e dos modelos de atuação;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

d) o posicionamento do direito e da lei face à tomada de consciência sobre os direitos humanos;

e) o alargamento dos cuidados de saúde a toda a população e a extensão desses cuidados não só às ações assistenciais curativas ou paliativas, mas, também, às ações de prevenção da violência, surgindo a necessidade de desenvolver programas de prevenção fundamentados em estudos, cientificamente aprofundados, sobre este fenômeno.

Estes e outros fatos têm levado a que os médicos, bem como outros profissionais, sobretudo das ciências biológicas, sejam, cada vez mais, chamados a examinar e a pronunciar-se sobre situações variadas e por vezes de grande complexidade, relacionadas com questões de direito, seja do âmbito penal, civil, do trabalho, administrativo ou da família e menores.

Estas situações podem incluir, por exemplo, o estudo de casos mortais ou não mortais de situações de violência (colheita de vestígios; diagnóstico diferencial entre uma etiologia criminosa, acidental ou natural; definição das consequências temporárias e permanentes para a vítima de um traumatismo), a avaliação do estado de toxicodependência, a determinação do sexo, a identificação de corpos ou restos cadavéricos, a determinação da imputabilidade, o estudo da filiação, a pesquisa de drogas de abuso ou outros tóxicos em amostras biológicas, etc.

Esta complexidade e variedade de temas levou à necessidade de considerar a medicina legal como uma especialidade, capaz de formar e habilitar profissionais para o cumprimento de tarefas que exigem, além de conhecimentos e capacidades técnicas muito específicas, um grande rigor científico, uma atualização permanente e uma elevada capacidade de isenção e imparcialidade, de forma a não colocar em risco o interesse público, os direitos individuais e, portanto, a justiça.

De fato, o efeito dos pareceres médico-legais a nível do sistema judicial não pode ser menosprezado, podendo eles significar a diferença entre uma sentença de inocência ou culpa (punindo inocentes e deixando criminosos incólumes), entre uma indenização adequada ou uma injustamente atribuída.

Trata-se de uma ciência em constante expansão, o que implica que as suas matérias e métodos se adaptem às novas tecnologias, às descobertas científicas e, também, às mudanças sociais e do direito. O seu posicionamento privilegiado entre as ciências biológicas e o direito, confere a esta ciência uma perspectiva transdisciplinar e interinstitucional fundamental para a resolução de questões cada vez mais complexas que tocam a pessoa, enquanto cidadão, em todos os domínios do seu ser. Assim, no seu quotidiano, faz apelo às ciências e tecnologias não médicas, incluindo as ciências sociais. Ao mesmo tempo, deve preocupar-se com a assistência média sócio- jurídica para assegurar não só a garantia de certos princípios, mas, também, a melhor aplicação das normas do direito relativamente à normalidade das relações sociais e à proteção dos direitos individuais e coletivos, tendo em conta a integração do cidadão no seu meio social.

Desta forma, considera-se que compete à medicina legal, como ciência social, não só o diagnóstico do caso, mas, também, a contribuição, através da perícia, para a «terapêutica» das situações e, sobretudo, para a sua prevenção e reabilitação/reintegração/reinserção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda, comenta França:

> A Medicina Legal, no Brasil, mesmo ciente da incorporação de novas técnicas, do avanço da ciência e da contribuição multiprofissional, dispõe no campo pericial de um pequeno progresso, mediante a atuação de alguns setores públicos na criação, recuperação e aparelhamento dos laboratórios, nas instituições especializadas, e na reciclagem do pessoal técnico. Acredita-se que só com a total incorporação de tais recursos a sociedade resistirá ao resultado perverso de uma violência medonha que cresce e atormenta. Nada mais justo do que investir mais e mais na contribuição técnica e científica, dotando a administração judiciária de elementos probantes de transcendente valor no curso da apreciação processual, porque uma das funções do magistrado, entre tantas, é buscar a verdade dos fatos. No futuro, com certeza, irão ser usados todos esses formidáveis recursos científicos e tecnológicos disponíveis em favor da prova; como, por exemplo, a análise biomolecular, a bioquímica da detecção de drogas e até mesmo a energia nuclear, além dos modernos computadores, cintilógrafos e tomógrafos de ressonância magnética, como contribuição indispensável aos interesses de ordem pública e social. A Medicina Legal no campo experimental no Brasil ainda se mostra incipiente e tímida, mas começa a se desenvolver alguns focos de pesquisa nos centros acadêmicos de pós-graduação. No terreno doutrinário, em que a Medicina Legal contribui de forma mais eloquente no ajuste dos institutos do direito positivo, tudo ocorrerá a partir das solicitações mais concretas que essas formas de direito venham a fazer e da evolução do próprio pensamento médico-legal; assim, cada vez mais serão enfatizadas as questões ligadas à Engenharia Genética, como as dos animais transgênicos, clones humanos e terapia gênica ou, nos casos mais delicados da reprodução humana, em que se focalizam principalmente algumas indagações sobre a natureza jurídica e o destino dos embriões congelados. No aspecto pedagógico, a Medicina Legal brasileira já viveu dias mais iluminados, quando as cátedras eram regidas pelos grandes mestres, os quais criaram em torno de si eminentes discípulos e respeitáveis escolas. Hoje, com honrosas exceções, diante da desordenada e irresponsável criação de cursos médicos e jurídicos, recrutam-se profissionais sem nenhuma qualificação e intimidade com a matéria. Assim, essas cátedras estão muito a dever à nossa tradição e, certamente, se não houver um trabalho bem articulado na tentativa de recuperar tal prestígio, no futuro teremos a Medicina Legal ensinada num padrão muito distante de suas insupríveis necessidades. O exemplo disso é que muitas das Faculdades de Direito já têm esta disciplina como matéria optativa e, noutras, ainda pior: a disciplina não existe. Vai sendo ocupada por outras disciplinas de existência e utilidade duvidosas. Resta, disso tudo, a dúvida sobre a qualidade desses futuros profissionais que estão sendo formados. No que se refere ao ensino, é preciso valorizar a atividade docente e dotar o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> aparelho formador de condições para o ensino da Medicina Legal em caráter obrigatório, tanto em Direito como em Medicina, tendo sempre à frente dessas disciplinas profissionais qualificados e compromissados com esse projeto. Fazem-se também necessárias à criação e a ampliação dos cursos de especialização, de mestrado e de doutorado em Medicina Legal, não só como forma de qualificar o pessoal docente, mas também de recrutar outras vocações. O problema da pesquisa e da investigação de interesse médico-legal é ainda mais complexo, no qual devem ser focalizadas as disponibilidades para o setor. O interessante neste aspecto é sensibilizar as Universidades públicas e privadas em relação à contratação de pesquisadores, cuja tarefa seria a de possibilitar a produção científica de qualidade nesta área de concentração.

A Medicina Legal nacional desfruta da admiração e respeito do mundo, conforme ficou patenteado (1985) na perícia de determinação da identidade, por especialistas do IML de São Paulo e da Unicamp, do carrasco nazista Joseph Mengele, conhecido pelos prisioneiros de Auschwita como o "anjo da morte", cuja ossada foi encontrada sepulta em Embu, São Paulo.

A verdadeira nacionalização da nossa Medicina Legal e se deve à criação, por Raymundo Nina Rodrigues, de uma autêntica Escola brasileira da especialidade na Bahia, constituída, entre outros, por Alcântara Machado, Júlio Afrânio Peixoto, Leonídio Ribeiro, Oscar Freire e Estácio Luiz Valente de Lima, que originariamente "orientou a diferenciação da disciplina, dos seus métodos e da sua doutrina para as particularidades do meio judiciário, das condições físicas, biológicas e psicológicas do ambiente" (Geraldo Vasconcelos). E desde então sucederam-se sadiamente nas capitais brasileiras as escolas de Medicina Legal, interessando aos juristas, advogados, delegados de polícia, médicos, psicólogos e psiquiatras o conhecimento dessa disciplina, tal o grau de entrosamento que ela guarda com todos os ramos do saber.

Conclusão

A medicina legal tem ampla aplicação na ciência jurídica, seja ela penal, civil ou trabalhista, auxiliando na aplicação das leis e permitindo à justiça o cumprimento de seu mister social e constitucional. O Poder Judiciário, desde a fase de inquérito, indo para o setor processual e até no julgamento, necessita de provas estas realizar-se-ão com a colaboração dos peritos médicos legistas como auxiliadores da justiça.

A Medicina legal é frequentemente usada na prática forense, pois com as perícias realizadas pelos médicos legistas têm um valor probante indiscutível no auxílio do direito processual pela busca da sentença justa, que tenha como fundamento a verdade dos fatos e suas circunstâncias.

Referências

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal.** 33. ed., Rio de Janeiro/RJ: Freitas Bastos, 2003.

HÉRCULES, Hygino de Carvalho. **Medicina Legal – Texto e atlas**, 2. ed., São Paulo: Atheneu, 2014.

http://www.scribd.com/doc/3172953/MEDICINA-LEGAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O PACOTE ANTICRIME ACABA POR REVELAR MAIS AINDA A IMPORTÂNCIA DO DELEGADO DE POLÍCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO, DENTRO DO SISTEMA DE PERSECUÇÃO PENAL

JOAQUIM LEITÃO JUNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso. Atualmente Diretor Adjunto da Academia de Polícia da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. 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 Brasil1.

JOÃO GABRIEL CARDOSO

(coautor)*2*

O Delegado de Polícia tem função social relevante no ordenamento jurídico, não é à toa que na prática a Delegacia de Polícia é um dos primeiros lugares que o cidadão se socorre em casos mais extremos e que necessita de uma resposta estatal.

Essa função social foi, inclusive, enfatizada pelo Ministro aposentado Celso de Mello no julgamento do Habeas Corpus 84.548/SP3, quando afirmou que *"o Delegado de Polícia é o primeiro garantir da legalidade e da justiça".*

Alguns anos se passaram desde o julgamento do Habeas Corpus emblemático e surgiu a Lei nº 13.964/19, denominado de Pacote Anticrime. A legislação trouxe diversas alterações e dentre elas enfatiza-se a adoção ao sistema acusatório puro, que proíbe que o magistrado aja *ex officio* em determinadas situações para que não haja mácula em sua imparcialidade.

Para iniciar a discussão acerca do tema, importante se faz destacar a nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal que foi acrescentada pelo Pacote, que diz o seguinte:

1 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, palestrante, coautor de obras jurídicas, autor de artigos jurídicos, professor de cursos preparatórios para concursos públicos e é também integrante da Mentoria KDJ.

2É Delegado de Polícia no Estado do Ceará. Ex-servidor público federal da Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade de Ciências Wenceslau Braz. Autor de obra jurídica, autor de artigos jurídicos e professor universitário da Faculdade Ieducare. Aprovado em diversos concursos na área de segurança pública.

[3] Ministro Celso de Melo, STF, HC 84548/SP. Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgado em 21/6/2012.

> *"Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial."*

Observa-se que, diferentemente da redação anterior, o legislador não constou expressamente que o magistrado pudesse decretar a prisão preventiva *ex officio.* No entanto, mesmo com a redação expressa em não admitir a prisão preventiva pelo magistrado de ofício, o tema rende discussões no âmbito dos Tribunais Superiores e por isso a iniciativa em elaborar este trabalho.

Afinal, a redação inserida pelo legislador é constitucional? Ou se trata de mais uma letra morta prevista expressamente no ordenamento? A principal discussão que tem sido enfrentada pelos Tribunais Superiores consiste nas situações em que o magistrado recebe o Auto de Prisão em Flagrante Delito e tem que decidir pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Nesse caso estaria autorizado a converter a prisão em flagrante na prisão preventiva, *ex officio*, quando presentes os requisitos legais?

- Posição da doutrina

Nas lições de Renato Brasileiro de Lima, com o advento do Pacote Anticrime, não há que se admitir a conversão da prisão em flagrante em preventiva sem provocação da autoridade policial ou do Ministério Público. Neste sentido afirma o seguinte:

> *"toda a sistemática introduzida no CPP pela Lei n. 13.964/19 visam retirar do magistrado, seja ele o juiz das garantias, seja ele o juiz da instrução e julgamento, qualquer iniciativa capaz de colocar em dúvida sua imparcialidade. Logo, se ao magistrado não se defere a possibilidade de decretar uma prisão preventiva (ou temporária) de ofício na fase investigatória, não há lógica nenhuma em continuar a se admitir esta iniciativa para fins de conversão (CPP, art. 310, II). Afinal, ontologicamente, não há absolutamente nenhuma diferença entre a preventiva resultante da conversão de anterior prisão em flagrante e a preventiva decretada em relação àquele indivíduo que estava em liberdade" (LIMA, 2020, p.948).*

No mesmo sentido também são os ensinamentos de Anderson de Paiva Gabriel ao asseverar o que diz o novel art. 311, do Código de Processo Penal. Afirma o autor que:

> *"Ora, resta translúcido que a alteração legal busca inviabilizar que a prisão preventiva seja decretada pelo juiz sem prévio requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial (mencione-se, ainda, como hipóteses autorizadoras o requerimento do querelante ou do assistente)" (GABRIEL, 2020, p. 173).*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Desse modo, a doutrina tem sido firme em inadmitir a conversão da prisão em flagrante em preventiva *ex officio* pelo magistrado, haja vista a violação da literalidade do art. 311 do Código de Processo Penal.

- A divergência jurisprudencial do STJ e do STF sobre o magistrado agir de ofício na conversão da prisão flagrancial em prisão preventiva – que revela a importância de o Delegado de Polícia representar pela conversão da medida quando presentesseus requisitos e pressupostos

Logo após o advento do Pacote Anticrime, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça chegou a prolatar decisões de que seria admissível ao magistrado converter, de ofício, a prisão em flagrante em preventiva. No julgamento do Recurso em Habeas Corpus de nº 120.281/RO4, em 05/05/2020, a Quinta Turma chegou a afirmar que:

> *"O Juiz, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá, quando presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no artigo 310, II, do mesmo Código, não havendo falar em nulidade" (Grifo nosso).*

Posteriormente ao julgado da Quinta Turma, foi a vez da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça de enfrentar novamente a polêmica do assunto no Habeas Corpus de nº 583.9955, julgado em 17/09/2020. Nele a Sexta Turma chegou a diferenciar a prisão preventiva que é oriunda de uma decisão judicial sem a existência de conversão de prisão em flagrante, da decisão judicial que é fruto desta conversão. Em um dos trechos da decisão da Sexta Turma, o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz afirmou não ser possível que o magistrado decretasse, *ex officio*, a prisão em preventiva quando esta não fosse fruto da conversão do flagrante. Todavia, admitiu ser possível a decretação, independentemente de provocação ministerial ou da autoridade policial, em situações de conversão da prisão em flagrante em preventiva. Nas lições o Ministro Relator afirmou o seguinte:

> *"Não considero, assim, existir propriamente uma atividade oficiosa do juiz nesta hipótese, porque, a rigor, não apenas a lei obriga o ato judicial, mas também, de um certo modo, há o encaminhamento, pela autoridade policial, do auto de prisão em flagrante para sua acurada análise, na expectativa, derivada do dispositivo legal (art. 310 do CPP), que tocará ao juiz, após ouvir o autuado, de que adote uma das providências ali previstas, inclusive a de manter o flagranciado preso, já agora sob o título da prisão preventiva". (Grifo nosso).*

Logo após, o Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário ao da Quinta Turma no Recurso em Habeas Corpus de nº 120.281/RO6, posicionou-se pela impossibilidade de o

4 STJ, RHC 120.281/RO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 05/05/2020, DJe 15/05/2020.
5 STJ, Sexta Turma, HC 583.995/MG, Voto do Ministro Rogério Schietti Cruz, Julgado em 17/09/2020.
6 STJ, RHC 120.281/RO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 05/05/2020, DJe 15//05/2020.

magistrado converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. No julgamento do Habeas Corpus de nº188.8887, decidido em 06/10/2020, o Ministro Celso de Mello sustentou que:

> *"A Lei nº 13.964/19, ao suprimir a expressão "de ofício"' que constava do art. 282, §§2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio "requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação ex officio do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade".*

Alguns dias depois foi a vez da Quinta Turma no Habeas Corpus 590.039, julgado em 20/10/20208, decidir no mesmo sentido que a Suprema Corte. No julgado, a Quinta Turma mudou o seu posicionamento anterior e definiu que na prisão preventiva oriunda da conversão da prisão em flagrante o magistrado não pode decretar aquela *ex officio*, sob pena de violar o sistema penal acusatório. Em um dos trechos da decisão do Relator houve a afirmação de que *"as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)* excluíram *a possibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício pelo magistrado".*

Percebe-se que tanto a decisão do Supremo Tribunal Federal de relatoria do ministro Celso de Mello, quanto a da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça de relatoria do ministro Ribeiro Dantas têm demonstrado a importância do Delegado de Polícia em situações de prisões ocorridas em situações de flagrância.

A impossibilidade de o magistrado decretar de ofício a preventiva demonstra que se o Delegado de Polícia não observar o preenchimento dos requisitos legais para a prisão preventiva e que por ela represente, é possível que o responsável pela prática do crime tenha possibilidade de ser solto no momento de sua conversão, em razão denem sempre a audiência de custódia ocorrer no devido prazo legal ou de em determinadas situações o membro do Ministério Público poder se fazer presente, haja ou não motivo justificado.

- Das considerações finais

Do exposto, seguimos a opinião de que a melhor corrente a ser adotada pelos Tribunais Superiores é a que veda o magistrado agir de ofício por violar o sistema acusatório puro que foi instituído pelo Pacote Anticrime – embora não seja sob o axioma da justiça a melhor posição para nosso sistema, mas temos lei positivada a ser obedecida e um sistema que exige coerência. Além do mais, não se pode olvidar que essa corrente demonstra o brilhante papel social já destacado pelo Ministro aposentado Celso de Mello de o Delegado de Polícia ser o primeiro garantidor da legalidade e da justiça, e que ao observar o caso concreto tem a oportunidade de imediatamente lavrar a prisão em flagrante e de representar

7 STF, HC 188.888/MG, Rel. Ministro Celso de Mello. Julgado em 06/10/2020.
8 STJ, Quinta Turma HC 590.039/GO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 20/10/2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pela conversão da prisão flagrancial em medida cautelar de prisão preventiva do flagranteado quando observados os requisitos legais e pressupostos para tanto.

Referências bibliográficas:

GABRIEL, Anderson de Paiva. Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019. Organizador Renne do Ó Souza. 1ª edição . 1ª reimpressão, Belo Horizonte, São Paulo, D'Plácido, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único/ Renato Brasileiro de Lima- 8. Ed. rev.ampl. e atual. -Salvador: Ed. Juspodvm, 2020.

Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso em 25 de out. de 2020.

Site da Associação dos Magistrados Mineiros. Disponível em: https://amagis.com.br/posts/artigo-a-possibilidade-da-decretacao-da-prisao-cautelar-de-oficio-apos-o-pacote-anticrime Acesso em 26 de out. 2020.

Site CONJUR. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/flagrante-convertido-preventiva-pedido.pdf Acesso em 25 de out. de 2020.

Site CONJUR. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/flagrante-convertido-preventiva-pedido.pdf Acesso em 26 de out. 2020.

Site CONJUR. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-22/stj-declara-ilegal-conversao-preventiva-oficio-prisao-flagrante Acesso em 26 de out. 2020.

Site STJ. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=COL&sequencial=116984661&formato=PDF&formato=undefined Acesso em 26 de out. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A BUSCA POR EFETIVIDADE NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS POR MEIO DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS

PAULO HENRIQUE CORDEIRO DE LIMA: Técnico em Logística pelo Pronate. Graduando em Direito - 10º Período. Centro Universitário UNA. Experiência Profissional: Marcelo Tostes Advogados Associados - Cargos: Arquivista e Auxiliar Jurídico.

PEDRO HENRIQUE DE OLIVEIRA MARTINS

(coautor)[9]

Resumo: O artigo 139, IV do Código de Processo Civil de 2015, visando dar maior efetividade aos processos, conferiu poder aos Juízes para adotar nas execuções de títulos extrajudiciais e judiciais, medidas não tipificadas em lei que atuam diretamente sobre a vontade do devedor, coagindo-o ao cumprimento da obrigação. Entretanto, transcorridos cinco anos da inovação legislativa, ainda há insegurança jurídica quanto à aplicabilidade do referido dispositivo, vez que se trata de cláusula geral com conceito vago e indeterminado, o que para muitos juristas implica em terreno fértil para o cometimento de excessos pelos magistrados. Nesse sentido, pretende-se, por meio de técnica bibliográfica e jurisprudencial, apresentar alternativa para adequada aplicação de medidas coercitivas atípicas, como um efetivo meio de satisfazer a execução.

Palavras-chave: Execução. Medidas executivas atípicas. Responsabilidade patrimonial. Cláusula geral.

Abstract: The article 139, IV of the Code of Civil Procedure of 2015, aiming at making processes more effective, empowered Judges to adopt in the execution of extrajudicial and judicial titles, measures not typified by law that act directly on the debtor's will, coercing them compliance with the obligation. However, after five years of legislative innovation, there is still legal uncertainty as to the applicability of the said provision, since it is a general clause with a vague and indeterminate concept, which for many jurists implies fertile ground for the committing of excesses by magistrates. In this sense, it is intended, through bibliographic and jurisprudential technique, to present an alternative for the adequate application of atypical coercive measures, as an effective means of satisfying execution.

Key-words: Execution. Atypical executive measures. Patrimonial responsibility. General clause.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PRINCÍPIOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO; 2.1 O princípio da responsabilidade patrimonial; 2.2 O princípio da adequação; 2.3 O princípio do resultado; 2.4 O princípio da menor onerosidade; 2.5 O princípio da proporcionalidade e razoabilidade ; **3 ARTIGO 139, IV DO CPC/2015;** 3.1 O artigo 139, IV como cláusula geral processual executiva; 3.2 As sanções nas coerções atípicas e a constitucionalidade do artigo 139, IV do CPC/2015; 3.3 Casos concretos de adoção de medidas atípicas nas execuções pecuniárias **4 CRITÉRIOS PARA A ADEQUADA APLICAÇÃO DE MEDIDAS**

[9]Bachalerando em Direito pelo Centro Universitário Una Contagem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS; 4.1 A aplicação subsidiária das medidas atípicas; 4.2 A existência de indícios acerca da ocultação de bens; 4.3 A necessidade de requerimento da parte para o uso das medidas coercitivas atípicas; 4.4 A necessidade de contraditório prévio para a concessão das medidas atípicas 4.5 A necessidade de fundamentação da decisão que defere o pedido de aplicação de medidas atípicas **5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS**

1 INTRODUÇÃO

É comum o executado não querer pagar a dívida se utilizando de artifícios para frustrar a satisfação do direito do exequente. Blindando seu patrimônio a fim de dificultar a localização de seus bens para uma eventual penhora e expropriação, bem como não raras vezes ele mesmo se escondendo e tornando a execução prejudicada.

Ocorre que com o advento do Código de Processo Civil, surge uma esperança para os credores de obrigações pecuniárias. O artigo 139, inciso IV do diploma legal permite a utilização de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias não positivadas no ordenamento jurídico para garantir o cumprimento de ordem judicial, até mesmo para as execuções que visam o recebimento de dinheiro, modalidade executiva em que o presente estudo dará destaque.

Trata-se das chamadas medidas executivas atípicas, que derivam do poder geral de efetivação do juiz, previsto no art. 139, IV, do Código, cláusula geral que atribui poder ao julgador para a aplicação de meios necessários à satisfação da obrigação não projetados anteriormente no diploma legal.

A viabilidade de utilização de medidas atípicas em obrigações pecuniárias põe a execução dessas no mesmo nível das outras obrigações, e foi nessa direção, que começaram a surgir petições solicitando a aplicação de medidas restritivas de direitos, tais como a suspensão da carteira nacional de habilitação, apreensão do passaporte, cancelamento dos cartões de crédito, entre outras.

Entretanto, existe dúvida por parte da doutrina de que a aplicação do princípio da atipicidade das medidas executivas possa significar uma carta em branco para o magistrado, que a partir da regra, estaria livre para realizar qualquer tipo de arbitrariedade no intuito de satisfazer o direito do exequente.

O Julgador tem em mãos um mecanismo de extrema relevância, que lhe é conferido para dar mais efetividade às ações executivas. Todavia, esse mecanismo muitas das vezes se colide com princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, liberdade individual, bem como outros direitos elencados na CF 88.

Dessa forma, entende-se que é extremamente relevante a existência de critérios para a aplicação do artigo 139, IV do diploma legal, a fim de que a utilização de medidas atípicas pelos magistrados esteja sempre em harmonia com os preceitos constitucionais e processuais que delimitam o procedimento das ações executivas.

A pesquisa inicia-se com a exemplificação dos principais princípios norteadores do processo de execução, salientando-se seus respectivos sentidos e funções, compondo este

quadro os seguintes princípios: responsabilidade patrimonial, adequação, resultado, menor onerosidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Em seguida, o estudo tratará especificamente do artigo ora estudado, com a elucidação do conceito de cláusula geral no ordenamento jurídico, bem como a análise de casos concretos de adoção de medidas atípicas em ações executivas pecuniárias.

Por fim, o artigo trará diretrizes jurisprudenciais e doutrinárias para a adequada aplicação do artigo 139, IV do CPC nas ações executivas, assim como a opinião dos autores sobre o tema, trazendo ao leitor a proposta adequada para contornar a divergência de forma eficaz e concisa, a fim de que a aplicação de medidas atípicas esteja em conformidade e harmonia com as leis constitucionais e processuais.

2 PRINCÍPIOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Assim como na fase de conhecimento, a fase executória é pautada por princípios norteadores que servem como balizas hermenêuticas para garantia de um processo equânime entre as partes e em conformidade com os ditames constitucionais.

No presente capítulo, far-se-á análise dos principais princípios da execução que devem ser observados no momento da aplicação de medidas atípicas.

2.1 O princípio da responsabilidade patrimonial

O princípio da patrimonialidade assegura que os efeitos da execução sejam sempre reais, e nunca pessoais, significa dizer que não irão atingir a pessoa do devedor, e sim, o seu patrimônio, tendo em vista que o único objetivo do procedimento de execução é a satisfação da obrigação perquirida, não visando punir o devedor. Esta máxima encontra-se positivada na legislação processual civil, respectivamente no artigo 789[10], *in verbis*: "O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei."

E também na seara do direito material, no artigo 391[11] do Código Civil, *in verbis*: "Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor."

Dos citados artigos infere-se que os bens do devedor obtidos antes da instauração da execução e os adquiridos no curso do procedimento podem ser utilizados, ou seja, penhorados para pagar a dívida do executado, o que leva à conclusão de que é patrimonial[12] a execução civil dos títulos extrajudiciais e judiciais que se desenvolvem no direito brasileiro, mas nem sempre foi assim.

[10]BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 15 jun. 2020.
[11]BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em: 15 jun. 2020).
[12] É importante ressaltar que nem todos os atos executivos atuam exclusivamente sobre o patrimônio do devedor, e nem sempre apenas os seus bens estão sujeitos à execução, como por exemplo podemos citar a prisão civil quando constatado o inadimplemento de obrigação pecuniária alimentar, bem como a possibilidade de terceiros responderem pela dívida, como a hipótese do fiador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A antiga Lei das XII Tábuas estabelecia que em determinadas condições seria possível dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos fossem os credores ou, se assim esses desejassem, o devedor poderia ser vendido a um estrangeiro, a fim de obter a quantia necessária ao pagamento da dívida[13].

O caráter punitivo das penalidades aplicadas demonstrava claramente o sistema de justiça privada que vigorava no direito romano, situação que perdurou até a edição da Lex Poetelia Papiria, no ano de 326 a.C, quando o procedimento executório passou a atingir tão somente sobre o patrimônio, e não mais sobre a liberdade e a vida do devedor.[14]

Assim, tem-se que o processo de execução, assim como os demais ramos do direito, evoluiu no sentido de coadunar com a dignidade humana, liberdade, entre outros valores considerados indispensáveis para a humanidade, conforme aduz Neves[15].

> [...] a proibição de que o corpo do devedor responda por suas dívidas, reservando-se tal garantia a seu patrimônio, é vista como representação da humanização que o processo de execução adquiriu durante seu desenvolvimento histórico, abandonando gradativamente a ideia de utilizar a execução como forma de vingança privada do credo.

essa forma, tornou-se impedido a utilização de mecanismos corporais de execução, como seriam a prisão civil ou a redução do devedor à condição de escravo. Toda a atividade executiva (com raríssimas exceções, como a prisão civil do devedor de alimentos) passou, então, a incidir tão somente sobre bens que, integrando o patrimônio do executado, tenham valor econômico.

Por sua vez, cumpre salientar que existem limites a responsabilidade patrimonial do devedor, por meio das impenhorabilidades, tais como as disciplinadas no artigo 833 do CPC e na Lei 8.009/1990, que trata dos bens de família. Essas regras possuem amparo em valores constitucionais que visam proteger a dignidade mínima do devedor, evitando como por exemplo que o seu único imóvel, que lhe serve de moradia, venha a ser penhorado e alienado em eventual processo de execução.

Assim, percebe-se que a responsabilidade patrimonial pode ser vista como a "*sujeitabilidade do patrimônio de alguém às medidas executivas*"[16], e, em razão disso é que surgem as principais críticas às medidas executivas atípicas, considerando que estas atuam sobre a vontade do devedor, excepcionalizando a regra da patrimonialidade.

2.2 O princípio da adequação

[13] MEIRA, Silvio A.B. **A lei das XII tábuas: fonte de direito público e privado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.169.
[14] BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias**: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 184.
[15]NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 8. ed. Salvador: Jus Podivim, 2016, p.1784.
[16]BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. ***Fraudes patrimoniais e desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015***, cit.,p.22.

Como é sabido, os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida do possível, em conformidade com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Nesse cenário, de acordo com Alexy[17] (2015, p. 118 *apud*, BORGES, 2019, p. 328), a máxima da adequação decorre da "natureza dos princípios como mandados de otimização em face das possibilidades fáticas", da mesma forma assevera Ávila[18] (2015, p.208 *apud*, BORGES, 2019, p. 328) "exige o manejo de um meio eficiente à consecução do fim almejado".

Dessa forma, entende-se que o princípio da adequação, elencado no Art. 8º[19] do CPC/15, traduz a ideia de que os meios executivos empregados pelo credor no intuito de ter satisfeito seu direito, não necessariamente devem condizer ao bem-objeto da prestação devida, conforme exemplifica Borges[20]:

> O meio mais apropriado para o atingimento do fim perquirido não necessariamente guardará relação com a natureza da obrigação. A relação entre meio e fim não significa correlacionar o meio a ser utilizado e a origem da obrigação de pagar, exige-se, ao revés, afinidade entre o meio e a possibilidade de êxito na aplicação da medida.

Assim, se diante de um caso concreto em que, por exemplo, requer-se a aplicação de medida atípica para a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, mesmo que esta sanção não possua relação direta com o adimplemento da obrigação de pagar, ela poderá revelar-se como adequada a partir do momento em que se verifica no plano fático, que ela seria capaz de causar no devedor pressão psicológica hábil à realização do pagamento da dívida.

De outro modo, tome-se como exemplo um caso concreto em que o devedor, embora tenha licença para dirigir, não possui automóvel e não tem o hábito de guiar veículos de outras pessoas, porque prefere se locomover caminhando ou por meio do transporte coletivo. Este exemplo mostra que dificilmente tal devedor sinta-se compelido a adimplir a dívida em razão de coerção para a suspensão da CNH.

Por sua vez, para que seja aplicada a medida mais adequada, é necessária uma participação ativa do exequente, trazendo aos autos informações sobre o devedor que viabilizem esta constatação.

Entretanto, nada obsta que a aferição da adequabilidade da medida a ser adotada no caso concreto também possa ser constatada pelo próprio magistrado, por meio de um juízo de

---

[17]ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2015

[18]ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

[19] Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (BRASIL). **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.**Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

[20]BORGES, 2019, p. 329.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cognição prévio baseado em provas e indícios apresentado nos autos, de que o método escolhido é eficaz para a consecução do fim almejado, qual seja o adimplemento da dívida.

A título de exemplo, imagine-se um executado que habitualmente realiza postagens de fotografias, informações e opiniões nas redes sociais. Esse comportamento indica o quanto lhe é importante poder acessar essas mídias, por certo, o exequente trazendo estas informações perante o juiz, este poderá determinar que as empresas controladoras dessas plataformas sociais cancelem ou suspendam as contas do executado até o adimplemento da dívida, uma vez demonstrado que a medida tende a ser eficaz, logo, adequada.

Desse modo, percebe-se que a adequabilidade da medida atípica a ser adotada deve ser verificada a luz do caso concreto, a partir da análise de informações trazidas pelo exequente e daquelas verificadas pelo próprio órgão judiciário, ou seja, é possível antever, por meio da realização de um juízo de probabilidade, e não de certeza, o possível grau de eficácia da medida adotada[21].

2.3 O Princípio do resultado

O processo de execução, seja de título judicial ou extrajudicial, se desenvolve com um único objetivo; entregar ao exequente, dentro da maior brevidade possível, tutela idêntica a que lograria sem o processo.

Por ser esse o objetivo único da execução, fala-se também em princípio do desfecho único, tendo em vista que a única forma de prestação que pode ser obtida em tal processo é a satisfação do direito do credor, consoante explica Assis[22] :

> Toda execução, portanto, há de ser específica. Uma execução é bem sucedida, de fato, quando entrega rigorosamente ao exequente o bem da vida, objeto da prestação inadimplida, e seus consectários, ou obtém o direito reconhecido no título executivo (execução in natura). Este há de ser o objetivo fundamental de toda e qualquer reforma da função jurisdicional executiva, favorecendo a realização dos créditos e dos direitos em geral.

Dessa forma, a máxima do resultado se relaciona diretamente com a problemática da falta de eficácia nas execuções, considerando-se que na maioria das vezes os métodos convencionais de expropriação, mostram-se ineficazes face a blindagem patrimonial dos devedores, o que enseja na adoção de medidas não tipificadas em lei e que atuem diretamente na vontade do devedor, a fim de que este cumpra voluntariamente a obrigação.

Entretanto, obviamente, a máxima do resultado deve ser analisada em consonância com os ditames constitucionais, e também com os outros princípios da execução, a fim de que a aplicação de medidas atípicas seja balizada por parâmetros que respeitem direitos fundamentais do devedor.

[21] BORGES, 2019, p. 332.
[22] ASSIS, Araken de. Manual da execução. 18. ed. São Paulo: E, RT, 2016. p. 48.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.4 O Princípio da menor onerosidade

O princípio da menor onerosidade encontra-se positivado no artigo 805[23] do CPC,"Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. "traduz a ideia de que a execução deve se realizar do modo menos gravoso para o devedor, ou seja, O juiz deve conduzir a execução em busca da satisfação do credor, sem ônus desnecessários ao executado.

Nesta esteira, havendo uma pluralidade de meios idôneos e eficazes para a satisfação do direito do exequente, o juiz deve optar sempre pelo menos prejudicial ao devedor, rechaçando a hipótese de utilização de determinadas medidas, quando houver outras igualmente eficazes e menos gravosas, ou quando não restar devidamente provado o esgotamento dessas, nesse sentido já decidiu o TJMG:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - INDISPONIBILIDADE DE MATRÍCULA - **PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE**. A medida de anotação de indisponibilidade na matrícula de imóveis deve ser obstada em respeito ao princípio da menor onerosidade da execução quando, no cenário litigioso, não se pode concluir pela inexistência de outros meios igualmente idôneos à satisfação do crédito.v.v. Nos termos do art. 300, caput e 301 do CPC, a tutela de urgência cautelar será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o risco ao resultado útil do processo e pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito. A princípio, não prospera a tese de ausência de exigibilidade, se não verificada a pactuação de termo no contrato, o que deverá ser objeto de ampla cognição nos embargos à execução opostos. Não demonstrada e sequer alegada a existência de bens suficientes à satisfação da execução e que inexiste risco ao resultado útil do processo, deve ser mantida a tutela de urgência cautelar de averbação de indisponibilidade na matrícula do imóvel. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0019.16.002816-3/001, Relator(a): Des.(a) Valéria Rodrigues Queiroz , Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Octávio de Almeida Neves , 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/05/0020, publicação da sumula em 27/05/2020)

Entretanto, cumpre salientar que quem deverá demonstrar qual o meio menos gravoso é o devedor, se ele não demonstrar a existência de tais meios, não impedirá a possibilidade de ser utilizado o mais gravoso, ou seja, a mera alegação de que a medida é excessiva não enseja na sua ilegalidade.

Nesse sentido ensina Marcelo Abelha[24]:

[23]BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 17 jun. 2020).
[24]ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.60.

> Portanto, ratificando, esse princípio (menor gravosidade possível da execução) deve nortear a realização da tutela executiva justamente porque não é justo nem legítimo submeter o executado (seu patrimônio) a uma situação de maior onerosidade do que a que seria indispensável para a satisfação do direito do exequente. Por outro lado, é importante deixar claro que esse princípio não autoriza que o executado possa dele se valer para trazer alegações metajurídicas do tipo: a execução é absurda; ficará na penúria; o credor não precisa do dinheiro etc. Enfim, as mazelas da vida não devem ser suportadas pelo exequente

Ainda, outras previsões são feitas no código processualista que remetem a máxima da menor onerosidade, tal como o artigo 891[25] do CPC, que visa impedir a realização de atos expropriatórios que onerem excessivamente o devedor, vejamos:

> Art. 891. Não será aceito lance que ofereça preço vil.
>
> Parágrafo único. Considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação.

Por fim, impende salientar que, assim como os demais princípios da execução, a menor onerosidade do devedor não deve ser interpretada isoladamente pelo Juiz quando na aplicação de medidas executivas, devendo esta máxima ser analisada conjuntamente, a luz das circunstâncias do caso concreto, aos demais princípios executivos, a fim de que seja adotada a medida menos gravosa ao devedor, mas que ao mesmo tempo seja eficaz a consecução do fim almejado, qual seja a satisfação do direito do credor.

2.5 O princípio da proporcionalidade e razoabilidade

O Código de Processo Civil 2015 consagrou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma expressa no art. 8º[26] do Código de Processo Civil 2015:

> **Art. 8º**: Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Quanto à proporcionalidade, significa dizer que o magistrado deve realizar um juízo de valoração, não apenas positivo, ou seja, se a medida escolhida atingirá o fim a que se destina e se ela é a menos prejudicial ao devedor, mas, também um juízo negativo, com o intuito de aferir como a não utilização de uma medida executiva impactará o direito fundamental do credor à tutela executiva.

---

[25]BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 17 jun. 2020).

[26]BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 17 jun. 2020)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como exemplo da proporcionalidade, imagine-se a medida atípica que determina a restrição do uso de passaporte do devedor, esta medida afeta diretamente o direito fundamental da liberdade, todavia, ela busca atender o direito fundamental à efetividade da jurisdição. Logo, diante do caso concreto o juiz deverá sopesar os direitos fundamentais colidentes, levando em consideração os outros princípios estudados, quais sejam a menor onerosidade e a adequação, a fim de decidir da forma mais justa às partes.

Com efeito, verifica-se que a proporcionalidade mira o equilíbrio, conforme explica Guerra [27] (2003, p. 92 *apud* BORGES, 2019, p. 336), "impõe uma avaliação global da situação, na qual se faça uma correspondência jurídica entre meios e fins, no sentido de se estabelecer vantagens e desvantagens do emprego dos meios, à luz de outros fins envolvidos na questão."

Por sua vez, a razoabilidade visa a proibição de excessos, estabelecendo-se um núcleo rígido e inviolável de direitos fundamentais, o qual não poderá sofrer nenhum tipo de invasão ou restrição, independente da finalidade almejada, nesse sentido exemplifica Borges[28]:

> A título de exemplificação, imagine-se a hipótese em que o órgão julgador, sob o manto da cláusula geral das medidas atípicas – desejando de todo e qualquer modo a realização do pagamento da dívida – determina que o devedor não poderá sair para fora dos limites geográficos do município em que reside, sob nenhuma conjectura. Nesse caso, a justificativa de que se está prezando ou buscando a realização do direito fundamental à tutela executiva perde qualquer razão. Em verdade, não há sequer como realizar um sopesamento entre os direitos fundamentais envolvidos porque um deles – a liberdade – já foi excessivamente afetado em seu núcleo mais íntimo e inviolável.

Ainda, cumpre salientar que a proporcionalidade e a razoabilidade podem ser alegadas em qualquer momento do processo, inclusive na execução, quando for necessário um juízo de ponderação entre o método escolhido para garantir a efetividade da execução e o princípio da menor onerosidade da execução, sendo necessária nessa situação a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para solucionar o conflito.

Com tais considerações, é possível afirmar que a medida adotada deve respeitar tanto a proporcionalidade como a razoabilidade, sendo indispensável à análise do caso concreto para fundamentar a aplicação ou não de determinada medida.

3 A ANÁLISE DO ARTIGO 139, IV DO CPC/2015

O artigo 139, IV do Código de Processo Civil inaugurou uma nova fase no procedimento executivo brasileiro. O alcance e, por conseguinte, os limites da sua aplicação ainda estão sendo modelados pela doutrina e pela jurisprudência. Apenas o tempo e o uso forense afirmarão o acerto ou o desacerto da previsão.

[27] GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, São Paulo: E. RT, 2003.
[28] BORGES. 2019, p. 338.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste capítulo, primeiramente será analisado o artigo 139, inciso IV do CPC/2015 como cláusula geral processual executiva, discorrendo acerca das consequências desta interpretação para o sistema.

Após, o capítulo tratará das principais sanções atípicas utilizadas em juízo, e da constitucionalidade do artigo em comento.

Ao final, serão apresentados argumentos favoráveis e desfavoráveis, apontados pela doutrina, para a aplicação de medidas atípicas nas obrigações que visem o cumprimento de obrigação de pagar, bem como a análise de casos concretos que envolvem o tema.

3.1 O artigo 139, IV como cláusula geral processual executiva

cláusula geral no ordenamento jurídico tem por finalidade dar ampla interpretação a norma, o qual o juiz possa adequá-la ao caso concreto, utilizado obviamente, de seu conhecimento técnico jurídico e observando sempre a conveniência, bom senso e proporcionalidade, de modo que possa atender a diversidade e imprevisibilidade das relações cotidianas.

Eduardo de Avelar Lamy explica que a presença das cláusulas gerais "se justifica em razão do aumento da complexidade social havido nos últimos séculos que impossibilitou aos códigos cumprirem, sozinhos e detalhadamente, missão de regular todas as ricas e diversificadas hipóteses geradoras de lide". Assim, a inserção desses conceitos vagos na legislação objetiva, "de forma operativamente eficaz, complementar o texto legal e possibilitar interpretar-se o sentido do conceito vago de forma adequada a cada caso concreto" [29].

Ao se interpretar o artigo 139, IV do CPC/15, tem-se que não se trata apenas de uma norma objetiva e concisa, mas de algo abrangente, abdicado de especificidade e dotado de amplo contexto, o qual oferece ao julgador a possibilidade de adotar medida mais adequada, induzindo o adimplemento da mora a fim de efetivar a obrigação do devedor para com o credor, condizente a prestação em pecúnia.

Por outro lado, além de divergências, essa autonomia pode levar a certa insegurança jurídica, afinal, nem todas as normas são passíveis de tal abrangência.

Assim, é necessário o equilíbrio, de modo que essa liberdade não extrapole os limites legais na aplicação da norma, valendo-se dos preceitos fundamentais e norteadores do dispositivo e do princípio da proporcionalidade.

Neste contexto explica Borges[30]:

> a aplicação da cláusula geral processual no campo executivo, deve ocorrer sem se desprender dos limites impostos à aplicação de uma cláusula aberta, em especial: (a) a verificação da existência e a

[29] LAMY, Eduardo de Avelar. **Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da arguição de relevância?** In: LAMY, Eduardo de Avelar (Org). **Ensaios do processo civil**. São paulo: conceito editorial, 2011. V. 1, p. 75.
[30] BORGES, 2019, p. 92.

> consideração de norma específica regulamentando o meio executório aplicável prioritariamente a cada procedimento executivo; (b) a imprescindibilidade de substancial fundamentação, em especial quanto à justificativa para o emprego do meio executório escolhido; (c) a necessidade de cotejo entre as consequências da aplicação da medida e as peculiaridades do caso concreto, por meio da regra da proporcionalidade

Contudo, conforme aduz o autor, se faz de extrema necessidade verificar todos os requisitos norteadores para aplicação da cláusula geral executiva, quais sejam a verificação da existência, considerando a norma específica, de modo que se tenha um parâmetro inicial para aplicação das medidas coercitivas; a fundamentação quanto ao emprego do meio executório, para que seja sanada qualquer discussão acerca da aplicabilidade da norma e o uso da proporcionalidade em sua aplicação, para que assim seja verificada as peculiaridades a cada caso concreto e assim, aplicar a norma adequada para tal.

3.2 As sanções nas coerções atípicas e a constitucionalidade do art. 139, IV do CPC/2015.

Quando se fala em sanção logo se vem a ideia de punição e pena, no entanto a sanção executiva vai mais além do caráter punitivo, no qual tem como principal objetivo efetivar a execução por meio da coerção, forçando o executado a efetuar o pagamento da dívida por ameaça de uma pena.

Sendo assim, pode-se aludir que o principal objetivo da sanção executiva é o cumprimento da obrigação em si, sem que precise alcançar a punição.

Algumas sanções tomaram forma no processo de execução para dar mais efetividade às prestações pecuniárias, e por não estarem expressamente previstas no texto legal, são chamadas de atípicas. Entre elas, as mais utilizadas são: suspensão da CNH; apreensão de passaporte; bloqueio de contas e bloqueio de cartões de crédito. Estas que são objeto de muitas discussões e críticas conforme observa-se no decorrer deste artigo.

Ao questionar a constitucionalidade das coerções atípicas, deve-se primeiro conhecer a real natureza dessas medidas e sua principal finalidade. Francesco Carnelutti afirma que as medidas coercitivas devem ser analisadas sob a ótica da sua função, pois "o mal se inflige não apenas porque se desobedeceu ao mandato, mas além disso, para que seja obedecido"[31]. Sendo assim, tem-se a ideia de que "a medida coercitiva tem finalidade satisfaciente e não aflitiva"[32].

O principal argumento dos doutrinadores contrários às medidas atípicas no processo de execução se baseia na inconstitucionalidade dessas medidas ao ferir princípios

[31] CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2000. V. 1, p. 290.
[32] CARNELUTTI, 2000. V. 1, p. 290.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fundamentais da Constituição Federal, mais especificamente, o direito de liberdade previsto no art. 5º, LIV, da CF/1988[33]:

> LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

E o direito de locomoção previsto no artigo 5º, XV, da CF/1988[34],

> XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

No entanto, levando em conta a própria essência das cláusulas gerais, qual seja a indeterminação de resultados por meio de coerção para que seja satisfeita a execução, não se pode pensar no art. 139, IV do CPC/2015 como inconstitucional, sob pena de aludir que todas as demais cláusulas gerais seriam inconstitucionais.

Sendo assim, pode-se entender o dispositivo como método para se alcançar o fim, tendo em vista o não cumprimento da obrigação pelo devedor, e não apenas em um ato punitivo. Todavia, sempre observando os princípios norteadores do processo de execução.

Não obstante, a constitucionalidade do dispositivo pode ser afrontada também por garantias fundamentais. Nesse contexto, Alexandre Freitas Câmara explica que "a constitucionalidade do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 provém de sua compatibilidade com dois princípios constitucionais: princípio da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º XXXV) e o princípio da eficiência (art. 37)"[35].

Sendo assim, ainda é possível aludir o próprio texto legal para dar fundamentação ao dispositivo, tendo em vista que o objetivo desses princípios é garantir autonomia ao juízo para dar maior efetividade no julgamento dos processos.

3.3 Casos concretos de adoção de medidas atípicas nas execuções pecuniárias

Por fim, este último tópico do capítulo traz alguns casos concretos das medidas atípicas no processo de execução, para que assim se possa alinhar ao estudo do artigo 139, IV do CPC/15 e fazer as devidas reflexões acerca do tema.

O bloqueio de CNH é um dos métodos atípicos aplicáveis no processo de execução, no entanto há muita divergência quanto a sua aplicabilidade por ferir princípios constitucionais e do próprio CPC, neste sentido o TJMG decidiu que:

---

[33]BRASIL. Constituição da república Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf Acesso em: 17 jun. 2020.

[34]BRASIL. Constituição da república Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf Acesso em: 17 jun. 2020.

[35]CÂMARA, Alexandre Freitas. **O principio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC.**In, DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MINAMI, marcos Y.; talamini, Eduardo (Org). Grandes temas do novo CPC: atipicidade dos meios executivos, cit., p.234.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEDIDA COERCITIVA - SUSPENSÃO DE CNH - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 139, INCISO IV DO CPC - OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DA MENOR ONEROSIDADE - PRECEDENTES DO STJ.
> - O artigo 139, IV do CPC permite que o magistrado adote as medidas coercitivas, mandamentais, indutivas e sub-rogatórias cabíveis ao cumprimento da obrigação.
> - "No tocante à ofensa ao artigo 139, inciso IV, do CPC, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que as medidas atípicas de satisfação do crédito não podem extrapolar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo-se observar, ainda, o princípio da menor onerosidade ao devedor, não sendo admitida a utilização do instituto como penalidade processual.". (AgInt no AREsp 1495012/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, DJe 12/11/2019).
> - No caso em exame, não se vislumbra em que medida pode ser efetiva a suspensão da CNH ou do passaporte da parte agravada para que ele se sinta compelido a pagar a dívida, o que afasta a proporcionalidade e razoabilidade da medida.36

Em contrapartida, algumas jurisprudências versam em torno da aplicabilidade das medidas atípicas utilizando do argumento da boa-fé processual, o qual afasta completamente a aplicabilidade de medidas expropriatórias a fim de evitar fraudes e efetivar o cumprimento da obrigação.

Neste sentido o TJPR entendeu que:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS – INSURGÊNCIA DA PARTE EXEQUENTE – POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS NECESSÁRIAS À CONSECUÇÃO DO SEU FIM – ART. 139, INC. IV, DO CPC/15 – ENUNCIADO Nº 48 DA ENFAM – SISTEMÁTICA APLICÁVEL APENAS AO CHAMADO "devedor profissional" que, possuindo condições financeiras, consegue blindar seu patrimônio contra os credores-elementos indiciários no sentido de que o padrão de vida e negócios realizados pelo devedor se contrapõem à uma possível situação de penúria financeira – evidente má-fé do comportamento adotado pelo devedor – ausência de atendimento aos comandos judiciais – suspensão da CNH e do passaporte até o parcelamento/pagamento da dívida ou cabal comprovação da efetiva impossibilidade financeira e da incontestável necessidade de exercício

36 TJMG. Agravo de Instrumento. Cv 1.0145.08.437333-4/003, Relator(a): Des.(a) Juliana Campos Horta , 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/06/2020, publicação da súmula em 23/06/2020. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/. Acesso em: 17 jun. 2020.

> dos direitos ora suspensos temporariamente – impossibilidade de cancelamento dos cartões de crédito – instituição financeira que possui liberdade contratual, não podendo o poder judiciário imiscuir-se nas relações contratuais particulares. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.37

Contudo, confirmando o que foi apresentado no decorrer do capítulo, são constantes as divergências jurisprudenciais, nos casos apresentados, o TJMG entendeu que foram desproporcionais e arbitrárias as medidas atípicas aplicadas ao caso, ferindo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por sua vez, o TJPR foi mais afundo admitindo a aplicação das medidas argumentando a má-fé processual para fraudar o processo, admitindo, pois, o procedimento atípico como forma coercitiva extrema e necessária para que se possa alcançar o cumprimento da obrigação.

É preciso analisar com muita cautela o artigo 139, IV do CPC/15, analisando cada caso em separado, tendo consciência de que cada um precisa de sua devida adequação e aplicabilidade, visando sempre os princípios processuais e o devido processo legal.

4 Critérios balizadores para a adequada aplicação de medidas atípicas nas execuções pecuniárias

Uma vez devidamente explanadas as nuances que envolvem o tema, resta agora apontar caminhos para a adequada aplicação de medidas coercitivas atípicas. Para tanto, o presente capítulo tem por objetivo a delimitação de critérios balizadores para o uso das medidas em comento, correlacionando esses critérios com os princípios ora estudados. Para tanto, foram utilizadas dezenas de obras doutrinárias que abordaram de forma direta ou indireta o tema, bem como análise da jurisprudência.

4.1 A aplicação subsidiária das Medidas Atípicas

Considerando a excepcionalidade das medidas atípicas, a subsidiariedade aduz a ideia de que estas só poderão ser utilizadas no procedimento executivo de forma secundária, ou seja, após esgotadas as tentativas de atingir o cumprimento da obrigação pelos meios típicos. Nesse sentido, esclarece Abelha[38]:

> Isso implica reconhecer que tais medidas (atípicas) só poderiam brotar no procedimento executivo como reforço, retaguarda, auxílio, e, por isso mesmo, secundariamente à utilização dos meios executivos típicos (coercitivos ou sub-rogatórios) previstos pelo legislador para esta modalidade de execução, seja no cumprimento de sentença, seja no processo de execução.

37 TJ-PR. AI: 16160168 PR 1616016-8 (Acordão), Relator: Themis Furquim Cortes, Data de Julgamento: 22/02/2017, 14ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1983 07/03/2017. Disponível em: https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/436574022/agravo-de-instrumento-ai-16160168-pr-1616016-8-acordao. Acesso em: 17 jun. 2020.

[38]ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

No mesmo sentido, Thiago Rodovalho[39] entende pela necessidade de esgotamento prévio das medidas típicas para que sejam adotadas as medidas atípicas, vejamos:

> [...] a primeira premissa é justamente a de que a atipicidade dos meios executivos não se consubstancia na "prima ratio", é dizer, a regra ou a primeira medida a ser invocada. Muito ao revés, a regra do nosso sistema continua a ser o da tipicidade dos meios executivos, só que agora temperado pelo sistema atípico. Ou seja, e aqui reside a primeira premissa, os meios atípicos não são a "prima ratio", e, sim, a "última ratio", é dizer, esgotados e frustrados os meios executivos típicos e ordinários, pode-se, em tese, valer-se do sistema atípico.

A subsidiariedade como critério é uma forma de gerar segurança jurídica nas execuções, funcionando como freio para o uso desmedido e excessivo do artigo 139, IV do CPC.

Entretanto, entende-se que esse critério possa ser mitigado quando restar evidenciado no caso concreto a relativa presunção de ineficácia das coerções típicas, concomitantemente a presunção relativa de eficácia das medidas atípicas, o que correlaciona diretamente com o princípio da adequação já estudado e com o critério da "suspeita de ocultação" que será abordado a seguir.

4.2 A existência de indícios acerca da ocultação de bens

A famosa "blindagem patrimonial" consiste em técnicas e estratagemas utilizados pelos executados para evitarem que seus bens sejam alcançados pela execução. Significa dizer que é quando o devedor possui bens hábeis ao cumprimento da obrigação, mas propositalmente os esconde, a fim de evitar o adimplemento da dívida.

Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves40 entende que antes de deferir a aplicação de medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias, deve haver "a existência no processo de indícios de que o cumprimento da obrigação é possível, sendo a inadimplência uma opção consciente e programada do executado".

Dessa forma, entende-se que para ser caracterizada a suspeita de ocultação de bens do devedor, não basta saber que o executado possua dinheiro e patrimônio para o pagamento da dívida, mas também que este esteja realizando manobras a fim de se esquivar da obrigação, frisando que quem deve trazer tais informações aos altos é o próprio exequente, conforme lição de Borges[41]:

---

[39]RODOVALHO, Thiago. **O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos**. 2016. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016. Acesso em: 20 jul. 2020.

40 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC**. Revista de processo nº265. São Paulo. 2017. Pág 103.

[41]BORGES, 2019, p. 304.

> Cabe ao exequente esclarecer e comprovar que a realidade retratada pelo executado é simulada. De certo modo, ruma-se contra a "verdade dos autos" e, então, a demonstração de situação diversa – ou seja, que o que consta nos autos não corresponde à "verdade do mundo real" – caberá ao interessado, no caso, repita-se, o exequente. Por isso, assim como é ônus do credor o requerimento expresso e a demonstração de que a coerção pleiteada tem o condão, *in concreto*, de efetivamente compelir o devedor, também é sua incumbência demonstrar, ainda que por meio de indícios, que esse devedor possui dinheiro ou patrimônio ocultado e que a sua condição de insolvência nos autos é simulada.

Por sua vez, para viabilizar a descoberta da conduta antijurídica do executado de blindar o seu patrimônio, o exequente dispõe de inúmeros meios lícitos de pesquisas e de investigações extrajudiciais, bem como a utilização de requerimentos na própria execução para o juízo determinar que terceiros prestem informações sobre o devedor. A licitude e o respeito a determinadas garantias constitucionais do devedor são os limites do credor nessa empreitada.

4.3 A necessidade de requerimento da parte para o uso das medidas coercitivas atípicas

Um dos argumentos que ampara a ideia de requerimento da parte exequente como requisito para o uso das medidas atípicas, reside no caput do artigo 797 do CPC/2015, que dispõe que "realiza-se a execução no interesse do exequente". Desse modo, se isso é válido para o uso de meios típicos, logicamente também será cabível para os meios atípicos.

O segundo argumento consiste na própria subsidiariedade das medidas atípicas. Como explanado, o uso das referidas medidas possui aplicabilidade residual, sendo somente utilizadas após esgotados as tentativas de cumprimento da obrigação pelos meios expropriatórios típicos e, por conseguinte, é o exequente/credor quem deverá demonstrar a necessidade de sua utilização. Nesse sentido explica Borges[42]:

> O afastamento do sistema posto em Lei como principal, ou seja, o desvirtuamento dos meios típicos, então, requer argumentos, provas e, por óbvio, requerimento do interessado. Assim, diante de uma execução pecuniária cujos meios tipicamente previstos se mostram insuficientes, espera-se do credor argumentação e comprovação da insuficiência, bem como pedido expresso, devidamente fundamentado, para a aplicação das coações atípicas.

O terceiro e último argumento advém da responsabilização do exequente para com os riscos da execução, ou seja, em eventual propositura de execução injusta, ou ulterior prolação de sentença declaratória de inexistência de título, o credor/exequente será responsabilizado objetivamente pelos danos causados ao devedor, tais como averbação premonitória, despesas processuais entre outros. Logo, não é justo imputar a alguém que não pediu uma medida o ônus de reparar os danos dela decorrentes.

[42] BORGES, 2019, p. 251.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.4 A necessidade de contraditório para a concessão das medidas atípicas

O processo de execução se diferencia do processo de conhecimento no que se refere ao procedimento, vez que no primeiro há a certeza do crédito oriundo de um título executivo, enquanto no segundo busca-se primeiramente descobrir quais das partes possuem o direito material em litígio, para apenas posteriormente adentrar na fase executória.

Logo, não há igualdade processual entre as partes, o que há é a busca da satisfação do direito de uma delas, e justamente por isso o contraditório no processo de execução não tem a mesma intensidade do contraditório no processo de conhecimento, sendo permitido ao magistrado conhecer de ofício questões que não foram objeto de manifestação das partes.

No que se refere à adoção de medidas coercitivas atípicas, entende-se pela necessidade de contraditório prévio por dois motivos, o primeiro pelo fato de se tratar de medida que atua sobre a vontade do devedor e, em razão disso perfaz-se necessário, primeiramente, ameaçar o devedor de uma possível piora na situação, coagindo-o ao pagamento, nesse sentido esclarece Borges[43]:

> Pode-se afirmar que o contraditório prévio é da essência da coerção na medida em que se almeja o cumprimento da determinação e não a aplicação da sanção. Até mesmo porque "a simples perspectiva de acolhimento, por parte do juiz, de uma medida atípica de coerção [...] já é capaz de influir na vontade do devedor de cumprir a obrigação".

O segundo argumento reside no fato de que as medidas coercitivas atípicas atuam sobre direitos fundamentais, tais como a liberdade de ir e vir. Porquanto, necessária a ciência prévia do executado acerca da sua possível aplicação, vez que os direitos afetados são de ordem constitucional, isto é, possuem maior proteção quando comparados com os demais direitos, o que por fim justifica a intimação prévia do executado.

Assim, tem-se que é necessário que o executado seja intimado previamente a aplicação de eventuais medidas não tipificadas no ordenamento jurídico, seja pela natureza coercitiva da obrigação, seja pela importância do direito afetado.

4.5 A necessidade de fundamentação da decisão que defere o pedido de aplicação de medidas atípicas

Fundamentar uma decisão é essencial para que as partes possam compreender quais fatos foram considerados ou ignorados, quais os argumentos preponderavam, e sobretudo, qual o motivo de a controvérsia ter sido decidida pelo magistrado em determinado sentido. Sob uma perspectiva mais ampla, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais advém da ideia de segurança e coerência jurídica.

No que se refere especificamente à aplicação de medidas atípicas, percebe-se a relevância deste critério, vez que é na fundamentação da decisão que defere ou indefere o uso

[43] BORGES, 2019, p. 266

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

das medidas ora estudadas que será possível analisar se foram devidamente observados os princípios balizadores estudados, bem como os demais critérios indicados neste capítulo.

Nessa perspectiva, Daniel Amorim Assumpção Neves, especificamente ao abordar o tema das medidas atípicas, salienta que a fundamentação da decisão deve ser completa e exauriente, devendo o magistrado "revelar porque entende que as medidas são adequadas e suficientes, atendendo no caso concreto os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade"[44].

Por fim, cumpre destacar que a maioria dos julgados sobre o tema em apreço adverte sobre a necessidade de fundamentação das decisões. Nesse sentido, destaca-se a decisão colegiada do Superior Tribunal de Justiça[45] que decidiu pela desconstituição da medida executiva consistente na apreensão de passaporte do devedor, tendo como um dos fundamentos para tal, a não observância do presente critério pelo magistrado de primeiro grau.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo apresentou os principais princípios que norteiam o processo de execução, conceituando-os e exemplificando como estes devem ser observados pelo Juiz ao aplicar medidas atípicas, bem como em que circunstâncias eles podem ser mitigados na adoção das referidas medidas.

Abordou-se, as principais questões acerca do artigo 139, IV do CPC como cláusula geral, discorrendo acerca de sua constitucionalidade e analisando alguns argumentos doutrinários favoráveis e desfavoráveis sobre a sua aplicabilidade.

Ainda, foram fixados critérios balizadores para a adequada e segura utilização de medidas atípicas, quais sejam: (a) subsidiariedade; (b) suspeita de ocultação de bens do devedor; (c) necessidade de requerimento da parte; (d) contraditório prévio e (e) fundamentação da decisão que defere as medidas.

Como se demonstrou ao longo do presente artigo, o CPC avançou em direção à atipicidade da tutela executiva, ao estabelecer em seu artigo 139, IV, que o magistrado está autorizado a lançar mão de medidas não tipificadas em Lei a fim de assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas execuções que visem o recebimento de dinheiro.

Ocorre que, no Estado Democrático de Direito é incabível que estas medidas sejam adotadas sem quaisquer limites ou critérios. Do contrário seriam inconstitucionais, pois violariam direitos e garantias previstos na Lei maior.

Outrossim, ao utilizar uma medida atípica como meio de execução pecuniária, é necessário verificar todas as excepcionalidades do caso, de modo a não comprometer garantias constitucionais.

[44] NEVES, 2017, v. 265, p. 150
[45] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* 2018/0104023-6, relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, j. 05.06.2018.

Logo, as medidas atípicas devem ser usadas sempre de forma subsidiária, desde que esgotadas todas as possibilidades de execução, observando o princípio da medida menos onerosa ao devedor. Não obstante, deve-se garantir o direito de satisfação da dívida ao credor, para tanto os princípios da adequação e resultado resguardam a aplicabilidade da medida coercitiva atípica, no qual deve-se utilizar do meio mais conveniente e oportuno para que o credor tenha sua prestação efetivada.

Algumas medidas atípicas foram destacadas no presente artigo, como suspensão da CNH, busca e apreensão de passaporte, bloqueio de contas e bloqueio de cartões de crédito, as quais tornaram objeto de intensa discussão quanto a sua constitucionalidade.

No entanto, para discutir a constitucionalidade destes meios é necessário analisar a natureza do método atípico na execução, qual seja a excepcionalidade, subsidiariedade, conveniência e efetividade.

Ademais, tendo verificado todos os elementos balizadores para a adequada aplicação de medidas atípicas nas execuções pecuniárias, tem-se que a necessidade de sua aplicação supera qualquer indício de inconstitucionalidade da norma. Sendo que, a finalidade da aplicação dos métodos, não tem natureza definitiva e punitiva, mas satisfaciente, tendo em vista o direito do credor em ter a prestação que lhe é devida, adimplida.

Diante desse contexto, entende-se que as medidas atípicas são sim mecanismos que devem ser utilizados pelo judiciário para o cumprimento de suas ordens. Contudo, devem ser observados os limites e critérios apontados ao longo do trabalho, a fim de se evitar excessos e arbitrariedades por parte do judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2015

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18. ed. São Paulo: E, RT, 2016.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias**: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Constituição da republica Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em: 15 jun. 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 15 jun. 2020).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus 2018/0104023-6*, relator Ministro de Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, j. 05/06/2018. Disponível em:

https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/611423833/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-97876-sp-2018-0104023-6

BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. **Fraudes patrimoniais e desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015**. 1º edição. Revistas dos Tribunais. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O principio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos:** lendo o art. 139, IV, do CPC. Revista Diálogos – Vol. 2, nº 1, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2000. V. 1.

GRECO, Leonardo. **Coações indiretas na execução pecuniária**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. Geral); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (org). Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos. Salvador: Jus Podivm, 2018.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, São Paulo: E. RT, 2003.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Repercussão geral no recurso extraordinário**: a volta da arguição de relevância? In: LAMY, Eduardo de Avelar (Org). Ensaios do processo civil. São paulo: conceito editorial, 2011. V. 1.

MEIRA, Silvio A.B. **A lei das XII tábuas: fonte de direito público e privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa art.139, IV, do novo CPC**. Revista de Processo n. 265. São Paulo: RT, 2017.

RODOVALHO, Thiago. **O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos**. 2016. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016. Acesso em: 20 jul. 2020.

TJMG. Agravo de Instrumento. Cv 1.0145.08.437333-4/003, Relator(a): Des.(a) Juliana Campos Horta , 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/06/2020, publicação da súmula

em 23/06/2020. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/. Acesso em: 17 jun. 2020.

TJ-PR – AL: 16160168 PR 1616016-8 (Acordão), Relator: Themis Furquim Cortes, Data de Julgamento: 22/02/2017, 14ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1983 07/03/2017. Disponível em: https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/436574022/agravo-de-instrumento-ai-16160168-pr-1616016-8-acordao. Acesso em: 17 jun. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A SUBCONTRATAÇÃO NO ÂMBITO DA LEI DAS ESTATAIS (LEI N. 13.303/2016)

JULIANA MELISSA LUCAS VILELA E MELO. Advogada Pública. Atuação em Direito Administrativo, Civil e Trabalhista, e na área da saúde. Graduada em Direito pela PUC Minas. Pós-graduada em Direito Público e Privado. MBA em Licitações e Contratos.

SARITA MARIA PAIM

(coautora)[46]

Resumo: O presente artigo tem como principal característica abordar a subcontratação no âmbito das Estatais (Lei 13.303/2016). Para tanto, serão tratados alguns aspectos aplicáveis à espécie, tais como, a subcontratação na Administração Pública e a relação jurídica de natureza contratual entre a Administração Pública e o subcontratado. Além disso, será feita uma análise jurisprudencial e doutrinária sobre o tema no sentido de dar as necessárias balizas para verificação dos requisitos para admitir a subcontratação do objeto licitatório. Outro ponto a ser analisado será o risco litigioso trabalhista quanto à possibilidade de condenação subsidiária da Administração Pública em face da subcontratação. O método utilizado será o jurídico-compreensivo que consistirá na pesquisa dos marcos regulatórios, legislação e doutrina acerca do tema.

Palavras-chave: Licitação – Lei das Estatais – Subcontratação – Requisitos – Riscos envolvidos.

Abstract: The main characteristic of this article is to address subcontracting within the scope of State-owned companies (Law 13.303 / 2016). To this end, some aspects applicable to the species will be treated, such as subcontracting in the Public Administration and the legal relationship of a contractual nature between the Public Administration and the subcontractor. In addition, a jurisprudential and doctrinal analysis on the subject will be carried out in order to provide the necessary guidelines for verifying the requirements to admit the subcontracting of the bidding object. Another point to be analyzed will be the litigious labor risk regarding the possibility of subsidiary condemnation by the Public Administration in the face of subcontracting. The method used will be the legal-comprehensive, which will consist of researching the regulatory frameworks, legislation and doctrine on the topic.

Keywords: Bidding - State Companies Law - Subcontracting - Requirements - Risks involved.

Sumário: Introdução. 1. Subcontratação na Administração Pública. 2. Subcontratação não autorizada: efeitos e medidas. 3. Do Risco Litigioso Quanto À Possibilidade De Condenação À Responsabilidade Subsidiária Em Face Da Subcontratada Nas Ações Trabalhistas. 4. Do

46 Advogada Pública. Atuação em Direito Administrativo, Civil, Trabalhista, e na área da saúde. Graduada em Direito pela Universidade de Itaúna. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro de Atualização em Direito (Universidade Gama Filho)

risco litigioso quanto à possibilidade de condenação à responsabilidade solidária/subsidiária em face das ações cíveis. Considerações Finais. Referências.

Introdução

O presente artigo tem como principal objetivo realizar uma breve análise sobre a subcontratação nos procedimentos licitatórios e os seus aspectos jurídicos no âmbito das Estatais (Lei 13.303/2016).

O método utilizado será o jurídico-compreensivo, que consistirá na pesquisa dos marcos regulatórios, legislação e doutrina sobre o tema, com o objetivo de melhor entender o seu significado e alcance no mundo fático e jurídico.

Para tanto, serão tratados alguns aspectos aplicáveis à espécie, tais como, a subcontratação na Administração Pública e a relação jurídica de natureza contratual entre a Administração Pública e o subcontratado.

Além disso, será feita uma análise jurisprudencial e doutrinária sobre o tema no sentido de dar as necessárias balizas para verificação dos requisitos para admitir a subcontratação do objeto licitatório. Outro ponto a ser analisado será o risco litigioso trabalhista e cível quanto à possibilidade de condenação subsidiária da Administração Pública em face da subcontratação.

Dessa forma, imperioso o presente estudo para oferecer segurança e certeza nas hipóteses de subcontratação dos contratos administrativos oriundos dos procedimentos licitatórios, conforme será demonstrado nos tópicos a seguir.

1.Subcontratação na Administração Pública

A Lei 13.303/2016 "Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" e interessa ao presente trabalho as normas sobre a subcontratação disposta em seu artigo 78.

Ressalta-se que a Lei das Estatais, ao regulamentar os procedimentos licitatórios, trouxe apenas pequenas inovações quando comparada à Lei 8.666/1993. Inclusive, a maior parte dos dispositivos consiste em nada mais do que melhoras de interpretação, em conformidade com a doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Quando o particular contratado pela Administração Pública transmite a execução de partes do objeto terceiro por ele contratado, e que não mantém elo contratual com a Administração Pública, há a ocorrência da subcontratação.

Não há uma relação jurídica de natureza contratual entre a Administração Pública e o subcontratado. Ao contrário, trata-se de uma relação jurídica de natureza civil, própria e autônoma em relação àquela firmada com a Administração Pública, a qual vincula apenas o contratado e o subcontratado, cabendo, contudo, à Administração contratante autorizar sua formação no caso concreto, quando admitida nos instrumentos convocatório e contratual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O entendimento do Egrégio Tribunal de Contas da União é no sentido de que a "[...] *subcontratação consiste na entrega de parte de fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço a terceiro, estranho ao contrato, para que execute em nome do contratado item, etapa ou parcela do objeto avençado.*" (Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU. 4ª ed. Brasília: TCU, 2010)

A Lei 13.303/2016 admite que a parte contratada, sem prejuízo de suas responsabilidades contratuais e legais, realize a subcontratação de parte do objeto durante a execução do negócio jurídico, até limite previamente estabelecido pela parte contratante no instrumento convocatório.

Veja o dispositivo abaixo que trata do instituto jurídico da "subcontratação":

> **Lei 13.303/2016**
>
> "Art. 78. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista, conforme previsto no edital do certame".

Sendo assim, inferem-se alguns requisitos para admitir a subcontratação do objeto licitatório:

a) Para que haja a subcontratação, deverá a Administração Pública, analisando caso a caso, averiguar se será ela conveniente/eficiente para a execução do contrato e, principalmente, se esta garantirá os princípios fundamentais da licitação. De todo o modo, a Administração (parte contratante) tem a obrigação de motivar sua decisão – ainda que discricionária.

Isso porque, apesar de não haver exigência nesse sentido no correspondente dispositivo da Lei 13.303/16, o entendimento do TCU é de que "[...] *o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, inclusive das discricionárias."* (Acórdão TCU nº 1.453/2009).

Até mesmo porque todo o procedimento licitatório é baseado na premissa de escolher, dentre tantos, aquele licitante que mais possui condições de satisfazer plenamente o interesse público envolvido na contratação.

De modo que a permissão do ente público quanto à delegação de parte da execução do objeto sem a devida motivação colocaria em risco, de forma desfundamentada, a plena satisfação do interesse público compreendido na perfeita execução do objeto.

b) Regra geral, não se admite a subcontratação nos contratos públicos, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas nos editais de licitações e nos próprios instrumentos de acordo.

Este é o entendimento dominante do TCU:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **A subcontratação, embora não seja proibida por lei, deve estar prevista no contrato.**" (Acórdão 496/2012-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO – grifo nosso).
>
> "**Não é permitida a subcontratação integral dos serviços, admitindo-se tão somente a subcontratação parcial quando expressamente prevista no edital de licitação e no contrato.**" (Acórdão 2093/2012-Plenário| Relator: ANDRÉ DE CARVALHO – grifo nosso).
>
> "**A subcontratação em patamar superior ao permitido contratualmente, à revelia do contratante e por preços significativamente inferiores aos fixados no instrumento pactuado com a Administração Pública, desnatura as condições estabelecidas no procedimento licitatório, caracterizando fraude à licitação.**" **(**Acórdão 799/2019-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES – grifo nosso).

No mesmo sentido, veja-se, exemplificativamente, o Acórdão nº 1014, proferido ainda do ano de 2005:

> "nos ensinamentos de Jessé Torres Pereira Junior (in Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, Editora Renova, 2002, p. 694.) "(…) poderá subcontratar se for em parte e desde que tal possibilidade houvesse sido prevista no ato convocatório e no contrato, vedada a inclusão, em regulamento, de autorização genérica para subcontratar, uma vez que a subcontratação terá de ser expressamente admitida em cada contrato, inclusive com a fixação de limite condizente com o objeto deste." (grifei) Assim, deve-se observar a previsão de subcontratação no instrumento convocatório do certame licitatório e no contrato celebrado com a empresa, nos termos dos arts. 78, IV, combinado com o art. 72, todos da Lei nº 8.666/1993." (TCU, Acórdão nº 1014/2005, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 20.07.2005.)

Para que haja permissão de subcontratação de parte do objeto, **o instrumento convocatório deve trazer regras claras e objetivas, estabelecendo, obrigatoriamente**: Motivação e presença do interesse público, necessidade de prévia autorização da Administração e especificação das razões do serviço a ser subcontratado e do prazo desejado.

Porém, é possível admitir a subcontratação restar demonstrada a ocorrência de fato superveniente que a torne conveniente para a Administração Pública quando não houver sido prevista no edital e no respectivo contrato, em caráter excepcional, quando restar demonstrada a ocorrência de fato superveniente que a torne conveniente para a Administração. Vejamos:

> "No caso da cessão parcial, a concordância deve ser realizada, como regra, na fase de planejamento e deve constar no edital, mas é possível, de forma excepcional, que ela seja concedida na fase contratual, mesmo não prevista em edital. Nesse último caso, deve

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> haver situação relevante que justifique tal possibilidade. (…) Ressalta-se que não se deve concluir que a cessão parcial (subcontratação) não autorizada no edital e a cessão total estão absolutamente proibidas. É preciso dizer, no entanto, que a admissão da subcontratação não prevista no edital e da cessão total são possibilidades que dependerão de condições especiais. Simplesmente considerar a proibição como algo absoluto não parece ser a melhor solução jurídica." **MENDES, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. Notas e Comentários à Lei nº 8.666/93. 8ª Ed. Curitiba: Zênite, 2011, p. 962. O autor adota o termo cessão parcial para designar subcontratação.**

Ressalta-se que o TCU lavrou decisão acatando que, em situações excepcionais, resultantes de fatos supervenientes, nas quais a subcontratação apresenta-se essencial à preservação da execução do contrato, tal procedimento poderá ocorrer, ainda que não prevista no instrumento convocatório ou no contrato. Vejamos:

> "Ante o exposto, é de se concluir que a orientação emanada do Acórdão nº 5.532/2010 – 1ª Câmara, invocado pela Secex-MG em sua instrução, no sentido de que a subcontratação parcial de serviços contratados "não necessita ter expressa previsão no edital ou no contrato, bastando apenas que não haja expressa vedação nesses instrumentos" deve ser vista não como regra, mas sim como hipótese absolutamente excepcional, extraordinária, resultante de fato superveniente, de forma a atender, aí sim, na expressão usada pela unidade técnica, "a uma conveniência da administração". 15. Nessa situação excepcional, a necessidade da subcontratação surgirá no curso da execução contratual, à evidência, pois, de um fato superveniente à celebração da avença, de sorte a garantir a viabilidade da execução do contrato administrativo mesmo ante a eventuais circunstâncias que impeçam a execução integral do avençado nos moldes originais em que fora pactuado.16. É, portanto, providência de exceção, haja vista que o interesse da Administração é pelo cumprimento do contrato na forma originalmente avençada." **(Acórdão nº 3.378/2012-Plenário, rel. Min. José Jorge, j. em 05.12.2012.)**

c) É permitido que a parte contratada, durante a execução do contrato, sem prejuízo de suas responsabilidades contratuais e legais, realize a subcontratação de parte do objeto, até limite previamente estabelecido pela Administração no instrumento convocatório e no contrato (dentro da sua discricionariedade, disciplinado pelos princípios que norteiam a Administração Pública) sendo vedada a subcontratação total do objeto.

Registra-se que a Administração deve estabelecer o limite da subcontratação, a fim de evitar a **subcontratação total** do objeto. Assim leciona Jessé Torres Pereira Junior:

> "A subcontratação tem que ser parcial, sem o trespasse dos encargos contratuais, sem a liberação do contrato original pelo subcontratante

> e com prévia aprovação da Administração". PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 692-693.

No mesmo sentido o entendimento do TCU:

> **"É vedada a subcontratação integral em contratos administrativos, sendo possível a subcontratação parcial quando não se mostrar viável, sob a ótica técnico-econômica, a execução integral do objeto por parte da contratada e desde que tenha havido autorização formal do contratante."** (Acórdão 6189-2019 | Relator: MARCOS BEMQUERER) (grifo nosso).
>
> Texto:
>
> (...)
>
> Igualmente assentada na jurisprudência é a compreensão de que "**a subcontratação integral do objeto a terceiros caracteriza prejuízo ao erário, o qual corresponde à diferença entre os pagamentos recebidos pela empresa contratada e os valores por ela pagos na subcontratação integral**". Em seu voto, na esteira da manifestação da unidade instrutiva, o relator pontuou que a transferência da execução de parte das atividades a terceiros tem caráter acessório e complementar, "jamais por meio de repasse integral da execução das ações ajustadas pelo convenente para outros estranhos ao contrato, sob pena de desfigurar o processo de escolha da contratada." (grifo nosso).
>
> **"Não é permitida a subcontratação integral de serviços, admitida tão somente a subcontratação parcial quando expressamente prevista no edital de licitação e no contrato. Acórdão 983/2012-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN ÁREA: Contrato Administrativo | TEMA: Sub-rogação | SUBTEMA: Vedação Outros indexadores: Autorização, Edital de licitação, Possibilidade, Subcontratação** negritei

Além disso, parte da doutrina entende que permitir a subcontratação total do objeto configuraria afronta ao procedimento licitatório e ferimento ao Princípio da Igualdade, bem como afronta ao art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, pois, caso fosse admitida, ludibriaria a própria licitação, adjudicando-se o objeto contratual a não participante do certame.

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

(...)

> **XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**

Até mesmo porque permitir a delegação total da execução do objeto a ente estranho ao processo licitatório, não obstante violar o princípio da igualdade exporia sob mesmo risco os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade.

Posto que a permissão do ente público quanto à adjudicação total do objeto contratual a outrem incrementaria demasiadamente o risco de conluio – uma empresa inidônea, por exemplo, poderia conspirar com a empresa licitante para executar por completo o objeto contratual.

De fato, a subcontratação total encontra óbice na própria lógica do procedimento licitatório. Tendo em vista que o ente público, mediante rigorosa exigência criterial, visou selecionar a empresa mais apta para concretizar o interesse comum envolto na execução daquele objeto, a delegação *total* nada mais parece ser do que afronta direta e explícita.

Os riscos se sobrepõem aos benefícios. Isso porque a subcontratação total – não obstante ser ilegal – pode se caracterizar como verdadeira delegação da execução contratual a terceiro, em clara tentativa de violar eventual proibição de contratar com o ente público ou requisitos de habilitação por estes estabelecidos.

Portanto, os serviços que poderão ser subcontratados deverão ser complementares ou acessórios, mas não principais.

d) A parte contratada continua responsável pelas obrigações contratuais e legais, não se confundindo com a sub-rogação prevista nos artigos 346 a 351, do Código Civil.

Portanto, a parte contratada é quem responderá pelo integral cumprimento do objeto perante a Administração Pública, não sendo possível a Administração Pública, como regra, efetuar o pagamento devido diretamente aos subcontratados pelos serviços prestados, pois, a relação jurídica decorrente da subcontratação não envolve diretamente a contratante (Administração Pública).

Assim, diante de eventuais inadimplementos do subcontratado, na forma do art. 76 da Lei 13.306/2016 "O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados, e responderá por danos causados diretamente a terceiros ou à empresa pública ou sociedade de

economia mista, independentemente da comprovação de sua culpa ou dolo na execução do contrato".

Vejamos também o entendimento do Tribunal de Contas da União:

> "**9.2. determinar à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que:**
>
> **9.2.1. quando da elaboração e fiscalização de contratos, observe a vedação feita pela Lei n. 8.666/1993, nos arts. 72 e 78, inciso VI, no tocante à subcontratação total dos objetos pactuados;**
>
> **9.2.2. abstenha-se de efetuar pagamentos diretos a subcontratadas, tendo em vista a falta de amparo legal, uma vez que não há qualquer relação jurídica entre a Administração Pública e o terceiro subcontratado** (...)". (TCU. Acórdão nº 502/2008 – Segunda Câmara) (negritei).

Sobressai que na subcontratação parcial, a relação da subcontratada é com a subcontratante, e não com a empresa estatal, de maneira que não pode demandar diretamente a estatal. Além disso, a subcontratação, quando autorizada pela Administração Pública, prevista em edital, não acarretará a exoneração de responsabilidades da contratada matriz, ou seja, a contratada continua a responder diretamente perante a Administração Pública, e não a subcontratada.

Vejamos o exemplo retirado do livro dos professores Adriel de Sá e Cyonil Borges, chamado "Novas Leis das Estatais":

> *"A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) formalizou contrato com a empresa "entrega certa" para o transporte de cargas. Por sua vez, a transportadora subcontratou com a empresa "mecânica sem graxa" a manutenção dos caminhões da frota. A empresa subcontratada deixou de fazer, regularmente, a devida manutenção nos veículos e, por consequência, os serviços de entrega de cargas da ECT restaram atrasados.*
>
> *Então, de quem a empresa estatal deverá cobrar? Da empresa "entrega certa" ou da "mecânica sem graxa"?*
>
> *A ECT deverá acionar diretamente a empresa contratada, com a qual mantém relação e a essa aplicar as devidas penalidades. As relações travadas entre a contratada e a subcontratada serão resolvidas no âmbito da subcontratação".*

Contudo, tal como compreende a Consultoria Zênite47, isso não significa que a Administração deve negligenciar seu dever de cautela. Tendo em mente o princípio da

47 https://www.zenite.blog.br/sendo-possivel-a-subcontratacao-de-parcela-do-objeto-deve-se-exigir-documentos-de-habilitacao-do-subcontratado-tais-documentos-serao-os-mesmos-exigidos-dos-participantes-da-licitacao/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

indisponibilidade do interesse público – este que tangencia o objeto licitatório – à administração cabe exigir os documentos capazes de comprovar a idoneidade e a capacidade técnica do interessado, tudo visando proteger o bem comum.

e) Na dispensa e na inexigibilidade de licitação, não há que se falar em procedimento licitatório, uma vez que a própria Lei dispensa a concorrência, seja por só haver uma única empresa para a execução do contrato, seja porque as peculiaridades do objeto dispensam o certame. Logo, não se pode falar em subcontratação de terceiro para a realização do contrato, uma vez que há a violação dos próprios requisitos da contratação direta.

O TCU entende que é incabível a subcontratação nas hipóteses de contratação direta:

> **"Não deve ser permitida subcontratação, nos contratos firmados com inexigibilidade de licitação. Acórdão 1183/2010-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ ÁREA: Contrato Administrativo | TEMA: Subcontratação | SUBTEMA: Requisito Outros indexadores: Vedação, Inexigibilidade de licitação"**

f) O subcontratado deve observar às exigências de qualificação técnica que foram dirigidas a parte contratada, conforme sobressai do §1º do artigo 78 da Lei 13.303/2016:

> Art. 78.
>
> (...)
>
> **§ 1º A empresa subcontratada deverá atender, em relação ao objeto da subcontratação, as exigências de qualificação técnica impostas ao licitante vencedor.**

Conforme descrito anteriormente, embora a subcontratação não isente o contratado das responsabilidades contratuais, como também não estabelece uma relação jurídica de natureza contratual entre a Administração Pública e o subcontratado, não há como afastar a obrigação de a Administração adotar determinadas medidas relativas ao subcontratado com o objetivo de proteger o interesse público.

É necessário que a Administração exija os documentos capazes de comprovar a idoneidade e a capacidade técnica para desempenhar as parcelas que serão objeto da subcontratação.

O subcontratado deverá apresentar os documentos capazes de demonstrar que a subcontratada tem habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista e cumpre o disposto no inc. XXXIII do art. 7º da Constituição, além daqueles pertinentes à comprovação de sua qualificação técnica, os quais deverão replicar os requisitos constantes do edital de licitação para a parcela que se pretende subcontratar.

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Nesse sentido, cita-se precedente do TCU: "*No caso de subcontratação de parcela da obra para a qual houve solicitação de atestados de qualificação técnica na licitação, ou na hipótese de não terem sido exigidos atestados por se tratar de serviço usualmente prestado por limitadíssimo número de empresas, a contratada original deve exigir da subcontratada comprovação de capacidade técnica, disposição essa que deve constar, necessariamente, do instrumento convocatório*". (TCU, Acórdão nº 2.992/2011, Plenário, TC-008.543/2011-9, Rel. Min. Valmir Campelo, 16.11.2011.)

g) Quanto aos serviços objeto da subcontratação, esses não poderão ser os itens principais do contrato, especialmente aqueles para os quais foram solicitados atestados de capacidade técnica por ocasião da abertura do certame. Neste sentido, temos o seguinte julgado:

> **TCU – Acórdão n.º 3144/2011-Plenário, TC-015.058/2009-0, rel. Min. Aroldo Cedraz – É ilícita a inserção, em editais do XXX, de autorização que permita a subcontratação do principal de objeto licitado, entendido essa parcela do objeto como o conjunto de itens para os quais foi exigida, como requisito de habilitação técnico-operacional, a apresentação de atestados que comprovem execução de serviço com características semelhantes.**

h) Uma inovação introduzida pela lei das estatais é a proibição de subcontratação, pelo licitante vencedor, de empresa ou consórcio que tenha participado do procedimento licitatório que deu origem à contratação ou da elaboração do projeto básico ou executivo, ainda que indiretamente.

Conforme disposto no §2º do artigo 78 da Lei 13.303/2016:

> Art. 78.
>
> (...)
>
> **§ 2º É vedada a subcontratação de empresa ou consórcio que tenha participado:**
>
> **I - do procedimento licitatório do qual se originou a contratação;**
>
> **II - direta ou indiretamente, da elaboração de projeto básico ou executivo.**

i) Outra exigência se faz no sentido de que as empresas de prestação de serviços técnicos especializados deverão garantir que os integrantes de seu corpo técnico executem pessoal e diretamente as obrigações a eles imputadas, quando a respectiva relação for

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

apresentada em procedimento licitatório ou em contratação direta, conforme sobressai do §3º do artigo 78 da Lei 13.303/2016:

> Art. 78.
>
> (...)
>
> **§ 3º As empresas de prestação de serviços técnicos especializados deverãogarantir que os integrantes de seu corpo técnico executem pessoal e diretamente as obrigações a eles imputadas, quando a respectiva relação for apresentada em procedimento licitatório ou em contratação direta.**

j) A subcontratação em patamar superior ao permitido em contrato pode configurar fraude, e é o que se observa no recente entendimento do TCU **(Acórdão nº 799/2019 – Plenário)** pelo seu ministro relator Walton Alencar, o que levanta um ponto de atenção:

> **"Subcontratação em patamar superior ao permitido contratualmente, à revelia do contratante e por preços significativamente inferiores aos fixados no instrumento pactuado com a Administração Pública, desnatura as condições estabelecidas no procedimento licitatório, caracterizando fraude à licitação".**

2.Subcontratação não autorizada: efeitos e medidas.

Visto que a subcontratação é mera benesse da Administração Pública, que sinaliza ao licitante a permissão para delegar *parte* da execução do objeto é evidente que faz parte do arbítrio da entidade pública decidir positiva ou negativamente pela possibilidade de subcontratação.

Não obstante o fato de a subcontratação ser uma relação autônoma, de natureza civil, entre o licitante e o subcontratado, ela requer a permissão explícita da Administração Pública, visto que o que se encontra em jogo é a efetivação do interesse público orbitado no objeto da licitação.

De modo que caso a Administração Pública, por motivação discricionária, opte pela vedação à subcontratação, é evidente que não cabe à contratada delegar a execução do objeto, visto que estaria explicitamente violando o assentado no instrumento convocatório e seus anexos.

Se de má-fé o licitante venha a proceder com a subcontratação, mesmo com previsão no instrumento convocatório em sentido contrário, cabe à entidade pública promover a rescisão do contrato. É o entendimento doutrinário, manifestado por Carlos Wellington Leite de Almeida:

> "O órgão ou entidade contratante poderá, sendo mesmo recomendável, estabelecer, já no edital, percentuais máximos do

> objeto permitidos para a subcontratação. Ou, se for ocaso, inserir cláusula que vede a subcontratação. **A prática, pelo contratado original, de subcontratação não autorizada constitui motivo para a rescisão contratual**" (CWL de Almeida. *Fiscalização contratual:"Calcanhar de Aquiles" da execução dos contratos administrativos*. Revista do TCU. Ed. 114. 2009).

A jurisprudência também se manifestou no mesmo sentido. Confira-se:

> "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. LEI 8.666/1993. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. SUBCONTRATAÇÃO. NÃO AUTORIZADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESCISÃO CONTRATUAL. CABIMENTO. APLICAÇÃO DE PENALIDADES. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter a não rescisão do contrato administrativo de prestação de serviço de transporte urbano de cargas, a não imposição da penalidade de multa, bem como a suspensão de futura licitação. 2. O artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 garante na licitação a observância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, estando ambas as partes - Poder Público e licitante - vinculados à plena observância das regras do edital, o qual, por sinal, faz lei entre as partes. 3. Deveras, ao se habilitar no procedimento licitatório, o licitante concordou com as exigências contidas no edital e passou a sujeitar-se a todas as normas ali previstas, até mesmo às que estipulam as sanções ao descumprimento do contrato. **4. Segundo a Lei de Licitações, a subcontratação do objeto licitado depende de prévia autorização da Administração Pública, constituindo motivo de rescisão contratual sua realização total ou parcial não admitida no edital e no contrato (artigos 72 e 78, VI, da Lei nº 8.666/93).** 5. Na hipótese dos autos, o contrato a vedava expressamente, no entanto, a impetrante firmou contrato de subcontratação de transportes de cargas com outra empresa, vindo a transferir a execução do contrato administrativo a terceiro. 6. Constata-se que foi a impetrante, por sua inadimplência, quem deu causa à rescisão contratual, devendo, portanto, suportar as penalidades dela decorrentes. 7. A aplicação de mais de uma penalidade é autorizada pelo artigo 87, § 2º, da Lei nº 8.666/93, não havendo ilegalidade na aplicação da penalidade pecuniária cumulada com a rescisão contratual. 8. Precedentes. 9. Apelação desprovida" (TRF-3 - Ap: 00134422220154036100 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS. Data de Julgamento: 15/05/2019, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/05/2019) (grifo nosso).

De qualquer modo, adverte-se aqui a necessidade de previsão explícita quanto à vedação à subcontratação, caso seja este o anseio da Administração Pública.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É que a má elaboração do instrumento vinculante pode acarretar grande prejuízo ao ente público caso haja a vedação à transferência de parte da execução do objeto, e haja a má redação, como o ingresso da contratada em ação litigiosa, por exemplo. A previsão explícita se impõe tendo em vista a gravidade do instrumento utilizado Administração Pública para sanar os efeitos da desobediência da contratada.

> "[Contratação. Subcontratação sem previsão editalícia. Rescisão contratual.] O art. 78, VI, da Lei n. 8.666/93 prevê expressamente a rescisão contratual no caso de subcontratação não admitida em contrato ou no edital. Considero, portanto, irregular a subcontratação de caminhões autorizada pelo prefeito municipal, por estar em discordância com o dispositivo legal acima mencionado. [...] considero irregular o Convite n. [...], bem como o contrato dele decorrente, por contrariarem o disposto no [...] inciso VI do art. 78 da Lei de Licitações. [Processo Administrativo n. 702.593. Rel. Conselheira Adriene Andrade. Sessão do dia 25/05/2010. TCE MG]".

3. Do risco litigioso quanto à possibilidade de condenação à responsabilidade subsidiária em face da subcontratada nas ações trabalhistas

A eventual permissão da Administração Pública quanto à subcontratação do objeto requer, também, demasiada atenção em virtude do grande risco de condenação em possíveis ações versando sobre a responsabilidade subsidiária do ente público face ao hipotético inadimplemento trabalhista da subcontratada.

De fato, conforme visto, a subcontratação não se traduz em um vínculo entre a subcontratada e o ente público. Ela é, na verdade, um vínculo entre a subcontratada e a contratada, apenas.

Todavia, a jurisprudência tem ecoado o entendimento de que há, em caso de descumprimento de obrigações por parte da subcontratada, responsabilidade subsidiária da contratada e da contratante. Há potencial e iminente risco de, permitida a subcontratação, sobrevir à condenação da administração em eventuais litígios envolvendo sua responsabilidade subsidiária por conta de eventual inadimplemento das obrigações pela subcontratada.

À vista do exposto, colacionam-se os seguintes julgados (tese dominante):

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. QUARTEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. OCORRÊNCIA. **O Regional, ao condenar subsidiariamente o segundo réu, decidiu conforme entendimento consagrado no item IV da Súmula 331 desta Corte**. Agravo de instrumento conhecido e desprovido" (AIRR-354-68.2011.5.01.0072, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 07/01/2020).

Texto:

“(...)

Atendendo ao pressuposto do art. 896, § 1º-A, I, da CLT, a parte transcreveu, no recurso de revista, os seguintes trechos do acórdão (fl. 380-PE):

"Além disso, restou demonstrado nos autos que, embora o 2° reclamado alegue não ter firmado contrato de prestação de serviços com a 1ª ré, este reconhece ter firmado "Contrato de Prestação de Serviços de Correspondente não Bancário" com o RCS 91 - CONSULTORIA FINANCEIRA LTDA. (fls. 98/114) e que esta firmou contrato com a ré, RCS EMPREENDIMENTOS E SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA.

Verifica-se, assim, que houve uma verdadeira ‘quarteirização’ da prestação de serviços, o que não afasta o ônus do 2° reclamado em fiscalizar a execução dos contratos firmados entre a empresa diretamente contratada e aquela subcontratada.

Os serviços deveriam ser prestados pela empresa contratada pelo 2° réu e se esta, na execução do contrato, subcontratou outra pessoa jurídica, tal procedimento não exclui a responsabilidade do tomador de serviços.

Destaque-se que não prospera o argumento de que eventual responsabilidade limita-se ao tomador imediato dos serviços, na medida em que a fiscalização do contrato é dever do 2º reclamado e a eventual subcontratação deve ser objeto de igual controle."

(...)

A Eg. Turma, ao condenar subsidiariamente o segundo réu, decidiu conforme entendimento consagrado no item IV da Súmula 331 desta Corte, a qual está posta no seguinte sentido:

"O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (...)” (grifo nosso).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO . PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. A despeito das razões expostas pela parte agravante, merece ser mantido o despacho que negou seguimento ao Recurso de Revista. No caso, além de não ter sido apresentada "nenhuma prova de que foram observadas as regras do procedimento de licitação" (trecho do acórdão, a fls. 210), o ente público, Agravante, também não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> comprovou ter fiscalizado o cumprimento das obrigações trabalhistas, seja por parte da empresa por ele contratada, seja por parte da subcontratada, e **o fato de ter havido "quarteirização" não afasta o dever de fiscalização por parte deste, considerando a sua condição de real beneficiário dos serviços prestados.** Assim, mantidas as circunstâncias fáticas delineadas pelo Regional, seu posicionamento se alinha ao disposto na Súmula n.º 331, V, do TST, cujo entendimento cuidou de amoldar a jurisprudência desta Corte aos termos do que foi decidido pelo STF nos autos do ADC n.º 16. Agravo de Instrumento conhecido e não provido" (AIRR-63-91.2013.5.01.0074, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 24/06/2016) (grifo nosso).
>
> Ementa: SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES E ALIMENTAÇÃO EM ESTABELECIMENTO DA CONTRATANTE. SUBCONTRATAÇÃO PERMITIDA NO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. **A negligência na escolha da contratada e na autorização de subcontratação dos serviços ajustados (culpa in eligendo) e na vigilância da prestação de serviços e do cumprimento das obrigações pela empresa contratada e sua subcontratada (culpa in vigilando) conduz à responsabilização do tomador de serviços pela totalidade dos créditos deferidos ao empregado.** ACIDENTE DE TRABALHO. DANO MORAL E ESTÉTICO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. Segundo a Teoria do Risco Integral aplicável às relações laborais, demonstrado tão só o dano, moral e estético, e o nexo de causalidade entre os serviços prestados pelo trabalhador e a atividade empresarial, exsurge o dever de indenizar o obreiro, conforme os termos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.(TRT-1 - RO: 00010719020115010004 RJ, Relator: Valmir De Araujo Carvalho, Data de Julgamento: 13/11/2019, Segunda Turma, Data de Publicação: 19/11/2019)

Apesar de um dos requisitos para a caracterização da responsabilidade subsidiária do ente público ser, justamente, a constatação de *culpa in vigilando*, é necessário atentar-se para o fato de que, mesmo assim, há, com a subcontratação, manifesto risco litigioso envolvendo a temática. Não se pode denegar a verdade de que, por mais que a Administração Pública fiscalize de maneira ostensiva a contratada e sua subcontratada, o risco judicial de eventual condenação subsiste.

O evidente risco legal também se manifesta na Súmula nº 331 do TST, visto que, conforme exposto nos julgados anteriores, prevalece na Corte do Trabalho o entendimento de que o item IV da referida súmula também se aplica às subcontratações. Confira-se:

SÚMULA Nº 331 DO **TST**

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

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 pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Observa-se que mesmo na hipótese de "quarteirização" não há como se afastar o dever de fiscalização por parte da Administração Pública, considerando a sua condição de beneficiária dos serviços prestados ao fim da cadeia de quarteirização, ainda que não seja a real empregadora de um possível reclamante/autor.

De fato, o risco de condenação em um processo judicial envolvendo a temática abordada é, relativamente, grande. Contudo, há a existência de certos elementos que podem auxiliar a Administração Pública em uma estratégia defensiva para eventual caso envolvendo o tema. Vejamos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a) Apresentar prova documental demonstrando que, rigorosamente, cobrou da prestadora de serviço contratada o cumprimento de obrigações trabalhistas com os trabalhadores terceirizados, em especial a relação entre a empresa contratada e sua subcontratada. A este respeito, julgado recente:

> Ementa: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. De acordo com o entendimento jurisprudencial predominante, fica vedada a atribuição de responsabilidade ao ente público nos casos de terceirização, excetuando-se exclusivamente as hipóteses em que o empregado comprovar robustamente a ausência de fiscalização, pela administração pública, do cumprimento do contrato de prestação de serviços por parte da empresa prestadora. (TRT12 - ROT - 0000690-35.2018.5.12.0003 , MIRNA ULIANO BERTOLDI , 6ª Câmara , Data de Assinatura: 21/03/2020)

b) Sustentar que a responsabilidade subsidiária do ente público não se impõe apenas pela inadimplência da empresa contratada (item V da Súmula nº 331 do TST). Vejamos o seguinte julgado:

> "(...)
>
> RECURSO ORDINÁRIO DO SEGUNDO RECLAMADO
>
> Responsabilidade subsidiária. Ente público
>
> Insurge-se o segundo reclamado contra a r. sentença que o condenou como responsável subsidiária pelas verbas deferidas ao reclamante.
>
> Após a decisão proferida na ADC nº 16 do STF, não cabe a interpretação que permitia responsabilizar por débitos trabalhistas, de forma "automática", entidades públicas tomadoras de mão de obra.
>
> O c. TST também condicionou o reconhecimento da responsabilidade subsidiária à prova da conduta culposa do ente público, ressaltando não decorrer do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas:
>
> "CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.
>
> (...)
>
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
>
> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do

cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada." (Súmula nº 331 do TST, com redação da Resolução nº 174/2011)

A questão jurídica discutida nos casos de terceirização por ente público se relaciona a aferir de quem é o ônus de provar a culpa in vigilando.

Considerando que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária pela mera inadimplência do prestador de serviços, de forma automática, esvazia a força normativa do art. 71 da Lei nº 8.666/1993 e que o disposto nos arts. 58, inc. III, e 67 da Lei de Licitações gera presunção de fiscalização pela entidade pública, o encargo probatório só pode ser do trabalhador.

No entanto, o Pleno deste E. Tribunal Regional do Trabalho, no julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência IUJ/TRT 0011608-93.2017.5.03.000 (processo originário TRT/RO 0010522-21.2014.5.03.0153), fixou a seguinte Tese Prevalente nº 23:

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. ENTE PÚBLICO. FISCALIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. É do ente público o ônus da prova quanto à existência de efetiva fiscalização dos contratos de trabalho de terceirização, para que não lhe seja imputada a responsabilidade subsidiária."

Friso, no entanto, que este não é o entendimento por mim adotado, pelos motivos já suficientemente expressados, ousando dele divergir com amparo no princípio da legalidade.

O cotejo dos dados factuais em exame com os entendimentos dos Tribunais Superiores impõe rejeitar a responsabilidade subsidiária do segundo reclamado, pois de acordo com o item V da Súmula nº 331 do TST, a responsabilidade subsidiária do ente público não persiste apenas pela inadimplência da empresa contratada.

A mera ausência de preposto do segundo reclamado no local de trabalho (depoimento da testemunha ouvida a pedido do reclamante, ID. ee8b551) não evidencia culpa, pois a Lei nº 8.666/1991 não prevê esta obrigação.

O reclamante aduz que: "o recorrente não apresentou nenhuma prova de que houve efetiva fiscalização do contrato mantido com a primeira reclamada, especialmente em relação ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **adimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços" (ID. e94c04e).**
>
> **Entretanto, o próprio reclamante não desincumbiu do seu ônus probatório, vez que não apontou prova de que não houve fiscalização por parte do recorrente.**
>
> **Não há culpa in eligendo e in vigilando do segundo réu, não havendo como responsabilizá-lo subsidiariamente.**
>
> **Dou provimento para excluir a responsabilidade subsidiária do segundo reclamado, ficando prejudicados os demais pedidos.**
>
> Em consequência, condeno o reclamante a pagar honorários advocatícios de 5% do valor dos pedidos iniciais em favor do segundo reclamado, conforme se apurar em liquidação, o qual será descontado do seu crédito (TRT 3ª Região. Processo 0010984-97.2018.5.03.0068. Nona Turma. Relator Ricardo Antonio Mohallem (PJE - assinado em 29.01.2020)

c) Sustentar a tese de que, em se tratando de ente público, o STF firma o entendimento de que seria necessária a prova da culpa da Administração Pública. Vejamos a decisão:

> (...) II - RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1 - Conforme o Pleno do STF (ADC nº 16 e Agravo Regimental em Reclamação 16.094) e o Pleno do TST (item V da Súmula nº 331), relativamente às obrigações trabalhistas, é vedada a transferência automática para o ente público, tomador de serviços, da responsabilidade da empresa prestadora de serviços; a responsabilidade subsidiária não decorre do mero inadimplemento da empregadora, mas da culpa do ente público no descumprimento das obrigações previstas na Lei nº 8.666/1993. 2 - No voto do Ministro Relator da ADC nº 16, Cezar Peluso, constou a ressalva de que a vedação de transferência consequente e automática de encargos trabalhistas, "não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos". Contudo, a Sexta Turma do TST, por disciplina judiciária, a partir da Sessão de Julgamento de 25/3/2015, passou a seguir a diretriz fixada em reclamações constitucionais nas quais o STF concluiu que o ônus da prova, quanto ao cumprimento das obrigações previstas na Lei nº 8.666/1993, não é do ente público. 3 - O Pleno do STF, em repercussão geral, com efeito vinculante, no RE 760931, Redator Designado Ministro Luiz Fux, fixou a seguinte tese: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao

> Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Nos debates no julgamento do RE 760931, o Pleno do STF deixou claro que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, ao estabelecer que "a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas (...) não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento", veda a transferência automática, objetiva, sistemática, e não a transferência fundada na culpa do ente público. Embora não tenham constado na tese vinculante, no julgamento do RE 760931 foram decididas as seguintes questões: a) ficou vencido o voto da Ministra Relatora Rosa Weber de que o da prova seria do ente público; b) a maioria julgadora entendeu que o reconhecimento da culpa do ente público exige elemento concreto de prova, não se admitindo a presunção (como são os casos da distribuição do ônus da prova e do mero inadimplemento). 4 - Recurso de revista a que se dá provimento. Fica prejudicado o exame do tema remanescente.(TST-RR-45200-42.2009.5.06.0351, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 6ª T., pub. DEJT 15/12/2017).

d) Após a decisão proferida na ADC nº 16 do STF não cabe a interpretação que permitia responsabilizar por débitos trabalhistas, de forma "automática", entidades públicas tomadoras de mão de obra.

e) Apresentar a tese de ilegitimidade passiva, não sendo empregadora do autor da ação trabalhista.

4. Do risco litigioso quanto à possibilidade de condenação à responsabilidade solidária/subsidiária em face das ações cíveis

De outro norte, caso eventualmente haja uma ação judicial movida pela empresa subcontratada contra a Administração Pública, é necessário alegar em peça defensiva de que **não há que se falar em legitimidade passiva**, porquanto inexiste relação jurídica direta entre a subcontratada e a Administração Pública, afastando-se, portanto, eventual obrigação solidária/subsidiária pelo inadimplemento contratual decorrente do ato negocial entre a empresa subcontratante e subcontratada. Vejamos os julgados:

> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – SUBCONTRATAÇÃO - RELAÇÃO JURÍDICA DIVERSA - ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CONTRATANTE COM A SUBCONTRATADA – PRECEDENTE DESTA CÂMARA CÍVEL – DECISÃO MANTIDA. - Do manejo dos documentos acostados nos autos principais, tem-se que a Agravante não firmou qualquer tipo de negócio contratual com a Petrobras Transportes S.A. - TRANSPETRO ou com a Petróleo Brasileiro S .A. – Petrobras, e sim com a contratada destas, qual seja M BRÁS CONSTRUÇÕES, CONSULTORIA E TECNOLOGIA LTDA – ME; - Na subcontratação de prestação de serviço, a relação original permanece juridicamente inalterada, ou seja, o contrato original permanece o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mesmo, constituindo-se um outro contrato. A responsabilidade, neste caso, permanece com a contratada original, passando a existir outra relação jurídica: a da contratada com a subcontratada; - Não há, portanto, qualquer relação jurídica entre a Recorrente com a PETROBRAS e TRANSPETRO, configurando partes ilegítimas para figurarem no polo passivo da demanda; - PRECEDENTE: Apelação Cível nº 0211865-02.2010.8.04.0001, Relator: Exmo. Desembargador Airton Luís Corrêa Gentil; - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.(TJ-AM - AI: 40044552520188040000 AM 4004455-25.2018.8.04.0000, Relator: Aristóteles Lima Thury, Data de Julgamento: 18/03/2019, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 18/03/2019)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA - SUBEMPREITADA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - NÃO CONFIGURADA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - CONFIGURADA - TUTELA DE URGÊNCIA - BLOQUEIO DE BENS - AÇÃO DE CONHECIMENTO - REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. - O subcontrato constitui novo vínculo contratual, razão pela qual o litígio do subcontratado com a contratante principal é estranha à parte que não participou desta contratação - Em se tratando de fase de conhecimento, tenho que é prematuro o deferimento da liminar de constrição de valores - Estando ausentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência previstos no art. 300 do CPC, o seu indeferimento é medida que se impõe.(TJ-MG - AI: 10335160024741001 MG, Relator: Pedro Aleixo, Data de Julgamento: 06/02/2019, Data de Publicação: 15/02/2019)

Considerações Finais

Em síntese, observou-se por meio deste estudo que a Lei n. 13.303/2016 apresenta expressa disposição sobre a subcontratação no âmbito dos contratos administrativos.

Em seguida, constatou-se que, dentre os benefícios da subcontratação para a entidade pública, encontram-se principalmente a possibilidade por meio da autorização em instrumento convocatório para a subcontratação, a Administração Pública obtenha êxito em atrair potenciais licitantes a futuras compras, haja vista que – na maior parte dos casos – a subcontratação realizada pela contratada visa à diminuição dos custos e o aumento de sua margem de lucro.

Já os malefícios, concentram-se no risco judicial quanto a eventuais ações cíveis e ações movidas por empregados da subcontratada e que, hipoteticamente, exijam a responsabilidade da Administração Pública conjuntamente à da contratada.

Ressalta-se, contudo, que a menção a eventuais malefícios não se traduz em crítica ao instituto da subcontratação em si, apenas é mister observar os possíveis efeitos decorrentes de sua utilização. E para tomar decisões conforme o prevalecente modelo gerencial da

Administração Pública é necessário que a entidade avalie, minuciosamente, as possíveis consequências de suas escolhas, ponderando possíveis riscos e benefícios da mesma decisão.

Por fim, restou evidenciada a possibilidade da subcontratação nos contratos administrativos regidos pela Lei das Estatais.

Referências

Lei nº 13.303/16. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.

Lei nº 8.666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm

Constituição Federal, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 692-693.

Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU 4. ed. Brasília: TCU, 2010;

MENDES, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. Notas e Comentários à Lei nº 8.666/93. 8ª Ed. Curitiba: Zênite, 2011, p. 962

https://www.zenite.blog.br/sendo-possivel-a-subcontratacao-de-parcela-do-objeto- deve-se-exigir-documentos-de-habilitacao-do-subcontratado-tais-documentos-serao-os- mesmos-exigidos-dos-participantes-da-licitacao/

CWL de Almeida. Fiscalização contratual:"Calcanhar de Aquiles" da execução dos contratos administrativos. Revista do TCU. Ed. 114. 2009)".

Site TCU: http://www.tcu.gov.br

www.conteudojuridico.com.br

DESOBEDIÊNCIA CIVIL: UMA LINHA TÊNUE ENTRE AS LIBERDADES PÚBLICAS E O ANARQUISMO SOCIAL

MARIA TERESA MAGALHÃES MONTEIRO:
Graduanda em Direito pela Faculdade Imaculada Conceição do Recife - FICR.

PEDRO SPÍNDOLA.

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho acadêmico se propõe a analisar e discutir a problemática da desobediência civil que, ultrapassando os limites da licitude, abre precedentes para que o anarquismo social se instaure na sociedade, assim, traz como enfoque do tema, as liberdades públicas e, de modo específico, as liberdades de expressão, na tentativa de delimitar o momento em que estas liberdades deixam de ser um lícito ou, quando a desobediência civil, ultrapassa a linha para o anarquismo e ferindo direito de outrem. A partir da leitura e compreensão sobre a desobediência civil em Henry D. Thoreau bem como, da perspectiva do direito à resistência à opressão em Norberto Bobbio, que trazem uma exaltação aos direitos do homem e imprimem uma certa nobreza ao ato de confrontar o Estado, o que em todo, não está incorreto, pretende-se confrontar tais liberdades (direitos fundamentais) de modo a depreender se efetivamente existe uma forma de delimitar os atos que fazem o direito à desobediência civil, tendo como prerrogativa as liberdades públicas, se tornar um ilícito civil, ferindo direito coletivo e direitos individuais. A natureza desta será eminentemente qualitativa, com revisão das literaturas sobre o tema e exploração metodológica hipotético dedutiva.

PALAVRAS-CHAVE: Desobediência Civil. Liberdades Públicas. Limites. Ilícito Civil. Anarquismo Social.

ABSTRACT: The present academic work seeks to analyze and discuss the problem of civil disobedience, which, exceeding the limits of lawfulness, sets precedents for social anarchism to establish itself in the society, thus, bringing the theme of public freedoms and, specifically, freedoms of expression, in an attempt to delimit the moment when these freedoms cease to be licit or, when civil disobedience, crosses the line of the licitude to anarchism and injuring the right of others. From the reading and understanding about Henry David Thoreau's Civil Disobedience as well as, from the perspective of the right to resistance to oppression in Norberto Bobbio, which bring an exaltation to human rights and impart a certain nobility to the act of confronting the State, which, as a whole, it's not incorrect, its intended to confront such freedoms (fundamental rights) in order to understand if there is effectively a way to delimit the acts that make the right to civil disobedience, having as a prerogative the public freedoms, becomes an unlawfulness, violating collective and individual rights. The nature of the research will be eminently qualitative, with a review of the literature on the topic and hypothetical deductive methodological exploration.

KEYWORDS: Civil Disobedience. Public Freedoms. Limits. Unlawfulness. Social Anarchism.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. IMPÉRIO DAS LEIS E ESTADO DE DIREITO. 1.1 O Estado Moderno e o processo de Secularização. 1.2 Juspositivismo e a obediência civil. 1.3 As repercussões do Estado de Direito. . DESOBEDIÊNCIA CIVIL. 2.1 As Influências de Henry David Thoreau. 2.2 Dever de Obediência vs. Direito de Resistência. .3 Anarquismo Social e seus reflexos. 3. (DE)LIMITAÇÃO DAS LIBERDADES PÚBLICAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Com efeito, o processo de secularização contribuiu para a formação do estado moderno e, consequentemente, evoluindo para o atual Estado Constitucional de Direito, o qual só foi possível a partir da ruptura entre o divino e o político, permitindo a evolução e desenvolvimento do direito, com as contribuições teóricas, principalmente, do Juspositivismo.

Nessa perspectiva, princípios e teorias essenciais, desde o século XV, foram desenvolvidos por grandes filósofos e juristas; podemos citar grandes marcos como o modelo analítico de Hobbes e os ideais de Maquiavel, ambos tendo influenciado para que o ápice do Estado Moderno chegasse a partir das revoluções, posto às teorias contratualistas e de Estado de Direito no século XIX.

Assim sendo, as construções teóricas de Maquiavel e Hobbes contribuíram diretamente para uma nova visão de governo no seu cerne, sendo possível neste momento, a retomada dos princípios de legalidade e legitimidade.

De outro giro, surge no continente norte-americano, um novo pensamento quanto a estruturação do Estado, em que as Teorias Anarquistas punham em cheque a sua necessidade na sociedade, uma vez que direito e moral tornaram-se premissas indissociáveis, no pós-positivismo.

Nessa perspectiva, disposições como direito de resistência à ofensa passaram a ser tratados, mesmo que Norberto Bobbio já tenha abordado o tema de certo modo, passa a ser discutido com maior afinco por Henry David Thoreau em 1849.

O conceito de desobediência Civil, ainda que tratado em outras épocas, foi traçado pelo filósofo norte-americano (tido como pioneiro no desenvolvimento da teoria em razão da sua grande repercussão) que passou a discutir sobre as questões político-sociais que vivia à época da escravidão nos Estados Unidos, que neste período estava em guerra com o México.

A partir de então, Thoreau busca de forma nobre, ainda que, partindo dos ideais do anarquismo individualista, defender que não é possível aceitar um Estado em que a escolha do seus representantes se dá pela maioria, negligenciando as minorias o que, em contrapartida, confronta-se com o que Vladimir Safatle vai trazer como ponto relevante a qual iremos discutir, a Teoria do Populismo.

Prosseguindo. Thoreau exalta os nobres cidadãos que confrontam as decisões do Estado e que se utilizam dos direitos para alcançar seus objetivos, direitos estes que Bobbio traz em sua obra " Era dos Direitos" - qual seja, o direito à resistência da opressão, uma vez

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que entende a desobediência Civil como uma legitimidade do cidadão de agir contra o Estado, quando este fere os valores morais do indivíduo.

Todavia, sabe-se que até mesmo os direitos tem seu limite estampado nos direitos de outrem, ainda que o Estado, na sua Carta Magna não tenha expressamente o delimitado.

Vale salientar que, não é intuito desta pesquisa discutir o direito de manifestação de pensamento, crenças políticas e religiosas em si, mas é entender o tempo em que o uso desses direito (liberdades públicas) se torna abusivo, ou seja, quando fere as liberdades de outrem, e a partir disto busca estabelecer parâmetros a serem seguidos, respeitados, pois se um governo não existe e não impõe normas para o bom convívio dos cidadãos e das nações, isso implica dizer que tudo é permitido: Ao psicopata é permitido matar, ao Estuprador que estupre, ao preconceituoso que se manifeste, as religiões que se firam, psicológica e fisicamente, aos agressores que violentem, ao comediante que faça suas piadas de forma pejorativa, denegritória, ao ator roteirista que mude as histórias e faça pouco caso das crenças, etc.

Para melhor elucidar a máxima, faremos uma análise sobre as liberdades de expressão, dita pelas liberdades públicas; Poderia concordar com o Título de Bobbio quando da sua obra "A Era dos direitos", sim! Hoje o cidadão se vê cheio de direitos e, façamos jus a estas são gloriosas conquistas, mas que infelizmente estão sendo deturpados por essa sociedade individualista, fruto de, entre outros fatores, as contribuições de Thoreau em "Desobediência Civil", o qual teve grande repercussão ao longo dos anos até os dias atuais.

Ora, claramente o legislador falhou ao não estipular limites para os direitos, lê-se, liberdades, passando a solucionar as lides por um princípio de ponderações. Cabe a reflexão: Ponderar? Ferir o direito alheio nestes casos deve ser ponderado?

Entretanto, não sendo foco desta pesquisa, tratar sobre as questões que versam sobre as ponderações de princípios, levanta-se tais questionamentos tendo em vista estar intrinsecamente interligado de modo a gerar uma breve reflexão, contudo saliente-se que a doutrina já traz discussões importantes sobre o tema.

Pois bem. As liberdades de expressão estão alcançando medidas cada vez mais alarmantes no mundo jurídico e social, como vemos hodiernamente manchetes nos jornais e em nossos próprios afazeres cotidiano, porque sem limites, a sociedade entende que tudo pode !

Este é o ensejo do presente estudo: analisar as liberdades públicas à luz da Constituição e dos princípios que lhe dão base e, bem como as situações cotidianas decorrentes destas liberdades a fim de refletir sobre esta utilização e consequentemente, buscar delimitar quando estas liberdades passam de um direito para um ilícito civil.

A intuição que guia esta pesquisa é a de que a sociedade atingiu um nível de individualismo e cheio de direitos que, repercute diretamente em suas posturas perante ao coletivo, ferindo os direitos alheios, transformando as conquistas de outrora em um caos social, e portanto não se tratando mais de liberdade ou qualquer propositura de cunho positivo, mas sim, em um anarquismo social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Decerto, ouso dizer, partindo desta premissa, que o constitucionalismo futuro está comprometido, posto que não é possível a consolidação dos direitos de terceira dimensão (fraternidade e solidariedade) em uma sociedade que se encontra fechada, ensimesmada, individualista.

Urge repensar no direito contemporâneo, quais as falhas do atual sistema, a começar pelas liberdades públicas o que, para tanto, busca-se primeiramente a compreensão do direito à resistência à luz do princípio da Desobediência Civil.

1. IMPÉRIO DAS LEIS E ESTADO DE DIREITO

1.1 O Estado Moderno e o processo de Secularização

O processo de secularização, diferente do que Saldanha associa ao advento da democracia, teve suas primeiras insígnias na Idade Moderna, na qual se fundamenta a desconexão ou, a ruptura entre o divino e o político (JUST, 2005).

A bem da verdade, foi a partir da crise do feudalismo que começa a surgir o chamado "Estado Moderno", da segunda metade do séc. XV até o séc. XVIII. Segundo Saldanha (1976) "com ele, e com a unificação das fontes e do ordenamento, fez-se possível o moderno juspositivismo, com diversas variantes e conexões".

Cumpre salientar que, o Estado Moderno teve seu ápice com as revoluções, uma vez que os ideais contratualistas e de Estado de Direito (com os princípios inerentes a este) ganharam força perante o povo.

Portanto, importa destacar nesse período, os principais pensadores, que dão base para a nova concepção de Estado, em que as teorias políticas passam pela transição do então Estado Medieval para o Estado Moderno (SILVA; VIEIRA, 2017), são eles: Maquiavel (séc. XVI) - o precursor desse processo de ruptura e, posteriormente, Thomas Hobbes (séc. XVII) com a teoria contratualista mais consolidada.

Aprioristicamente, Nicolau Maquiavel "defendia o Estado como uma instituição nascida do contrato entre o povo e o príncipe" (SILVA; VIEIRA, 2017, p. 2). Em sua obra "O Príncipe", demonstrou a política como de fato é, fundamentado na teoria de que governar é uma arte (técnica), não uma virtude (ética). Isso significa que a arte de governar está calcada na máxima: o governante não é detentor de autoridade em virtude de atributos divinos (virtudes), mas por determinadas técnicas.

Em razão das suas alegações, a obra Maquiavélica foi rechaçada pela igreja católica, integrando o rol de livros proibidos na idade Média[48] - *Index Librorum Prohibitorum.*

Ademais, buscando fundamentar-se nas teorias contratuais para justificar a existência do Estado e o novo sistema político, Maquiavel vai dizer que o poder político tem origem na maldade inerente à natureza humana, portanto, "a única forma para se enfrentar o conflito e anarquia, se daria por meio do poder" (SILVA; VIEIRA, 2017, p. 4).

[48] A obra teve grande repercussão na Europa pela sua proibição e inclusão no *Index librorum prohibitorum*, índice de livros proibidos da Igreja Católica, editado em 1559. www.sabedoriapolitica.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De outro giro, “O príncipe” sugere que o poder não vem do divino, mas que vem da autonomia, isto é, um homem livre de qualquer domínio religioso que pode então, articular o poder com a sabedoria (astúcia).

Decorrente disso, Maquiavel derrubou dois dogmas normativos que ditavam o sistema político da Idade Moderna: a religião e a moral. Isto posto, abrem-se as portas à secularização e, aqui, o modelo analítico de Hobbes ganha respaldo defendendo que o direito é um sistema que necessita de pureza jurídica, isto é, dissocia direito e moral (base para o pensamento positivista).

No século XVII, com a crise do sistema mercantil moderno, surge a figura do filósofo inglês Thomas Hobbes que em sua teoria contratualista defende que o Estado nasce de um contrato entre homens.

Nesse período a sociedade passou a questionar persistentemente a concentração do poder nas mãos do soberano que lhe era conferido pelo Divino e, portanto, agora a legitimidade se torna uma exigência.

Para tanto, Hobbes contribui com a publicação da sua obra “O Leviatã”, nela cria-se uma aversão ainda maior sobre a natureza humana e, portanto, vai dizer *homo hominis lupus est* - quer dizer, o homem é Lobo do próprio homem e a partir disso surge a figura do Leviatã. Os homens na tentativa de escapar dessas mazelas, se agrupam e transmitem poderes a uma autoridade central (SILVA; VIEIRA, 2017)

Neste seguimento, Hobbes desenvolve a teoria do contrato social que, apesar de ser resultado do Estado Absolutista, será mais adiante, a base para a estruturação e estopim do Estado Moderno consolidado.

O Contrato Social é aquele firmado entre homens que “abrem mão da sua individualidade, colocando-a plenamente nas mãos de um terceiro - o Estado-Leviatã - que passa a ter a única obrigação de protegê-los” (MONDAINI, 2006, p. 129).

Nesse cenário, o racionalismo ganha raízes com fulcro nos ideais filosóficos de Maquiavel e Hobbes que ao justificar a organização do Estado e seu poder soberano, abre uma lacuna na qual o Estado Moderno se instaura no início do século XIX, com o marco histórico das revoluções.

Importa frisar que, o Estado Moderno, como observado, nasceu em berços Absolutistas, onde superou-se os domínios dos feudos e passou a concentrar o poder nas dinastias, o que, posteriormente, ao longo do século XIX firmou-se no Estado Liberal (revoluções burguesas).

Assim sendo, as construções teóricas de Maquiavel e Hobbes contribuíram diretamente para uma nova visão de governo no seu cerne, organização e princípios, para tanto no Estado Liberal, a atuação do legislativo se torna mais aparente, pelo processo das codificações, bem como a mudança do seu eixo onde, agora, o poder está no povo.

> Por outro lado, o prestígio da ideia de lei (correlatamente à ascendência política dos parlamentos) foi fazendo pôr de lado, em

> definitivo, a imagem do direito costumeiro: O Estado moderno, em seu estágio liberal, fez estado legislativo. (SALDANHA, 1976, p. 135)

De certo, por consequência da movimentação na estrutura governamental, "a exigência ética começou a propiciar a retomada de um velho tema que sempre surge, e que aliás no século vinte colocou forma expressamente nestes termos: o tema da relação entre legalidade e legitimidade" (SALDANHA, 1976, p. 66-67).

1.2 Juspositivismo e a Obediência Civil

A medida em que o Estado tem sua organização e seu poder justificados pelos princípios da legalidade e da legitimidade, leva-nos, necessariamente, a delinear o conceito e fundamentação do princípio da obediência civil e seus efeitos, uma vez que se torna uma prerrogativa estatal ser obedecido pela sociedade, na forma da lei.

Pois bem. O Conceito de obediência civil e sua validade se dá pela legitimidade do Estado para governar o povo e, portanto, impõe-lhe, através do poder estatal de coerção, a submissão ao cumprimento ou não de certos atos decorrentes de situações fáticas.

Aqui introduzimos a ideia trazida pelo Positivismo que, no período da Idade Moderna, o direito natural é substituído pelo direito positivo, isto é, os costumes e o controle da igreja deixam de existir, de certa forma e, passa a vigorar as leis estatais e o próprio Estado, o que Olivier Beaud vai chamar de "surgimento da positividade do direito".

Um pouco mais adiante, o neopositivismo ou juspositivismo, em seu sentido estrito, aponta que a validade da norma está condicionada ao ordenamento jurídico que lhe confere este caráter e, deste modo, impondo-as aos seus destinatários, sociedade, gera direitos e deveres.

Como mencionado anteriormente, a norma validada pelo ordenamento confere a legitimidade de imposição desta e, como legitimado, ao Estado é conferido o poder de coerção para que a norma se cumpra.

De outro giro, o juspositivismo em sentido amplo (ou positivismo moderado), mais aceito por Norberto Bobbio, vai dizer que a moral não será o meio definitivo para definir e aplicar o direito. Porém, para algumas sociedades, pode haver uma convenção social (costume) implicando em considera moral para determinar a validade e modo de interpretar as normas jurídicas, como é o caso dos Estados que adotam o sistema *common law*.

Desta forma, denota-se a obediência civil ganhando respaldo a partir da corrente do Positivismo Jurídico. Ou seja, justifica-se a sua aplicação no ordenamento jurídico pela legitimidade que lhe é dada pelo povo, conforme os princípios constitucionais: O Poder emana do povo e este dá legitimidade ao Estado para gerir o todo.

Ante o exposto, podemos dizer que o conceito de obediência civil estaria respaldado em ambos os sentidos: estrito e amplo (ainda que seja maior a incidência do sentido estrito) uma vez que tanto a lei como o costume podem ser ditas como fontes do direito e com isso, uma vez previsto no ordenamento jurídico do Estado, estão arraigadas de legitimidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para elucidar esse aspecto basilar da corrente teórica, Bobbio destaca três sentidos de juspositivismo: (i) Positivismo jurídico como ideologia (do direito); (ii) Positivismo jurídico como Teoria (do direito); (iii) Positivismo jurídico como método (para estudo do direito).

Em um primeiro momento, os juspositivistas na vertente ideológica, como exemplifica Bobbio (1995), suscitam o princípio da Legalidade, contrapondo à ideologia jurídica do nazismo (defendida pelo positivismo extremista), como meio de frear as arbitrariedades do que ele chama de "Governo de Homens". Afirma-se que a lei impõe limites ao próprio Estado e não alimentar um fascismo (positivismo moderado).

> Dizer que a lei deve ser obedecida significava, sob o regime passado, defender a liberdade individual lesada pelos abusos do poder político, que não respeitava a lei (já que o dever de obedecer à lei diz respeito não só aos cidadãos, mas também aos órgãos do Estado). (BOBBIO, 1995, p.236)

O segundo aspecto do juspositivismo como Teoria vai trazer seis concepções que vão dar-lhe fundamento, quais sejam: a) teoria coativa; b) teoria legislativa; c) teoria imperativa; d) teoria da coerência do Ordenamento Jurídico; e) teoria completitude e; f) teoria da Competência lógica.

Detendo-se às três primeiras, por acreditar serem infundadas as críticas feitas à estas pelo antipositivistas, Bobbio enfatiza-as, portanto, como pilares para a Teoria do positivismo jurídico, sendo as três últimas apenas suportes secundários.

Nesse diapasão, cumpre salientar que, para ele, estes dois primeiros sentidos de juspositivismo não são acolhidos em sua plenitude, contrapondo-se ao sentido estrito do juspositivismo e ao extremismo do positivismo ético. Conclui, abraçando por completo o positivismo jurídico como método, por entender como puro método científico onde por ele perpassa a Teoria do Direito.

Em suma, vemos o Juspositivismo em uma postura descritiva do direito que vai abolir uma definição de direito que não leva em consideração sua legitimidade (seu mérito) e que, de igual modo, não se põe o dever de obediência ao direito positivo, princípio da legalidade isto é, à norma válida em determinado Ordenamento Jurídico, por conseguinte, compreendemos como premissa que dá fundamento a obediência civil, a corrente teórica do Positivismo Jurídico que, pelos princípios de legalidade e legitimidade confere ao Estado o poder coercitivo para que se faça o direito, a fim de proteger as liberdades individuais e coletivas.

1.3 As repercussões do Estado de Direito

De acordo com Saldanha (1976, p. 44), destacamos nesse processo de secularização, o Estado de Direito como modelo, isto é, "aquele em que limite e o fundamento da ação estatal se encontram na ordem jurídica e essencialmente na base desta, a constituição".

Nesse seguimento, o Autor conclui defendendo sua tese sob três perspectivas: o constitucionalismo como processo, Estado de direito como um modelo e o liberalismo como um credo, que dispõe uma forma necessária de política: a discussão e o consenso.

De fato, esses três aspectos passam a contrapor o modelo absolutista da Idade Média, em que a vontade do soberano, agora passa a ser do povo. O sentido autoridade encontra-se agora, com o contrato social (no sentido liberal) e na "vontade geral", em Rousseau, plasmada na Lei. Desse modo, o Estado e os indivíduos estão submetidos ao Direito.

> Pode ser também, a expressão Estado de Direito, tomada amplamente, como equivalente ao próprio conceito do Estado Moderno: é no Estado moderno que o sistema jurídico assume posição central, é nele que os "poderes" se investem de sentido jurídico, é nele que a lei se torna modo por excelência de comando normativo. (SALDANHA, 1976, p. 43)

Portanto, podemos dizer que, o Estado de Direito significa um modelo de direito em que a objetividade do ordenamento está posta e é oriundo de uma fonte legítima de produção de lei - representantes do povo - o que nos permite inferir este modelo como arcabouço teórico da justificativa do juspositivismo; nascido como corrente teórica para fundamentar juridicamente esse novo Estado.

Como consequência, a estruturação do Estado ganha nova roupagem com a separação dos poderes (ou divisão de poderes) que se tornava princípio obrigatório, posto que o processo do constitucionalismo fundamenta nos poderes constituídos a delimitação nas suas áreas de atuação, a fim de que, possam gerir o estado, bem como serem fiscalizadores mútuos, tendo a constituição como núcleo vetor das suas atividades.

Igualmente, nesse período, podemos falar, de modo mais acentuado, sobre a racionalização decorrente da urgência de ruptura com o Estado Absolutista, esforços advindo do liberalismo que tendenciou a crescente racionalização, tais como: o pacto social, codificações e leis escritas - normatização das condutas (SALDANHA, 1976), por ser de demasiada importância, no pensamento moderno-liberalista, a dissociação do direito e a moral, quer dizer, dissociação das ingerência da Igreja sobre o Estado.

Mister salientar que, as codificações ocorridas no final do século XVIII e início do século XIX ainda estavam estruturadas sobre o conceito jusnaturalista, visto que o iluminismo tentou positivar o direito natural. De acordo com Bobbio (1995, p. 54) no movimento iluminista "o direito é a expressão ao mesmo tempo da autoridade e da razão" e, nisto temos uma pequena vertente do positivismo jurídico.

Todavia, ainda que na segunda metade do século XVIII o iluminismo tentasse fazê-lo, a racionalização crescente, resultou no direito um saber mais sistematizado (SALDANHA, 1976).

Como reflexo desta sistematização, "Direito e Razão" ganham um mesmo sentido, de modo que, o juspositivismo defende não haver direito sem razão, ou seja, que não admite a abstrativização, mas sim, busca a objetividade e a uniformização das normas.

Nesse aspecto, como grande exemplo resultante do rigoroso positivismo jurídico (*stricto sensu*), temos a codificação francesas do séc. XIX, ou melhor, o Código de Napoleão (BOBBIO, 1995) que não permitia, as "lacunas do direito positivo" e portanto, "a lei era a lei" e nela se exauriam todos os questionamentos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Destarte, a máxima permite dispor a obediência civil como dever do indivíduo, em razão de uma lei (princípio da legalidade) que confere ao Estado, legitimado pelo povo (princípio da legitimidade), poder coercitivo para impô-la aos indivíduos e à coletividade, fruto de um Estado de Direito que está alicerçado sobre o positivismo jurídico.

Por fim, pudemos determinar, a grosso modo, os parâmetros histórico-jurídicos que sustentaram o modelo de Estado, e que lhe conferiram poder para gerir a sociedade, com fundamento na Lei (válida em razão os princípios de legalidade e legitimidade) e, assim, torna-se premissa para a obediência civil.

2. DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Em uma entrevista ao programa Direito & Literatura, mediado pelo jurista Lenio Streck, o Professor e Filósofo Castor Bartolomé Ruiz, comenta sobre a obra Desobediência Civil, a descrevendo da seguinte forma: "representa o resumo de uma experiência de vida, transformada num texto filosófico-jurídico-político".

O fator que vai provocar o surgimento da Obra Desobediência Civil é, justamente, o momento da prisão de Thoreau que, ante a guerra dos Estados Unidos contra o México e a escravidão, se coloca na obrigação moral de resistir à um governo que ele considera ilegítimo e, assim, acaba sendo preso por não pagar os impostos individuais da época.

Nesse sentido, Bartolomé reforça que, essa foi a tática (não pagar os impostos) que ele encontrou para não ser cúmplice de um governo que ele considera injusto.

> Se a injustiça é parte do inevitável atrito no funcionamento da máquina governamental, que seja assim: talvez ela acabe suavizando-se com o desgaste - certamente a máquina ficará desajustada. Se a injustiça for uma peça dotada de uma mola exclusiva - ou roldana, ou corda, ou manivela - aí então talvez seja válido julgar se o remédio não será pior do que o mal; mas se ela for de tal natureza que exija que você seja o agente de uma injustiça para outros, digo, então que se transgrida a lei. Faça da sua vida, um contra-atrito que pare a máquina. O que preciso fazer é cuidar para que de modo algum eu participe das misérias que condeno. (THOREAU, 1999, p.19-20)

Assim sendo, Bartolomé vai dizer que, imediatamente após sua prisão, Thoreau vê a necessidade de colocar por escrito as suas ideias a respeito do direito de desobediência civil e os argumentos desse direito à um governo considerado injusto, ilegítimo, tratando dentro desse contexto, questões como "até onde um governo deve ou não existir" (fundamentos anarquistas).

2.1 As Influências de Henry David Thoreau

Como mencionado anteriormente, as nuâncias desta pesquisa versam sobre a compreensão teórica do positivismo jurídico que ganhou força na Europa com o advento do Estado Moderno, em que atualmente o Ordenamento Jurídico Brasileiro se alicerça, através do sistema de civil law, o qual está intrinsecamente ligados às contribuições do filósofo norte-americano, Henry David Thoreau.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A bem da verdade, ainda que Thoreau esteja inserido em outro contexto, isto é, do direito anglo-saxônico, pautado no sistema *common law*, vemos que o ordenamento brasileiro e o norte-americano têm forte embasamento sobre a mesma perspectiva teórica, posto que pertencentes à mesma tradição ocidental, como pano de fundo, influenciados amplamente pelo iluminismo e no projeto da modernidade, a qual pretende-se enfatizar.

Nascido nos Estados Unidos, Thoreau marcou o século XIX como precursor do movimento libertário (influenciado pelos ideais iluministas e liberalistas daquele período), também defendia os princípios do transcendentalismo contudo, diferente de seu grande amigo Ralph W. Emerson, dotado de forte individualismo.

O Filósofo norte-americano Emerson, um dos fundadores do movimento cultural chamado Transcendentalismo, descreve seu melhor amigo com tamanha propriedade de modo que, ao escrever sobre ele como forma de homenageá-lo, após seu falecimento, o grande homem que foi e para que o Mundo pudesse conhecê-lo como ele o conheceu, disse:

> He lived for the day, not cumbered and mortified by his memory. If he brought you yesterday a new proposition, he would bring you to-day another not less revolutionary. A very industrious man, and setting, like all highly organized men, a high value on his time, he seemed the only man of leisure in town, always ready for any excursion that promised well, or for conversation prolonged into late hours[49] (Ralph W. Emerson, 1862)

Pois bem. Vemos em suas emblemáticas discussões, princípios teóricos enraizados já suscitados anteriormente, e, aqui, enfatizamos uma de suas principais obras que obteve grande visibilidade após seu falecimento, a chamada "Desobediência Civil", publicado em 1849, em que Thoreau manifesta sua resistência ao Estado, o que, posteriormente, se tornou referência de luta contra a injustiça e a opressão.

Insta frisar que, outras teses acerca da desobediência civil foram desenvolvidas antes de Thoreau porém, em contexto diverso, como à exemplo da Antígona de Sófocles[50], em que a personagem Antígona desrespeita a ordem de um novo governante, num modelo político grego.

Todavia, foi atribuída ao filósofo norte-americano o papel de Pioneiro do conceito, vez que refletia exatamente o que sociedade necessitava, uma resposta ao Estado-Leviatã,

[49] Tradução Livre: "Ele vivia o dia, não sobrecarregado e mortificado pela sua memória. Se ele lhe trouxesse no dia anterior uma nova proposição, hoje lhe traria outra não menos revolucionária. Um homem muito diligente e determinado, como todos os homens altamente organizados, de grande valor em seu tempo, ele parecia o único homem de lazer na cidade, sempre pronto para qualquer excursão que prometesse algo bom, ou para uma conversa prolongada até tarde da noite."

[50] A Peça Teatral "Antígona", do dramaturgo Sófocles trata-se de uma tragédia grega que aborda diversas questões e, entre elas, discutiu-se sobre a obrigação de obedecer ou não às leis impostas pelo Estado. Nela, Antígona descobre que um dos seus irmãos que foi morto na guerra pelo Trono de Tebas, teve seu sepultamento negado. O novo soberano, Creontes, determinou que o corpo de Polinices ficasse exposto às aves. Ante essa situação, Antígona decide desobedecer ao decreto de Creontes e dá ao seu irmão um sepultamento digno.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

retratado em Hobbes, isto é, o Estado nesse momento está bem estabilizado, tratando-se, portanto, de uma outra fundamentação de para a obediência.

Nesse diapasão, grandes nomes como Leon Tolstói na luta contra o totalitarismo do czar na Rússia, Mohanda Gandhi contra discriminação na África e pela independência da Índia e Martin Luther King contra a discriminação racial e pelos direitos civis, foram influenciados pelos princípios da desobediência civil, bem como teve grande impacto sobre os pensadores da ciência política como Hannah Arendt e John Rawls.

Contudo, é evidente que, este princípio foi moldado e, pode-se dizer, modificado, ao longo dos anos, enquadrando-se às situações e, portanto, foi acrescido de significados que em sua gênese não existia.

Em verdade, o princípio da desobediência civil construída em Thoreau fundamenta-se em um pensamento anarquista individualista, o qual iremos tratar posteriormente, com maior ênfase, haja vista que, em sua obra, o filósofo se depara com um ato contestável, isto é, o pagamento de tributos para financiar a guerra com o México e, a partir desta premissa, passa a discutir sobre o papel do estado, com base nos princípios teóricos do anarquismo.

Em contrapartida, é notório que, nas lutas pelos direitos libertários, os líderes vieram a adotar a desobediência civil como forma a findar um modelo de Estado que violentava o povo (psicológica, física e emocionalmente) levando-os a exaustão, o que gerou uma resposta que tornou o que hoje conhecemos de Estado Constitucional de Direito, onde o povo é legítimo detentor do Poder e, portanto, delega ao Estado para que gerencie o todo, fazendo-o legítimo.

Nesta perspectiva, trava-se uma discussão entre as perspectivas teóricas de Thoreau frente ao Juspositivismo que ganha espaço gradativamente, à medida em que, as revoluções reafirmam o binômio legalidade-legitimidade que dá ao Estado o poder de representar o povo.

Thoreau vai propor uma resistência a certos comportamentos do Estado, numa postura individualista e anarquista (ainda que venha a suavizar essa questão no final de desobediência civil), de modo que, quando questionado sobre suas obrigações como cidadão americano, responde: “a única obrigação que tenho direito de assumir é fazer a qualquer momento aquilo que julgo certo.” (THOREAU, 1999, p. 5)

Isto posto, o filósofo se apresenta perante a sociedade com um olhar voltado para seus valores morais que, não está de todo errado, haja vista que cada ramificação da sociedade e cada indivíduo traz consigo uma bagagem de valores e conhecimentos específicos.

Contudo, as suas ideias chegam à um ponto tão radical que, afasta toda e qualquer possibilidade de olhar humanitário para a sociedade que sofre as consequências, positivas ou negativas, dos seus atos.

Pois bem. Ainda nesse movimento, Thoreau (1999) questiona se “deve o cidadão desistir da sua consciência, mesmo por um único instante ou em última instância, e se dobrar ao legislador?”

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Um dos pontos que embasam o início deste conflito entre o Estado e a sociedade e, entre os próprios cidadãos vislumbra-se sobre o aspecto das liberdades públicas e a Teoria do Populismo, abordado em Vladimir Safatle, o qual trataremos mais à frente.

Cumpre ressaltar, primeiramente, o entrave entre o dever de obediência e os princípios da desobediência civil de Thoreau, o qual nos permitirá maior compreensão do tema antes de adentrarmos nos conflitos, núcleo deste certame.

2.2 Dever de Obediência vs. Direito de Resistência

Com efeito, dever obediência, como já mencionado, não está unicamente ligado à obrigação do cidadão, mas também ao Estado (BOBBIO, 1995), posto que a obediência faz referência às Leis e, de modo mais amplo, à Constituição, que no ápice do positivismo, entre o final do século XIX e início do século XX, determinar-lhe-á como a norma hipotética-fundamental[51] que norteia e dá validade à todas as demais normas.

Nesse sentido, entende-se que o dever de obediência seria na sua essência o dever de obediência à Lei que comporta obrigações tanto para o Estado, leia-se, órgão regulador e legitimado pelo Povo, quanto ao cidadão; não restando óbice que, para tanto, o Estado acaba por "herdar" a submissão à obediência do povo, quando deliberar mandamentos legítimos.

A premissa ganha extensão quando da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, a qual expressamente defende em seu art. 33, o dever de obediência, nos seguintes termos: "toda pessoa tem o dever de obedecer à Lei e os demais mandamentos legítimos das autoridades do país onde se encontra" (LARANJA; FABRIZ, 2018, p.131)

Dito isto, passamos à compreensão do direito de resistência. De acordo com Bobbio (2004, p. 132), a resistência como antítese da obediência comporta uma ruptura com o ordenamento, pondo o sistema em crise, mas não obrigatoriamente em questão, isto é, pode fazê-lo, mas não se trata de requisito para sua configuração.

Assim, segundo entendimento de Buzanello (2002, apud LARANJA; FABRIZ, 2018, p.132), a resistência, como conceito genérico, abarca três modalidades específicas: objeção de consciência, revolução e a desobediência civil.

Pois bem. Tratam-se de conceitos distintos, por óbvio, ainda que gere certa confusão na sua aplicação quando dos discursos sociais acalorados que, certamente, pelo desconhecimento de sua exegese, acabam no equívoco entendimento de dispor sobre os mesmos mecanismos para alcance de seus objetivos.

A objeção consciente em Buzanello (2002, apud LARANJA; FABRIZ, 2018) é um meio lícito (encontra fundamentação jurídica), em que o indivíduo emprega resistência à determinada situação quando esta fere algum valor moral, por questões políticas ou de crença, por exemplo.

[51]A Pirâmide de Kelsen dispõe sobre a validade da norma por uma norma anterior e superior, devendo todas as normas estarem fundadas nesta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em contrapartida a revolução utiliza-se de violência e uma mudança repentina do poder e, do sistema de governo, de modo que, é tido pelo sistema predecessor como um ato ilícito.

De tal maneira, a principal diferença entre a desobediência civil, objeto da pesquisa e, as demais é que, na desobediência exige-se uma certa publicidade de seus atos, ou melhor dizendo, uma "manifestação pública", bem como não comporta atos de violência; seu objetivo não é contrapor todo o sistema, mas apenas resistir à alguns aspectos do ordenamento jurídico (BUZANELLO, 2002, apud LARANJA; FABRIZ, 2018, p. 133).

Destarte, pelo não uso da força, o princípio da desobediência civil utiliza-se da punição do Estado para que sua repercussão possa atingir e "chocar" a sociedade, o que reafirma seu caráter de manifestação pública.

Desse modo, a desobediência civil pode ser descrita como um mecanismo (i) legítimo, visto que há submissão do indivíduo a sanção do Estado por determinado ato; (ii) ato ilícito, pois vai de encontro aos ditames do ordenamento (por isso, há sanção) e, (iii) não violento, como elencado anteriormente. (LARANJA; FABRIZ, 2018, p. 134)

Assim sendo, infere-se que para o sucesso de tal desobediência, esta dependerá da adesão dos indivíduos ou grupos sociais nas suas manifestações, bem como sua repercussão para que atinja seu objetivo.

Um dos maiores exemplos é o próprio filósofo Henry Thoreau que, em meio ao século XIX, nos Estados Unidos, negou-se a pagar os impostos que, à época, custeavam a guerra contra o México e, por esta razão, acabou sendo preso.

Foi no período de encarceramento que surge uma das obras mais conhecidas de Thoreau: A Desobediência Civil.[52] Nela o filósofo traça seus primeiros pensamentos sobre o tema, diante da realidade que vivia.

> A lei nunca fez os homens sequer um pouco mais justos; e o respeito reverente pela lei tem levado até mesmo os bem-intencionados a agir cotidianamente como mensageiros da injustiça. [...]Sai mais barato, em todos os sentidos, sofrer a penalidade pela desobediência do que obedecer. Obedecer faria com que eu me sentisse diminuído. (THOREAU, 1999, p. 6 e 28)

A máxima nos leva ao ensejo desta pesquisa, onde discute-se se a Desobediência Civil a partir das liberdades públicas, transcende os limites da licitude ensejando em anarquismo social e se, portanto, seria possível delimitar tais liberdades públicas a fim de que encontre tal equilíbrio.

Nessa perspectiva, importa replicar o pensamento de Norberto Bobbio, (2004, p. 140-141) quando faz crítica à sociedade atual, ao compará-la, no direito de resistência, com àqueles dos filósofos do século XVI e XVII que, mesmo trazendo questões idênticas

[52]A obra escrita em 1849 por Henry David Thoreau foi inicialmente intitulada de "Resistência ao Governo Civil" e, mais tarde, foi renomeada passando a chamar-se "Desobediência Civil".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(opressão, abuso de poder) que dão vazão a tal direito, estamos diante de uma nova ótica social, conforme descreve abaixo:

> Seríamos tentados a dizer que ocorreu uma inversão radical da fórmula de Hobbes: para Hobbes, todos os Estados são bons (o Estado é bom pelo simples fato de ser Estado), enquanto hoje todos os Estados são maus (o Estado é mau, essencialmente, pelo simples fato de ser Estado)

Em que pese essa inversão é claramente percebida na contemporaneidade, vez que a tensão entre Estado e povo está latente, por diversos fatores sociais, políticos, econômicos, razão pela qual o anarquismo parece-nos cada dia mais próximo, isto é, um movimento natural dessa engrenagem que chamamos de sociedade.

2.3 Anarquismo e seus reflexos

De acordo com o dicionário da língua portuguesa, o anarquismo trata-se de uma "teoria política que afirma ser a sociedade independente do poder do Estado; teoria social e política que não aceita a submissão da sociedade aos poderes governamentais e/ou à autoridade do Estado."[53]

Essa corrente teórica foi ramificada em diversas facetas, de modo que as integrações ao movimento anarquista se deram de modos distintos, contudo mantendo-se intocável em seu cerne: a oposição ao poder governamental do Estado.

Entre essas ramificações, surge o anarquismo individualista, o qual Henry Thoreau foi adepto, imprimindo-o em suas obras. Assim, desenvolvida no século XIX, especialmente nos Estados Unidos e na França, ainda que seus pensadores não tivessem qualquer conhecimento uns dos outros.

Importa destacar que os ideais anarcoindividualista de Thoreau não permaneceram apenas, deste lado do hemisfério; teve repercussões e influenciou filósofos na Europa, tendo seu ápice na metade do século XX, com a adesão de muitos pensadores, a exemplo de Henri Arvon, passando então a integrar o pensamento libertário europeu.

Nos Estados Unidos, Henry Thoreau defende o anarquismo individualista, embasado no transcendentalismo, isto é, acredita na conexão espiritual com a natureza, com teor individualista, onde o homem é capaz de se autogovernar, é autossuficiente, e que, portanto, as reformas sociais e políticas partem deste indivíduo, sendo desnecessário a figura do Estado, como ele mesmo vai dizer na abertura de sua obra Desobediência Civil: "o melhor governo é o que não governa de modo algum." (THOREAU, 1999, p. 3)

Sob este olhar, é considerado um dos precursores do movimento libertário e, descrito pela Doutrina como um anarquista individualista libertário. Assim, suas obras mais conhecidas, "Walden: Uma vida nos bosques" e "Desobediência Civil" são reflexos desse posicionamento.

[53]Definição de Anarquismo - https://www.dicio.com.br/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Inobstante, no individualismo, o filósofo norte-americano vai dizer que a Lei Moral do indivíduo deve sobrepor à autoridade estatal e seus mandamentos legítimos. Nesse viés, Thoreau (1999, p.6) vai dizer:

> Deve o cidadão desistir da sua consciência, mesmo por um único instante ou em última instância, e se dobrar ao legislador? [...] Não é desejável cultivar o respeito às leis no mesmo nível do respeito aos direito. A única obrigação que tenho direito de assumir é fazer a qualquer momento aquilo que julgo certo.

A visão do filósofo mostra a clara inversão da fórmula de Hobbes mencionada por Bobbio (2004), a qual traçamos anteriormente, e vai se reafirmando ao longo da obra Desobediência Civil à medida que o autor, à luz do anarcoindividualismo, defende que o Estado tornou-se um órgão impossibilitador do desenvolvimento e livre atuação do indivíduo no tocante aos seus direitos (nível moral) e que, portanto, o correto seria o "Homem que se autogoverna".

Ante tais argumentos, esbarramos na questão da singularidade do indivíduo, ou seja, cada pessoa traz consigo, na formação do ser, valores morais, éticos, religiosos próprios o que, a grosso modo, nos leva a premissa "Qualquer governo é melhor que a ausência de governo"[54], isto porque, segundo Hobbes (2003), o anarquismo como elemento intrínseco ao indivíduo leva inevitavelmente à uma violência civil generalizada.

Importa lembrar que, não se defende aqui o Homem como ser incapacitado de viver em sociedade, mas que na realidade social contemporânea, este Homem tem se mostrado cada vez mais voltado à uma postura antissocial (individualista) do que *pro societate*.

Decerto, apenas esse argumento seria suficiente para demonstrar a inviabilidade de uma sociedade progredir quando está totalmente dividida e, pior, sem um órgão moderador que imponha limites a determinados abusos da "vontade" do indivíduo, afinal, o que cada pessoa julga certo, não está pautado em um mesmo valor (formação do ser humano).

Contudo, para melhor elucidar a máxima, tomemos como base a Teoria do Populismo, explicada em Safatle. O filósofo ao conceituar o populismo vai dizer que o governante busca atender as necessidades das massas (minoritárias), de modo a alcançar uma hegemonia e evitar um colapso (caos social).

Obviamente que, a medida que as massas estão insatisfeitas, se insurgem contra o Estado e, no auge de seu descontentamento tentam expurga-lo, na figura do seu representante. Isto reforça que, a sociedade é dividida em facetas e, ainda que o governante tente atender a medida do possível a necessidade das massas, elas ainda assim não estarão satisfeitas, posto que, aquilo que é bom para um, nem sempre será satisfatório para outro.

Não podemos olvidar que, a sociedade contemporânea marcada por um forte individualismo, frutos de uma diversidade de fatores, os quais não iremos nos deter nesta

[54] Na teoria do filósofo, Thomas Hobbes vai dizer que o Homem é essencialmente mau e, por isso, o Estado se faz necessário para frear esse ser "anti social" e, para tanto, é preciso estabelecer, tanto vertical como horizontalmente, um contrato social para ordenar o convívio entre os indivíduos e entre as massas.

pesquisa, porém, é esse individualismo exacerbado que tem colocado em xeque a vivência harmônica entre os indivíduos.

Podemos dizer que, é justamente nessa Era de Direitos que o indivíduo tem se colocado como primeira e única prioridade, onde todos dizem ter direito, mas não conseguem enxergar além de si, isto é, não conseguem enxergar o direito do outro, muito menos da coletividade.

Por esta razão, entende-se que a desobediência civil, com base nas liberdades públicas, frente a essa sociedade de direitos (no seu aspecto negativo), acaba por gerar uma linha tênue para o anarquismo social (implosão; caos).

Vale ressaltar que, as liberdades públicas (com ênfase na liberdade de expressão) em si, não são o mal, pelo contrário, são conquistas históricas importantes que permitiram o desenvolvimento da sociedade e na proteção à dignidade humana, conforme veremos em sequência, todavia a sua utilização como prerrogativa para desobediência civil é que a coloca como um mal, possivelmente, irremediável.

Sob essa perspectiva, traremos o mecanismo da desobediência civil, fundamentando nas liberdades públicas, a fim de tentar delimitar a sua incidência para frear a engrenagem (sociedade moderna) que avança rapidamente ao anarquismo social.

É evidente que as liberdades públicas como ramificação dos direitos fundamentais requerem uma análise aprofundada, uma vez que a partir delas, decorrem demais liberdades. Entretanto, para fins desta pesquisa, iremos nos deter às liberdades públicas, especificamente na Liberdade de Expressão.

3. (DE)LIMITAÇÃO DAS LIBERDADES PÚBLICAS

Na perspectiva do jurista francês, Jean Rivero (1973), as liberdades públicas "são liberdades que o direito positivo reconhece e organiza", ou seja, tratam-se de direitos que são a gênese da liberdade do homem.

As Liberdades Públicas estão interligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88) e, nesta, encontram-se diversos direitos fundamentais; entre esses, temos uma das mais discutidas liberdades públicas fundamentais: a liberdade de expressão.

Enfatize-se que, na atual conjuntura societária, esse mecanismo previsto no Constituição Federal de 1988, coloca-se como uma problemática latente, frente os ideais da desobediência civil, isto porque, o indivíduo tem buscado no individualismo de suas vontades, satisfazê-las, de modo que o jargão "Eu tenho direitos" se tornou preocupante.

Do ponto de vista jurídico, a liberdade de expressão encontra-se inserida numa posição delicada, em que faz-se necessário a ponderação de princípios, contudo ainda que a ponderação seja a única saída disponível ao legislador até então, a sociedade individualista não vislumbra os limites de seus direitos ante os direitos do outro, ou da coletividade, e nisso persiste o caos social no qual temos avançado gradualmente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O paradigma de desobediência civil, ainda que tendo acrescido à evolução da sociedade, acaba distorcido na sociedade contemporânea quando utilizada de forma a embasar a conduta do cidadão no uso da dita liberdade de expressão sob o errôneo argumento de "fazer aquilo que acha certo" mesmo que ferindo direito individual e coletivo.

Nesse diapasão, trazemos à memória inúmeras situações que, infortunadamente, tornaram-se corriqueiras, tais como: a manifestação de grupos por meio de nudez, o desrespeito e a ofensa por meio da dita "liberdade artística" (à exemplo prático das piadas feitas pelos comediantes, cartunistas, entre outros).

Portanto, chegamos ao questionamento chave desta pesquisa: seria possível (de)limitar as liberdades públicas, alicerçada na teoria da desobediência civil, a fim de evitar o anarquismo social?

A bem da verdade, ainda que em um primeiro olhar não seja possível visualizar tal "delimitação", tendo em vista os diversos estudos até então apresentado pelos juristas contemporâneos, pode-se dizer que as conquistas quanto a ponderação de princípios não mais satisfaz as necessidades da sociedade de forma plenamente eficaz.

A delimitação se encontra em um âmbito extremamente delicado pela própria matéria à qual ela está interligada, isto é, a Liberdade. A temática se torna sensível pois alcançar a vitória constitucional da Liberdade, não se trata de mero acaso ou vontade do Estado, mas de uma série de "lutas" pelo direito de liberdade e nele suas ramificações.

Mesmo que o sistema de ponderação de princípios não esteja a satisfazer a necessidade como outrora, por outro lado percebe-se que a sociedade não evoluiu de modo a superar a premissa anterior de "ponderação" para a nova premissa de "delimitação", posto que para esta é necessário do indivíduo "abrir mão" de um direito a fim de respeitar o direito do outro que é latente na situação concreta.

Veja que na ponderação das liberdades de expressão a atuação é única e exclusiva do judiciário, uma vez que na situação concreta é ele quem vai determinar qual direito deve prevalecer, através de tal sistema.

De outro giro, a delimitação das liberdades trata-se de uma atuação conjunta, onde o Estado determina as suas limitações e a sociedade compreende e aplica tais considerações, de modo que a ponderação se torna um mecanismo subsidiário, ou seja, quando surge um possível *hard case.*

Contudo a Era dos Direitos (sentido negativo) e o enraizado individualismo anárquico não permitem o crescimento do direito nem o da sociedade que, por conseguinte, infelizmente permanece estagnada.

Portanto, não há que se falar em delimitação das liberdades públicas, enquanto não solucionarmos os ideais acima colacionados, posto que estes são empecilhos explícitos para o desenvolvimento da sociedade e do direito.

Decerto é sabidamente impossível desentranhar do núcleo da sociedade ideais já completamente enraizados em suas esferas, individuais, grupos sociais, concepções, entre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

outros, o que torna ainda mais difícil que a filosofia do direito, os juristas, os doutrinadores, consigam migrar de um sistema de ponderação de princípios (liberdades) para um sistema de limitação de liberdades.

A máxima nos permite inferir que desobediência civil em Thoreau, fundada no anarquismo individualista, assumiu uma vertente de tal modo que esta linha tênue pode gerar o caos social.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento da presente pesquisa possibilitou uma análise ampla desde o Estado Moderno até o Estado Contemporâneo para demonstrar como o instituto da desobediência civil surge como uma ruptura do dever de obediência do indivíduo para com o Estado.

As conquistas trazidas por este instituto abarcavam também uma diversidade de questões que provam ser tóxicas às sociedades contemporâneas, a partir das contribuições de ideais filosóficos e sociológicos que permitiu-nos chegar a atual conjuntura, leia-se, uma engrenagem a ponto de entrar em colapso.

Ao verificar dentro do processo de secularização a legitimação do Estado, bem como a legalidade de seus atos, a sociedade ainda que detentora do poder[55], deve submeter-se à este Estado.

Nesse diapasão, trazemos as contribuições de Hobbes e Maquiavel, que tratam da ruptura do estado com a igreja e sobre um novo contrato social, onde o Estado Moderno vai sendo moldado na perspectiva de direitos e deveres em que a figura estatal se torna legítimo para atuar em prol da coletividade, impondo-lhe os mandamentos necessários para o bem-estar social.

Essa prerrogativa (dever de obediência), sofre impacto a partir da construção teórica de Thoreau, a desobediência civil, alicerçada nas ideias anárquicas individualistas, quando diz ser a Lei moral do indivíduo que deve prevalecer à autoridade estatal e seus mandamentos legítimos.

Dada a importância do assunto, uma vez que afeta diretamente os direitos e deveres do cidadão, as liberdades públicas tornam-se alvo de diversas discussões e conflitos, este trabalho acadêmico se atém a questionamentos essenciais, a fim de auferir a possibilidade de (de)limitação destas liberdades para que se evite um colapso social, onde os direitos individuais se tornam maiores que os coletivos ou até mesmo o único buscado pelo cidadão.

Nesse sentido, a tentativa de superar o sistema de ponderação de princípios, visto que não satisfazem por completo as necessidades contemporâneas sociais e de direito, a partir da limitação das liberdades (princípios) em cada caso concreto, foi se mostrando inviável, pois a atuação bilateral imprescindível a esta limitação é prejudicada, como já mencionado, pelos ideais enraizados do individualismo.

[55] "Todo o poder emana do povo (...)" - Artigo 1, § único da Constituição Federal de 1988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Uma sociedade em que os indivíduos são ensimesmados condenam-na ao anarquismo social, não progride, mas regride a tal ponto que em determinado momento certamente entrará em colapso.

A Era dos direitos tornou-se um problema inimaginável, posto que os ditos direitos, leia-se, liberdades públicas se tornaram maiores do que os deveres, maiores que os direitos de outrem.

Desse modo, a desobediência civil que, mesmo sendo um instituto legítimo, acaba por estar inserida na extrema linde para um anarquismo social, onde o autogoverno do homem pode significar a síncope própria e da massa.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. por Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer - Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

EMERSON, Ralph Waldon. *Thoreau: The country knows not yet, or in the least part, how great a son it has lost.* The Atlantic, ago.1862. disponível em: https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1862/08/thoreau/306418/. Acesso em: 14 mai. 2020.

HOBBES, Thomas. Leviatã. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JUST, Gustavo. Teologia política como legado hermenêutico. Secularização e democracia segundo Nelson Saldanha. In: Heleno Taveira Tôrres. (Org.). Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. São Paulo: Manole, 2005, p. 716-726.

LARANJA, Anselmo Laghi; FABRIZ, Daury Cesar. O dever fundamental de obediência às leis e a Desobediência Civil: uma análise do artigo 33 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 117, jul./dez 2018, p. 127-157.

NETO, Arnaldo B. Santos; HEINEN, Luana Renostro. Positivismo e Obediência em Herbert Hart. Sequência: estudos jurídicos e políticos, ISSN-e 2177-7055, Vol. 31, n.61, dez.2010, p.127-146.

PROGRAMA DIREITO & LITERATURA. Desobediência Civil. 2016. (28m17s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jxTjcYn8qN8>. Acesso em: 13 jul. 2020.

RIVERO, Jean. *Les Libertés Publiques*. Presses Universitaires, France, 1973.

SALDANHA, Nelson. O Estado Moderno e o Constitucionalismo - vol.26, São Paulo, Bushatsky, 1976.

SILVA, Odair Vieira; VIEIRA, Claudia Konstansky. As teorias contratuais de Nicolau Maquiavel e Thomas Hobbes e suas contribuições para a justificação do Estado Moderno. Revista Científica Eletrônica da Pedagogia - ISSN: 1678-300. Ano 16, n. 29, jul/2017.

THOREAU, Henry David. A Desobediência Civil. 1999. Disponível em: http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desobedienciacivil.pdf. Acesso em: 15 fev. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERROS MÉDICOS

WELLINGTON RODRIGUES DE ALMEIDA: Bacharelando do curso de Direito pelo IESB (Instituto de Ensino Superior de Bauru)

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

RESUMO: Acontece que no decorrer do tempo tem se dado muitos erros médicos,sendo elas negligência, imprudência ou até mesmo por falta de estrutura hospitalar. Quando falamos em erro médico, isso não significa que seja apenas cometido por um unico médico,e sim como os demais profissionais citando como exemplo o dentista, enfermeiros e entre outros. Haja vista que os números de afetados tem aumentado, mesmo com a tecnologia avançada dentro da medicina. O principal objetivo dessa pesquisa é esclarecer o que pode ser feito nos casos em que ocorrer erros médicos, e quais as responsabilidades civis perante os pacientes atingidos e lesados, levando ao dano físico, e como esses lesados podem agir diante de tal fato ocorrido. Esta principal abordagem tem como foco mostrar a legislação brasileira a respeito de tal ato acometido. O erro médico é um ato ilícito, e a elaboração dessa pesquisa foi feita através de fontes como doutrinas, jurisprudência e notícias oficiais. Então conclui-se que merece uma melhor observância principalmente no que tange o erro por culpa ou dolo para que os lesados venham a ter discernimento de quais medidas cabíveis devera tomar diante de consequências causada ao paciente.

Palavras-chave: Erros médicos. Responsabilidade civil. Obrigação

ABSTRACT: It turns out that over time there have been many medical errors, including negligence, recklessness or even a lack of hospital structure. When we talk about medical error, this does not mean that it is only committed by a single doctor, but as other professionals citing as an example the dentist, nurses and others. Bearing in mind that the numbers of those affected have increased, even with the advanced technology within medicine. The main objective of this research is to clarify what can be done in cases where medical errors occur, and what are the civil responsibilities to the affected and injured patients, leading to physical damage, and how these injured people can act in the face of such a fact. This main approach is focused on showing the Brazilian legislation regarding this affected act. . Medical error is an illegal act, and this research was carried out using sources such as doctrines, jurisprudence and official news. So it is concluded that it deserves a better observance mainly regarding the error due to guilt or deceit so that the injured ones will have a discernment of what appropriate measures should be taken in the face of consequences caused to the patient.

Keywords: Medical errors. Civil responsibility. Obligation

Sumário: Introdução. 1 Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro. 2 Erros Médicos e a Responsabilidade Civil. 2.1 Excludentes da Responsabilidade Médica. 3 Reparação do Dano por Erro Médico. 4 Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Desse modo o direito veio para impor leis para que assim pudesse ter uma sociedade melhor organizada, e também para combater os atos ilícitos, negligências, para que assim pudesse ser aplicada a punibilidade.

Devido a isso passou haver a responsabilidade humana, para que aqueles que cometessem suas falhas, pudessem se responsabilizar. Portanto, o tema responsabilidade civil por erros médicos, através das leis e do código de ética da medicina existe para punir os médicos, hospitais públicos e entre outros por suas falhas e negligências.

Diante disso, com o passar dos anos a medicina tem evoluído em bastantes seguimentos como por exemplo tratamentos de doenças, cirurgias estéticas e entre outros meios.

Entretanto em diversos casos, muitos médicos vieram a cometer danos irreversíveis, como lesões inconvertíveis, e muitos casos chegando até a morte de seus pacientes.

A pesquisa terá como base principal para sua estrutura, meios de pesquisa como artigos jurídicos especializados, levantamento bibliográfico, código de ética dos médicos e principalmente o código civil.

O foco principal desse artigo é mostrar as responsabilidades dos profissionais da medicina, assim como a responsabilidade dos hospitais em casos de dano causado ao paciente, e o que o nosso código diz a respeito.

I RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Primeiramente, antes de adentrar no tema de responsabilidade civil por erros médicos, deve-se entender o conceito da responsabilidade, e como funciona esse critério no direito brasileiro.

Pode-se enfatizar que a responsabilidade civil são aplicações de medidas que permitem e obriguem uma pessoa que cometeu um ato na qual seja ilícito, podendo ser uma ação ou omissão voluntária, imprudência ou até negligência.

Por meio do Código Civil de 2002, veio tornar a responsabilidade civil com um critério muito mais determinante, ou seja, muito mais rígido. A responsabilidade civil encontra-se no artigo 186 do Código civil.

> Artigo 186 CC - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Essa responsabilidade tem como objetivo restituir o dano acarretado pela falha de outrem, haja vista, que se trata de uma violação á regra de direito privado, cujo o objetivo é o interesse particular.

Então a responsabilidade civil é uma das coisas mais importantes dentro do código civil brasileiro, pois é por meio dessa responsabilidade, que é possível reparar alguns danos, podendo ser moral ou material.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Existem muitos conceitos a respeito da responsabilidade civil, porém Maria Helena Diniz (2003, P.34) conceitua da seguinte maneira:

> A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Foi com esse objetivo, que a responsabilidade civil veio, simplesmente para ajudar aquelas pessoas lesadas, e é por meio desse tema que será abordado na responsabilidade civil cometida pelos médicos e as falhas causadas por falta de estrutura no ordenamento da medicina.

2.ERROS MÉDICOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Organização Mundial de Saúde (OMS) divulgou em setembro de 2019 que mais de 138 milhões de pessoas são afetadas por ano por erros médicos, e 2,6 milhões de pessoas acabam morrendo por diversas causas.

No ano de 2018 no Brasil ocorriam em média seis mortes por hora, devido a falhas assistenciais ou até por infecções adquiridas no hospital. Segundo os especialistas, em suas análises informaram que de seis mortes, quatro poderiam ser evitadas se fossem realizados os procedimentos corretos.

Segundo as informações os principais erros cometidos são as aplicações de remédios inadequados, erros de transfusão de sangue, ou chegando em casos mais graves, como amputação de membros ou cirurgia no cérebro.

O erro médico pode ter como significado o dano causado ao paciente, seja por ação cometida do médico ou até mesmo omissão durante o exercício da profissão, portanto é uma conduta inadequada onde reproduz dano à vida ou à saúde de outro indivíduo, caracterizado por imperícia, imprudência ou negligência.

Gagliano e Pamplona Filho dissertam sobre erros médicos da seguinte maneira (2012, p.316):

> O erro médico é, em linguagem simples, a falha profissional imputada ao exercente da medicia.

Como já exposto anteriormente, o artigo 186 do Código Civil, relata sobre a responsabilidade civil, onde a culpa é um dos pressupostos para que tenha o dever de indenizar.

Complementando, o Código de Ética Médica, também estabelece, dentro da responsabilidade do profissional, sobre a imperícia, imprudência ou negligência dos atos.

O Artigo 1° do Código de Ética Médica diz:

> Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Pode-se falar que a responsabilidade cível do médico também é subjetiva, ou seja, o profissional não tem a obrigação de curar seu paciente, mas sim de tentar de todas as formas terem sucesso no tratamento.

Dessa maneira, Cavalieri Filho, deixa seu parecer sobre a situação da responsabilidade do médico (CAVALIERI FILHO, 2012, p.407):

> (...) o médico celebra contrato de meio, e não de resultado, cuja prestação não recai na garantia de curar o paciente, mas de proporcionar-lhe conselhos e cuidados, proteção até, com emprego das aquisições da ciência, a conduta profissional suscetível de engendrar o dever de reparação só se pode definir, unicamente, com base em prova pericial, com aquela reveladora de erro grosseiro, seja no diagnóstico como no tratamento, clínico ou cirúrgico, bem como na negligência à assistência, na omissão ou abandono do paciente etc., em molde a caracterizar falta culposa no desempenho do oficio, não convindo, porém, ao Judicário lançar-se em apreciações técnicas sobre métodos científicos e critérios que, por sua natureza, estejam sujeitos a dúvidas, discussões, subjetivismos.

Dessa maneira, para concluir este tópico, entende-se que os médicos possuem obrigações com seus pacientes, justamente por se tratar de vidas, o bem mais valioso do ordenamento jurídico.

Então sempre que ocorrerem danos, e causar prejuízos ao paciente, ocorrerá à responsabilidade civil, que deve ser reparada, porém sempre se atentando a culpabilidade e em casos subjetivos deve-se analisar se houve negligência, imprudência ou imperícia.

2.1 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Existem algumas causas que excluem as responsabilidades dos médicos, no qual não há necessidade do mesmo reparar o dano, ou seja, indenizar.

O doutrinador Gonçalves, ensina e conceitua sobre as cláusulas de não indenizar (2012, p.394):

> Claúsula de não indenizar é o acordo de vontades que objetiva afastar as consequências da inexecução ou da execução inadequada do contrato. Tem por função alterar, em benefício do contratante, o jogo dos riscos, pois estes são transferidos para a vitíma.

O primeiro excludente citado será aquele que envolver o terceiro como causador do dano. Entende-se que quando o agente e nem a vítima foram os responsáveis pela causa e a incidência do dano causado, e sim por um terceiro, a conduta do mesmo foi predominante para lesão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, paragráfo 3, inciso II, prevê:

> O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Outro caso possível de excludente da responsabilidade civíl por parte do médico é nos casos fortuito ou força maior, pois são casos imprevísiveis e inevitáveis tanto para o médico como para o hospital, pois não ocorreu nenhuma ação ou omissão da parte deles.

Do mesmo modo, Gonçalves deixa seu parecer sobre casos fortuitos ou força maior, da seguinte maneira (2012, p.394):

> O caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto. Ambos, equiparados no dispositivo legal supratranscrito, constituem excluedentes da responsabilidade porque afetam a relação de causalidade, rompendo-a, entre o ato do agente e o dano sofrido pela vitima.

Também se pode citar a Iatrogenia, que são danos provocados ao paciente, porém seria um prejuizo inevitável.

Existe uma diversificação de entendimento doutrinário nesta questão, onde parte da doutrina entende á iatrogenia como lesões que são previsíveis, esperadas ou não, e outra parte da doutrina reforça que as lesões iatrogênicas são danos causados por falha do comportamento humano.

Alexandre Martins dos Santos (2011), diz:

> Na cirurgia de septoplastia, que visa corrigir o desvio de septo nasal (...) em 5% dos casos estudados (...) poderá haver a memória ou mola do septo, voltando o nariz à posição pré-operatória. Nas cirurgias de catarata também pode ocorrer que, em paciente idoso, haja um deslocamento da retina, mesmo sendo o ato cirúrgico dentro da correta técnica. (...) O estudo da iatrogenia é fundamental por parte dos pertiso judiciais e dos médicos legistas.

3. REPARAÇÃO DO DANO POR ERRO MÉDICO

A legislação brasileira, no Código Ciivl, deixa claro que o dano deve ser reparado em indenização.

O artigo 951 do Código Civil deixa claro:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Artigo 951 CC – O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Portanto, como já citado nos tópicos anteriores, quando houver prejuízo ao paciente de forma culposa pelo médico ou por negligência, imprudência ou imperícia no exercicio de sua função, será necessário reparar o dano causado.

Ainda, vale lembrar que os hospitais públicos, são responsáveis por responder de forma objetiva, independente da comprovação de culpa, onde está elencado e descrito no artigo 43 do Código Civil.

Mais importante e objetivo do artigo, é destacar como as familias podem recorrer em caso de dano prejuizo á vítima. Já esclarecido que os médicos são responsáveis por reparar o dano causado, quando ocorrer o óbito do paciente por erro, á família pode entrar em juízo, direito preservado no artigo 948 do Código Civil:

> Artigo 948 CC – No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
>
> I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da familia.
>
> II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Como visto, em caso de óbito, á família terá direito a todas essas despesas e gastos elencados. No caso em que ocorrer lesões ou danos ao paciente, porém não ocasionar a morte, o artigo 949 do Código Civil estabelece:

> Artigo 949 CC – No caso de lesão ou outra ofensa à saude, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum prejuízo que o ofendido prove ter sofrido.

Para concluir, é necessário ter consciência do prazo prescricional para entrar com a ação de reparação de danos, pois o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor estabelece um prazo de cinco anos a partir do conhecimento do dano e da autoria.

Para evitar o afastamento e a possibilidade de receber a indenização, em relação ao dano sofrido pelo paciente, seja óbito ou qualquer consequência que tenha sofrido, é essencial ficar atento ao prazo estabelecido.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se pelo presente artigo cientifico, que os médicos são responsáveis por seus pacientes e devem estar sempre atentos com os meios utilizados para o exercício da sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

profissão, além de ter ciência do Código de Ética Médica, Código de Defesa do Consumidor e Código Civil, pois dissertam sobre a responsabilidade do mesmo, para uma lesão ou dano com um paciente, assim como suas possiveis defesas pelo acontecido.

No artigo, verificou-se que para sua responsabilização é necessário que tenha a culpabilidade do médico envolvido ou á negligência, impericia ou imprudência de seus atos.

Ocorre que em algumas situações, existe a excludente, que no caso, o médico não possui a obrigação de reparar o dano causado. As excludentes citadas no artigo, como por exemplo, o envolvimento de terceiro e casos fortuitos ou força maior.

Por fim, tirando os casos de excludente, os médicos são responsáveis, e a família deve estar sempre atenta para com os acontecimentos, mais ainda para ajuizar a ação indenizatória, onde o Código de Defesa do Consumidor estabelece um prazo de cinco anos para gerar a ação.

Então, o presente artigo, tem como função demonstrar a importância de estudar a responsabilidade civil e os casos que geralmente ocorrem, para assim, entender que o julgador deve analisar o caso como um todo, verificando se houve erro médico ou não.

REFERÊNCIAS

PLANALTO. Lei n° 10.406, 10 de Janeirode 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html - Acesso em: 02/06/2020.

Notícias R7. Erros médicos afetam 138 milhões de pessoas por ano. Disponível em https://noticias.r7.com/saude/erros-medicos-afetam-138-milhoes-de-pessoas-por-ano-diz-oms-13092019 - Acesso em: 28/05/2020.

UOL. Erros médicos afetam 138 milhões de pessoas por ano. Disponível em https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2019/09/13/oms-revela-que-138-milhoes-de-pessoas-sao-afetados-por-erros-medicos-por-ano.htm - Acesso em: 28/05/2020

GLOBO. Por hora, 6 pessoas morrem por erros médicos nos hospitais brasileiros. Disponível em https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2018/08/por-hora-6-pessoas-morrem-por-erros-medicos-nos-hospitais-brasileiros.html - Acesso em: 08/10/2020

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil:

responsabilidade civil. Vol 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Conselho Federal Médico. Código de Ética Médica. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp - Acesso em: 07/06/2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São

Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. Vol 7,

ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PLANALTO. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm – Acesso em: 11/06/2020

SANTOS, Alexandre Martins dos. Responsabilidade Civil do Médico. 1. ed. Rio de Janeiro:DOC, 2011.

PLANALTO. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A (IM)POSSIBILIDADE DA EXCLUSÃO DA SUCESSÃO POR ABANDONO AFETIVO INVERSO

JAKELINE HEVILLE DUARTE PEREIRA: Acadêmica de Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS

(orientador)[56]

RESUMO: o abandono afetivo inverso é o descaso, insensibilidade e negligência dos descendentes para com os ascendentes na velhice, que é a fase mais vulnerável da vida de um indivíduo. Essa é uma realidade no Brasil, entretanto não está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, por falta de atuação dos Poderes Legislativos e Judiciários. Diante disso, são questionados os direitos, deveres e consequências desse fato jurídico, e na ausência desta normatização, qual é o papel do Judiciário. Como objetivo geral buscamos abordar a (im)possibilidade da exclusão da sucessão por abandono afetivo inverso. Para a realização do estudo e solucionar o problema de pesquisa, serão utilizados os métodos científicos indutivo, observacional e comparativo. Verificou-se que os Poderes Legislativo e Judiciário têm atuado no tocante ao tema, levando em consideração a afetividade como um valor jurídico, que nos leva a ter um olhar científico do afeto no Direito das Famílias.

Palavras-chave: Abandono afetivo inverso; Deserdação; Idosos.

ABSTRACT: inverse affective abandonment is the neglect, insensitivity and neglect of descendants to the ascendants in old age, which is the most vulnerable phase of an individual's life. This is a reality in Brazil, however it is not positive in the Brazilian legal system, due to the lack of action of the Legislative and Judicial Powers. Therefore, the rights, duties and consequences of this legal fact are questioned, and in the absence of this standardization, what is the role of the judiciary. As a general objective, we seek to address the (im)possibility of the exclusion of succession by inverse affective abandonment. To carry out the study and solve the research problem, inductive, observational and comparative scientific methods will be used. It was found that the Legislative and Judicial Branches have acted on the subject, taking into account affectivity as a legal value, which leads us to have a scientific view of affection in family law.

Keywords: Inverse affective abandonment; Desertion; Elderly.

Sumário: Introdução. 1. 1. O idoso e o ordenamento jurídico brasileiro. 1.1. Afetividade como Valor Jurídico. 2. Abandono afetivo inverso. 2.1 Afeto e dever de cuidar. 2.2 Desbiologização da paternidade. 2.3 Abandono afetivo inverso (construção teórica/jurídica do abandono afetivo inverso). 3. Sucessão. 3.1 Indignidade. 3.2 Deserdação. 3.3 Precedentes Judiciais acerca do tema. CONCLUSÃO. Referências.

[56] Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogado. E-mail: guilherme@catolica-to.edu.br

INTRODUÇÃO

O alargamento do índice populacional dos idosos é uma nova realidade nacional e comessa evolução, a classe tem exigido adequações à nova situação demográfica no Brasil. A expectativa de vida tem aumentado, as taxas de natalidade diminuído e surgiu-se, assim, confrontos de gerações diante do novo cenário social.

Diante disto, a vulnerabilidade dos indivíduos e das relações estão em foco, visto que o afeto vem ganhando cada dia mais importância nas relações sociais e jurídicas atrelado à influência que esse comportamento exerce, mais especificamente, no núcleo familiar.

Os conceitos no Direito das Famílias estão em processo de mudanças e consequentemente, o Direito das Sucessões necessita acompanhar essas evoluções, já que os dois institutos abrangem o início, o meio e o fim da vida do indivíduo e suas relações.

Novas teses estão sendo criadas, devido às demandas, cada vez mais frequentes, que a sociedade tem exigido. O abandono afetivo inverso, que é o descaso, insensibilidade e negligência dos descendentes para com os ascendentes na velhice, que é a fase mais vulnerável da vida de um indivíduo, é um exemplo de demanda atual. Essa é uma realidade que existe há muito tempo, mas não está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, por falta de atuação dos Poderes Legislativos e Judiciários.

Diante desse fato, é questionado nas discussões, qual a penalidade que os descendentes deverão sofrer diante de uma situação que deveria ser analisada com compaixão pela sociedade e representantes dela. A possibilidade de exclusão da sucessão seria uma alternativa para este problema, porém temos um impedimento, que é o que a maioria dos tribunais têm alegado nessas situações: o rol taxativo dos artigos 1.961 a 1.965 do Código Civil Brasileiro.

Na legislação brasileira, o abandono afetivo é também tipificado como crime. Temos, atualmente, tramitando no Congresso Nacional, Projeto de Lei que amplia tais causas e normatiza tais possibilidades.

Diante de tais situações, é questionado pelo Judiciário e sociedade, em quais hipóteses há (im)possibilidade da exclusão da sucessão por abandono afetivo inverso?

Nesse trabalho, será abordado a (im)possibilidade de exclusão da sucessão nos casos de abandono afetivo inverso, levando em consideração a ausência dessa hipótese no ordenamento jurídico e as alternativas que são disponibilizadas para a solução de problemas sociais como esse nas relações familiares.

Como objetivo geral buscamos abordar a (im)possibilidade da exclusão da sucessão por abandono afetivo inverso. Além de refinar o estudo com os objetivos específicos para: compreender as definições e os direitos do idoso na legislação brasileira; conceituar o abandono afetivo inverso e suas implicações; conhecer as hipóteses de deserdação na legislação brasileira; e identificar os precedentes judiciais relativos ao tema. Para a realização do estudo e solucionar o problema de pesquisa, serão utilizados os métodos científicos indutivo, observacional e comparativo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, trataremos do ordenamento jurídico brasileiro, no que tange aos direitos e deveres do idosos e da valorização jurídica do princípio da afetividade. Além do abandono afetivo inverso e sua influência na vida do idoso, através do afeto como dever de cuidar, a desbiologização da paternidade e a construção teórico/jurídica do abandono afetivo inverso.

Então, falaremos das hipóteses exclusão da sucessão que estão determinados pela lei, os casos julgados que suprem as lacunas existentes na mesma e, por último, apresentaremos os projetos de leis que tramitam nas casas legislativas do Congresso Nacional e Senado Federal que tratam do tema.

1. O IDOSO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Estatuto do Idoso, instituído pela Lei 10.741/2003, define que idoso é a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Sendo esse, o que goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, que lhe é assegurado por lei ou outros meios, com todas as oportunidades e facilidades que lhe garanta a preservação da sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS) idoso é a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, salvo nos países desenvolvidos, nos quais a idade sobe para 65 (sessenta e cinco) anos. Essa classificação é relacionada à expectativa de vida ao nascer com a qualidade de vida que as nações proporcionam aos seus cidadãos.

Existem 28 milhões de pessoas nessa faixa etária no Brasil, o que equivale a 13% da população do país. Através da Projeção da População, divulgada em 2018 pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), esse percentual tende a dobrar nas próximas décadas (BRASIL, 2018, *online*).

Diante desse crescimento, que vem ocorrendo, principalmente, pelo avanço científico, mudança do estilo de vida e políticas públicas é natural o surgimento de novas necessidades dessa faixa etária.

Os direitos dos idosos começaram a ser discutidos mundialmente a partir de 1970, por uma Assembleia Geral convocada pela ONU (Organização das Nações Unidas). Nessa houveram discussões sobre políticas públicas voltadas para os idosos, e nos anos seguintes a população dessa faixa etária começou a ganhar espaço mundialmente.

No Brasil, somente após a Constituição de 1988, que os Idosos, começaram verdadeiramente a serem vislumbrados. Tendo como princípio inovador, a dignidade humana, a visão de igualdade foi um marco após a Carta Magna. A Lei 10.741/2003 trouxe ainda mais inovação no que diz respeito à efetividade das políticas públicas voltadas ao idoso, e sua reinserção na sociedade, que por muito tempo foi negligenciado após a Revolução Industrial e a ideia de consumo e troca rápida.

É indiscutível que o idoso está em um patamar de vulnerabilidade. Por isso, o fortalecimento do amparo jurídico para proteção dos seus direitos deve ser uma prioridade social e política.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É importante destacar que, diante de sua fragilidade, todo ser humano é vulnerável, tratando-se de característica inerente a qualquer pessoa. Contudo, existem pessoas que se encontram em situação de maior vulnerabilidade, pois possuem peculiaridades que as tornam mais frágeis e desamparadas, diferenciando-se das demais, as quais são atingidas apenas pela vulnerabilidade inerente a todos os seres humanos. Por essa razão, aqueles vulnerados de formas mais intensa merecem uma "tutela específica (concreta)" (BARBOZA, 2009, p. 110).

Os direitos dos idosos têm sido garantidos pela Constituição Federal, Estatuto do Idoso e outros diplomas legais. Porém, em casos de omissão da Lei e devido a mutabilidade do Direito, estão sendo firmados entendimentos jurisprudenciais para suprir tais lacunas. Além disso, atualmente, estão sendo tramitados, no Poder Legislativo, Projetos de Leis para melhor adequação às necessidades da realidade vivida por essa classe.

A Constituição Federal em seu artigo 230, §1 determina:

> §1 A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1° Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º(...) (BRASIL, 1988).

O Estatuto do Idoso reforça essa responsabilidade no artigo 3°, aduzindo que:

> É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2003).

Em todas as fases da vida de um ser humano, a família exerce papel fundamental através do fortalecimento dos laços afetivos. Ultrapassando a estrutura da família tradicional, o afeto tem se priorizado cada dia mais nas relações sociais e jurídicas. Tão importante é ser integrante de uma família, que o Estatuto do Idoso a priorizou na tríade de responsabilidade pelo idoso na concessão de uma vida digna.

Além disso, a sociedade de forma ampla, permite uma troca de afeto e diversos sentimentos em relações interpessoais com o idoso, que facilita o não isolamento desses indivíduos na velhice.

No tocante à responsabilidade do Estado nas políticas públicas, o autor Martinez (2005, p. 35) afirma:

> As políticas governamentais e os programas particulares priorizarão sua existência no lar, junto da família natural ou adotante, exceto se esta não desfrutar de condições materiais, só então se pensando na internação nosocomial, asilar ou casa-lar. Ocorrendo essa marginalização indesejável, operar-se-á com acompanhamento permanente dos parentes mais próximos (MARTINEZ, 2005, p. 35).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É notória, assim, a importância e prioridade que a família tem para com seus integrantes, fundamentada por princípios norteadores no direito de família que determinam o poder familiar.

1.1. Afetividade como Valor Jurídico

Diante das lacunas que as mudanças sociais promovem no ordenamento jurídico, os princípios exercem papéis fundamentais. São normas que servem como bases, garantindo os direitos fundamentais, e a partir deles são criadas as garantias específicas para as vulnerabilidades existentes.

Dentre os diversos princípios que norteiam os direitos dos idosos, podemos destacar alguns que exercem influência explícita no ordenamento jurídico, que serão expostos abaixo.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é gerador de todos os outros. Deve

ser compreendido além das relações individuais, abrangendo todas as relações que existem na vida de uma pessoa. Esse princípio tem fundamento no artigo 1°, inciso III, da Constituição Federal de 1988:

> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana (...) (BRASIL, 1988).

Esse princípio é norteador para o Estado e sociedade, trazendo à memória e direcionamento em como devem ser criadas e promovidas tanto as políticas públicas, quanto à valorização e tratamento da sociedade para com o idoso.

O filósofo Immanuel Kant (1988, p. 77) defende:

> No Reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento; aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade (KANT, 1988, p. 77).

A dignidade do ser humano, como defende Kant, está acima de qualquer valor e é exatamente isso que a diferencia de todas as necessidades. Não é algo que pode ser trocado, mas sim defendido e valorizado para todos, e mais ainda para aqueles que se apresentem com maior vulnerabilidade em relação aos outros.

O Princípio da afetividade é implícito na nossa Constituição e tem papel fundamental na orientação do desenvolvimento do ser humano. Tem ganhado cada dia mais importância no direito de família, que está em constante evolução.

Diante das constantes mudanças nos arranjos familiares, a doutrina e as decisões em juízo têm constituído novas perspectivas para o assunto. Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2007, p. 33) pontua:

> Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador.

Apesar de ser um princípio implícito na legislação brasileira, a afetividade vem provocando mudanças e discussões no direito das famílias, pois não se confunde com o sentimento de amor. Este, é presente em todas as famílias, podendo ser de concordância ou não. Já a afetividade é revelada pela relação entre duas pessoas ou mais, a qual gera direitos e obrigações mútuos entre os mesmos.

Assim exposto, o afeto não pode ser confundido com a solidariedade. Pois, esta possibilita imposição, enquanto aquele não permite. A objetiva e subjetividade nesses casos são pontos essenciais, na medida em que a forma de análise e exigência são obtidas de formas diferentes.

2. ABANDONO AFETIVO INVERSO

2.1 Afeto e dever de cuidar

A afetividade como valor jurídico vem quebrando paradigmas no direito de família. Muito se discute sobre sua influência objetiva ou subjetiva nos casos em questão, porém é de suma importância distinguir o amor, do dever de cuidar. É necessário ter uma visão não sentimentalista, mas puramente jurídica de que o afeto é basilar nas relações familiares e, portanto, devem ser tutelados os direitos e deveres para cada integrante.

A CRFB/88 em seu art. 229, determina que: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Verifica-se que a Constituição determina obrigações e deveres mútuos entre os integrantes de uma relação socioafetiva. O dever de cuidado é novamente potencializado com a criação do Estatuto do Idoso, que em seus arts. 2° e 3° dispõe:

> Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.
>
> Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2003).

Na rede de proteção aos idosos, a família está no topo da tríade de dever de cuidado para com eles. A ação de cuidar deve ser vista, objetivamente, como princípio fundamental garantido pela Constituição Federal, visando o desenvolvimento integral do ser humano, com todas as suas vulnerabilidades.

Seguindo uma vertente subjetiva, o afeto se difere do dever de cuidar, porém não pode ser negligenciado sobre sua influência direta na garantia de uma estabilidade familiar, que é um dos principais objetivos do nosso ordenamento jurídico. O afeto não pode ser uma imposição, mas a ausência deste não produz o direito de abandonar.

Torna-se, portanto, o afeto como bem jurídico a ser tutelado. Nesse sentido, Madaleno (2018) defende em sua obra, que: o afeto é o que motiva os laços familiares e as relações interpessoais. Já que as pessoas se comportam e se relacionam movidas por sentimentos e pelo amor, para dar sentido e dignidade à existência humana, porque o afeto deriva da liberdade para afeição entre as pessoas, estender nos vínculos afetivos entre os casais, entre seus filhos, entre outros familiares e amigos.

No mesmo sentido, a Ministra Nancy Andrighi como relatora no Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), j. 07/06/2011, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, traz uma diferenciação clara e objetiva quanto ao dever de cuidar e o afeto:

> Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeço sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tisnado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. (BRASIL, 2011, *online*).

A afetividade tem sido, cada vez mais, confirmada como um princípio basilar e vem exercendo influência direta nas relações paterno-filiais, trazendo o afeto e a desbiologização da paternidade para o Direito das famílias contemporâneo.

2.2 Desbiologização da paternidade

A paternidade no Direito de Família atual ampliou-se e, muitas vezes, suas ramificações não se encontram na mesma vertente jurídica. Se dividem em três classificações: a paternidade jurídica ou presumida (aquela imposta por alguma determinação jurídica), a paternidade biológica, científica ou genética (comprovação médica por meio de exames laboratoriais genéticos) e a paternidade socioafetiva (estabelecida pelo reconhecimento social e afetivo de uma relação).

A paternidade socioafetiva trouxe a humanização para a família, tendo o afeto como indicador em uma relação mútua de cuidado e sentimentos íntimos, que supera os limites de uma amostragem genética.

Em maio de 1979, na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, João Baptista Villela inaugura as exposições sobre a desbiologização da paternidade, e após esse fato histórico já colhemos muitos frutos provenientes de questionamentos que nos afirmam a importância da afetividade no Direito de Família.

Nas brilhantes palavras de Villela, em seu artigo denominado Desbiologização da paternidade, define-se que

> A desbiologização da paternidade, que é, ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais. Em momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e dentro dele o País sofre com seus milhões de crianças em abandono de diferentes graus e espécies, a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e carecem receber. (VILLELA, 1980, p.415-416).

Em suas palavras, Villela nos faz repensar na responsabilidade da paternidade opcional e de livre exercício, e não uma fatalidade como é vista por muitos. O afeto, nesse ponto, é marcante, pois traz à memória a sua espontaneidade e importância nas relações familiares.

Diversas referências do direito de Família nos trouxeram questionamentos e contribuições jurídicas acerca da desbiologização da paternidade, dentre eles Edson Fachin, nos ensina que o liame biológico não é suficiente para definir a paternidade:

> "Se o liame biológico que liga um pai a seu filho é um dado, a paternidade pode exigir mais do que apenas laços de sangue. Afirma-se aí a paternidade sócio-afetiva que se capta juridicamente na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> expressão da **posse do estado de filho**. Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento (quer em público, quer na intimidade do lar) **revelam no comportamento a base da paternidade. A verdade sociológica da filiação se constrói. Essa dimensão da relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética** (...)" (Sem grifos no original) (FACHIN, 1995, p.178).

Os comportamentos, atitudes e cuidado que um pai tem com seu filho, e também o inverso, é que, de fato, indica paternidade. O conceito de família tem sido reinventado e como afirma Maria Berenice Dias (2010), para desfrutar da condição de pai e filho, e estabelecer o vínculo de parentalidade, não é somente a realidade genética que determina, mas a afirmação de quem se considera pai ou filho. E nisso, nem a situação familiar influencia na determinação de paternidade.

As evoluções ocorridas a partir do princípio da afetividade como valor jurídico, geraram muitas mudanças nos conceitos, direitos e obrigações no Direito de Família. O reconhecimento de novos arranjos familiares, a adoção e diversas transformações também alcançaram os Direitos dos Idosos, trazendo à tona sua vulnerabilidade em meio à família e sociedade.

2.3 Abandono afetivo inverso (construção teórica/jurídica do abandono afetivo inverso)

Abandonar significa: "desamparar; deixar de lado; não dar mais atenção ou proteção" (MICHAELIS, 2018, online).

O abandono afetivo segue nesse raciocínio, enfatizando o afeto quando um ou os dois pais não garantem convivência familiar, cuidado e respeito à criança, sendo omissos aos seus deveres, conforme previsto no art. 227 da Constituição Federal.

As obrigações dos pais para com os filhos e o inverso estão diretamente ligadas aos princípios constitucionais brasileiros, como o da dignidade da pessoa humana, garantidos a todos, mas principalmente para os mais vulneráveis.

O princípio da solidariedade familiar nos traz clareza quanto ao convívio familiar e normatização dos direitos e deveres. Ele tira o foco do individual para o coletivo, além de nos mostrar que as relações familiares são formadas por afetos e responsabilidades entre seus entes.

Neste sentido, Paulo Lôbo nos ensina:

> Há solidariedade quando há afeto, cooperação, respeito, assistência, amparo, ajuda, cuidado; o direito os traz a seu plano, convertendo-os de fatos psicológicos ou anímicos em categorias jurídicas, para iluminar a regulação das condutas. Cada uma dessas expressões de solidariedade surge espontaneamente, nas relações sociais, como sentimento. Mas o direito não lida com sentimentos e

> sim com condutas verificáveis, que ele seleciona para normatizar. Assim, o princípio da solidariedade recebe-os como valores e os transforma em direitos e deveres exigíveis nas relações familiares. Por exemplo, o Estatuto do Idoso transformou o dever apenas moral de amparo dos idosos em dever jurídico; ou seja, o sentimento social de amparo migrou para o direito, concretizando o princípio da solidariedade. Mas, ainda quando a lei seja omissa, o juiz deve aplicar diretamente o princípio. (LÔBO, 2020, online).

Foi com a criação do Estatuto do Idoso que os deveres com esses indivíduos passaram, efetivamente, para o plano jurídico aplicável de forma real. Antes, o que era apenas moral, agora é obrigação determinada pela lei. É a partir disso, que o abandono afetivo inverso vem ganhando espaço nas discussões do direito de família.

O abandono afetivo inverso é falta de cuidado e amparo dos filhos com os pais idosos. Muito além de definir a obrigação, hoje se discute também as possibilidades de sanção desses casos. Muitas vezes, as leis existentes não alcançam e solucionam casos concretos. São nesses momentos de omissão normativa, que os princípios são aplicados pelos juízes com o objetivo de suprir uma lacuna da lei e proteção dos direitos fundamentais resguardados na Constituição Federal.

3. SUCESSÃO

A transmissão da herança aos sucessores ocorre quando da morte, ocasião em que ocorre a abertura da sucessão e transferência automática do espólio. Não é necessário manifestação dos beneficiados quanto à aceitação, entretanto o Código Civil de 2002 regulamenta hipóteses em que os herdeiros legítimos e testamentários poderão ser afastados da herança. Acerca da sucessão institui o Código Civil no Art. 1.786, "A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade" (BRASIL, 2002).

O Código Civil (2002) reconhece a sucessão legítima e sucessão testamentária. A primeira é imposta pela lei e segue uma ordem de vocação hereditária. Sendo esta composta pelos seguintes:

> **I** - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; **II** - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; **III** - ao cônjuge sobrevivente; **IV** - aos colaterais (BRASIL, 2002).

Já a sucessão testamentária é determinada pela vontade individual do testador, na qual define a quem deseja destinar seus bens. É permitido ao sucessor, testar até 50% (cinquenta por cento) dos seus bens, respeitando a outra metade que é reservada obrigatoriamente aos herdeiros legítimos.

Há, no entanto, aqueles que não são legitimados a suceder e outros que são excluídos por indignidade e deserdação. A falta de legitimação é um afastamento por vontade do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

indivíduo, que deve ser expressa. Já a exclusão e indignidade são objetivas por desprovimento moral em alguma atitude praticada pelo herdeiro.

3.1 Indignidade

A indignidade é cabível para todo e qualquer herdeiro, sendo necessário ou testamentário. Os seus efeitos são pessoais e a exclusão se dará mediante sentença da ação declaratória de indignidade, no prazo de quatro anos, a contar da abertura da sucessão, como aduz o artigo 1.815, parágrafo primeiro, do Código Civil.

O artigo 1.814 do Código Civil (2002) define quem serão os excluídos da sucessão por indignidade, em rol taxativo:

> São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
>
> I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade (BRASIL, 2002).

A indignidade decorre da prática de algum ou mais dos comportamentos elencados no artigo citado acima, por parte do herdeiro, e os motivos para tal exclusão, podem ser utilizados para deserdação.

Se os descendentes do herdeiro indigno herdem em seu lugar, o indigno não poderá ter nenhum benefício ou gerir os bens que constituem a herança. Isso anula o exercício do poder familiar que consta no artigo 1.689 do Código Civil. Além disso, também é prevista a proibição de recebimento da herança, caso o filho venha a falecer.

3.2 Deserdação

Cateb (2015, p. 135) ensina que a "deserdação é um ato jurídico, privativo do autor da herança, no qual, por meio de sua manifestação de vontade externada em disposição testamentária, o testador exclui determinado herdeiro necessário do processo sucessório, privando-o de sua legítima."

Assim, diferencia-se os dois institutos, pois, na deserdação, pela vontade do testador, que já adianta o seu desejo de que o ofensor seja afastado da sua herança, já na indignidade essa vontade é presumida pelo legislador. O artigo 1.961 do Código Civil determina que, a deserdação só se aplica aos herdeiros necessários. Todos os comportamentos citados anteriormente no artigo 1.814 do Código Civil são, também, causas para deserdação, que deve ser declarada expressamente no testamento.

Nos casos de deserdação, o Código Civil (2002) complementa as hipóteses para os descendentes por iniciativa dos ascendentes nos artigos 1.962 e 1.963:

> Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:
>
> I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.
>
> Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:
>
> I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade (BRASIL, 2002).

É necessário que a causa que justifica a deserdação já exista no momento da celebração do testamento, não pode abranger coisas futuras ou não comprovadas. Tal situação deve ser comprovada através de ação declaratória de deserdação, em até quatro anos, a contar da conclusão da ação de registro de testamento.

A privação da herança por motivos de deserdação só se efetiva com sentença judicial em ação própria, iniciada pelo interessado na exclusão contra o deserdado. Deve ser ajuizada após a abertura da sucessão, ocasião que será confirmada a exclusão mencionada no testamento. Isso não impede os deserdados ingressarem ação com intuito de provar o não cabimento de sua deserdação.

Segundo Lôbo (2008, p.204):

> A consequência da deserdação, confirmada em juízo, em relação aos demais herdeiros, é a chamada dos descendentes do herdeiro necessário deserdado, que adquirem a respectiva parte da herança em seu lugar, em virtude do direito de representação. Se não tiver descendentes, sua parte na herança será acrescida aos demais herdeiros de idêntico grau ao seu (por exemplo, seus irmãos). Se for o único herdeiro e não tiver descendentes, a herança seguirá a ordem de vocação, a saber: I) aos ascendentes; II) aos parentes colaterais; e III) à Fazenda Pública. Por fim, cumpre salientar que o seu cônjuge ou companheiro não o substitui, porque não detém o direito de representação e o deserdado nada herdou.

3.3 Precedentes Judiciais acerca do tema

Não há uma lei específica que determina as consequências jurídicas nos casos de abandono afetivo inverso. Entretanto, os tribunais têm decidido com inovação no tema e nos traz a uma realidade do Direito de Família e Sucessões contemporâneo que há algum tempo já existe. O que mais temos hoje, no tocante a esse tema, é a responsabilização civil. Mas, já existem decisões que defendem e determinam a deserdação como uma hipótese de sanção para o abandono afetivo inverso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Farias e Rosenvald (2018, p. 154) afirmam: “Tanto a indignidade quanto a deserdação constituem uma sanção civil, uma pena de natureza cível, aplicada àquele que se comportou mal em relação ao autor da herança, impondo como consequência a perda do direito subjetivo de receber o patrimônio transferido pela morte do titular.”

Diversos doutrinadores defendem a tese de que deve haver essa responsabilização relativa à herança. Existem também dois projetos de leis que estão em tramitação nos poderes legislativos para regular essa matéria.

Tramita na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) do Senado um projeto de lei de autoria do senador Lasier Martins (Podemos-RS) que visa penalizar os filhos em casos de abandono afetivo. O PL 4.229/2019 prevê uma alteração no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), determinando a reparação por danos.

Já a Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa aprovou a proposta que altera o Código Civil (10.406/02) para incluir entre os casos de deserdação, o abandono afetivo inverso. O Projeto de Lei 3145/15, do deputado Vicentinho Júnior (PR-TO), a deserdação será aplicada tanto para o abandono de idosos por filhos e netos quanto para o abandono de filhos e netos por pais e avós.

Enquanto não há uma aprovação de lei específica que trate o tema, os Tribunais brasileiros se baseiam nos princípios e tem julgado os casos que surgem, com a intenção de suprir uma lacuna da lei.

Gonçalves (2016, p. 80), em sua obra, define que:

> Interpretação jurisprudencial ou judicial é a fixada pelos tribunais. Embora não tenha força vinculante, influencia grandemente os julgamentos nas instâncias inferiores. As súmulas vinculantes eram preconizadas como uma forma de reduzir a avalanche de processos que sobrecarrega os tribunais do País e acarreta a demora dos julgamentos.

Os juízes brasileiros têm decidido de formas diversas quanto à possibilidade de deserdação nos casos de abandono afetivo inverso. Há divergências jurisprudenciais e doutrinárias quanto ao tema, pois não consta essa hipótese no rol taxativo no que tange ao tema no Código Civil.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Cível 1.0707.01.033170- 0/001, Rel. Des. Maurício Barros, j. 5/09/2006, 6ª Câmara Cível, entendeu, neste caso, que a deserdação era cabível:

> EMENTA: CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE CAUSAS DE DESERDAÇÃO - CAUSAS APONTADAS NO TESTAMENTO E COMPROVADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL – PEDIDO IMPROCEDENTE – SENTENÇA REFORMADA. EXCLUSÃO DOS HERDEIROS DOS DESERDADOS DO TESTAMENTO –IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO. 1- Tendo o falecido exarado em testamento a firme

> disposição de deserdar os filhos, apontando as causas da deserdação, e havendo comprovação desses fatos, deve ser mantida a disposição de última vontade do testador. 2- É incabível a discussão afeta à exclusão dos filhos dos deserdados do testamento, porque ausente legitimação dos autores para tal pleito, nos termos do art. 6º do CPC (MINAS GERAIS, 2006, *online*).

Neste caso, um pai acometido de câncer, não recebeu auxílio e suporte da família no ápice de sua vulnerabilidade. Para o desembargador, há a possibilidade de deserdação para filhos que não dão assistência moral e material e tratam com descaso e insensibilidade, configurando, de fato, o abandono afetivo inverso.

O Superior Tribunal de Justiça STJ em Agravo em Recurso AREsp 1060853 MS 2017/0041168-1, decidiu improcedente a reforma da decisão que inadmitiu o recurso especial. Este pedido vem contra um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que anulou a cláusula de deserdação por ausência de provas:

> AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.060.853 - MS (2017/0041168-1) RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA AGRAVANTE : VANDERSON DE SOUZA ADVOGADOS : LEONILDO JOSÉ DA CUNHA - MS007809 CILMA DA CUNHA PANIAGO - MS007810 AGRAVADO : ADÃO DE SOUZA ADVOGADOS : LEONARDO COSTA DA ROSA - MS010021 MARCOS PAULO PINHEIRO DA SILVA SAIFERT - MS018850 DECISÃO Trata-se de agravo interposto por VANDERSON DE SOUZA contra decisão que inadmitiu o recurso especial. O apelo extremo insurge-se contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul assim ementado: "APELAÇÃO CÍVEL - DESERDAÇÃO - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE - NÃO CONHECIMENTO POR AUSÊNCIA DE ATAQUE A TODOS OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA - REJEITADO - MÉRITO - PRETENSO DESAMPARO DO ASCENDENTE COM GRAVE ENFERMIDADE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA HIPÓTESE LEGAL - CLÁUSULA DE DESERDAÇÃO EM TESTAMENTO DECLARADA NULA - SENTENÇA MANTIDA - FIXAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA RECURSAL - PUBLICAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CPC - NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA PELO TRABALHO ADICIONAL REALIZADO - MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I. Se o apelante logrou demonstrar seu inconformismo nas razões recursais, tendo impugnado o mérito da decisão judicial que, ao final, declarou nula a cláusula de deserdação, afigura-se possível conhecer do recurso. II. Se o requerente não logrou demonstrar ter havido desamparo pelo requerido ao ascendente com grave enfermidade, mas um natural distanciamento do pai para com o filho cm razão de novas núpcias, impõe-se manter irretocável a sentença que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> anulou a cláusula de deserdação prevista cm testamento público. III. Ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§ 2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca, alem de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, já que a decisão recorrida arbitrará honorários pelo trabalho até então realizado, desestimular a interposição de recursos infundados ou protelatórios" (e-STJ fl. 189). Nas razões do especial, o recorrente, além de dissídio jurisprudencial aponta violação dos artigos 1857 e 1962, IV, do Código Civil. Alega, em síntese, que: a) "embora válido o testamento, entenderam por anular a cláusula que versa sobre a deserdação do recorrido, isso vem ao arrepio da lei que dispõe sobre a liberalidade da pessoa deixar seus bens a quem entender merecedor, à efetivamente fazer valer sua última vontade" (e-STJ fl. 218); b) cumpre observar que o artigo 1962 do Código Civil trata o abandono de forma ampla, não mencionando a forma do abandono, e não fazendo distinção entre o abandono material ou afetivo, moral. c) o abandono afetivo e o querer do testador, por si só, justifica a deserdação. Requer o provimento do recurso. É o relatório. DECIDO. Presentes os pressupostos de admissibilidade do agravo, passa-se à análise do recurso especial. O recurso não merece prosperar. Verifica-se que a matéria versada no art. 1857, do Código Civil, não foi objeto de debate pelo Tribunal de origem, sequer de modo implícito, e não foram opostos embargos declaratórios com a finalidade de sanar omissão porventura existente. Por esse motivo, ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula nº 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". [...] (BRASIL, 2017, *online*).

A necessidade de provas mostra-se crucial para decisão dos Tribunais, haja vista que ensejaria uma interpretação extensiva da lei. Pois, as hipóteses de deserdação no ordenamento jurídico são de rol taxativo.

Para o desembargador Marco André Nogueira Hanson, a ampliação de hipóteses de deserdação não deve ocorrer baseado em analogias ou princípios constitucionais. Sendo seguido, assim, o rol taxativo que a lei impõe:

> E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – DESERDAÇÃO – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – NÃO CONHECIMENTO POR AUSÊNCIA DE ATAQUE A TODOS OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA – REJEITADO – MÉRITO – PRETENSO DESAMPARO DO ASCENDENTE COM GRAVE ENFERMIDADE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA HIPÓTESE LEGAL – CLÁUSULA DE DESERDAÇÃO EM TESTAMENTO DECLARADA NULA – SENTENÇA MANTIDA – FIXAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA RECURSAL – PUBLICAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CPC – NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA PELO TRABALHO

> ADICIONAL REALIZADO – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I. Se o apelante logrou demonstrar seu inconformismo nas razões recursais, tendo impugnado o mérito da decisão judicial que, ao final, declarou nula a cláusula de deserdação, afigura-se possível conhecer do recurso. II. Se o requerente não logrou demonstrar ter havido desamparo pelo requerido ao ascendente com grave enfermidade, mas um natural distanciamento do pai para com o filho em razão de novas núpcias, impõe-se manter irretocável a sentença que anulou a cláusula de deserdação prevista em testamento público. III. Ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca, além de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, já que a decisão recorrida arbitrará honorários pelo trabalho até então realizado, desestimular a interposição de recursos infundados ou protelatórios. (MATO GROSSO DO SUL, 2016, *online*).

Venosa (2017), em sua obra, segue com o mesmo entendimento da maioria dos Tribunais, defendendo que não pode haver deserdação além do que está previsto no rol taxativo da lei. Mesmo que, a relação entre os indivíduos envolvia sérios problemas de ordem moral, ética, social ou religiosa, a questão não poderá afastar o sucessor.

Em sentido contrário, Dias (2008, p. 59), defende: “Ademais, o direito civil, e, mais precisamente, o direito de família, consoante interpretação civil-constitucional, há tempos já caminha no sentido de privilegiar a proteção às relações socioafetivas, em detrimento das puramente biológicas ou formais.”

É notória a evolução da sociedade no tocante à importância dos laços afetivos nas relações. Quando temos tantas demandas da sociedade no Judiciário, requerendo análises diferentes quanto ao que já está ultrapassado, é necessário que haja discussão quanto ao tema.

Haja vista que o Judiciário tem se posicionado contra a interpretação extensiva da lei, cabe ao Poder Legislativo, investido no poder que lhe é proporcionado, discutir e possivelmente alterar a lei, para que o Direito evolua juntamente a sociedade.

CONCLUSÃO

A partir de todo estudo, ficou clara a compreensão do conceito de abandono afetivo inverso, algo que é uma realidade há muitos anos, porém somente a partir da criação do Estatuto do Idoso passou a ser discutido os direitos e deveres com os Idosos.

Com relação às hipóteses de deserdação na legislação brasileiro, ficou claro a necessidade de atualização normativa, visto que já existem projetos de leis que tratam do tema, e merecem toda urgência quanto à discussão e votação.

Observou-se que o Judiciário tem decidido de formas contraditórias, quanto à possibilidade de deserdação nos casos de abandono afetivo inverso. Entretanto, o tema tem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sido assunto de debate entre diversos doutrinadores e os magistrados têm analisado cada caso com a visão científica necessária que o afeto exerce no Direito das Famílias.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do idoso. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso

em: 20 out. 2020.

MATO GROSSO DO SUL, **Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul**, AC 0006444-2.2012.8.12.0001, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 27/09/2016, 3ª Câmara Cível. Disponível em: <https://tjms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/394996772/apelacao-apl-64442220128120001-

ms-0006444-2220128120001/inteiro-teor-394996788>. Acesso em: 12 nov. 2020.

MINAS GERAIS, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, AC 1.0707.01.033170-0/001, Rel. Des. Maurício Barros, j. 5/09/2006, 6ª Câmara Cível. Disponível em: <https://tjmg.jusbrasil.com.br /jurisprudencia /5900794/107070103317000011-mg1070701033170-0-001-1/inteiro-teor-12038195>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, AREsp 1060853 MS 2017/0041168-1, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuêva, j. 5/05/2017. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/456013688/agravo-emrecurso-especial-aresp-1060853-ms-2017-0041168-1>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, REsp 1.159.242 SP 2009/0193701-9, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07/06/2011, 3º Turma. <Disponível em: file:///C:/Users/jakel/Downloads/Decisao%203%20turma%20amar%20%C3%A9%20faculdade,%20cuidar%20%C3%A9%20dever.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das sucessões**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **A tríplice paternidade dos filhos imaginários**. In: ALVIM, Teresa Arruda. Direito de família: aspectos constitucionais civis e processuais. V.2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 178.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: **sucessões**. 4. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **IBGE**: Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. 2019. Acesso em: 25 out. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Longevidade, viver bem e cada vez mais. **Retratos**, N. 16 fev. 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1988.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: volume 6: sucessões. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de família** - 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2005.

MICHAELIS, **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**, 2018. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em: 07 nov. 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA Tavares da, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil**: direito de família. 40 Edição. São Paulo. Saraiva, 2010.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. Ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008.

SOARES, Edvaldo. **Metodologia científica**: lógica, epistemologia e normas. São Paulo: Atlas, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILLELA, João Baptista. **A Desbiologização da Paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII, n. 21, maio 1979.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PERSPECTIVAS PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA POPULAR NO BRASIL

MATHEUS AMARAL MOCELIN: Advogado inscrito na OAB/PR sob o n° 95.867 e membro consultor da Comissão da Criança e do Adolescente da OAB/PR, é graduado em Direito pelo UNICURITIBA e especialista em Direito de Família e Sucessões pela ABDConst. É, ainda, graduando em Ciências Sociais pela UFPR e pós-graduando em Direitos Humanos e Questão Social pela PUCPR.

Resumo: A advocacia popular, que prioriza a defesa e promoção dos direitos humanos, em especial, dos direitos coletivos de determinada sociedade, possui suas particularidades na realidade brasileira. Diante das dificuldades apresentadas pela Defensoria Pública e Ministério Público, figuras institucionalizadas que muitas vezes restam impedidas de atuar plenamente nessa questão, o exercício de referida prática advocatícia representa uma garantia de exercício da cidadania diante das inúmeras e constantes violações de direitos no país. Com isso, o presente trabalho buscará descrever a formação histórica da advocacia popular no Brasil, contextualizando-a com a conjuntura político-econômica nacional e internacional a partir da segunda metade do século XX. Em seguida, serão exploradas suas características atuais, o que permitirá a compreensão de suas principais áreas de alcance, suas estratégias jurídicas e políticas e os principais obstáculos enfrentados atualmente para seu pleno exercício, contemplando, ainda, a possibilidade de inserção de novos personagens que atuem em prol dos ideais humanitários.

Palavras-chave: advocacia popular; direitos humanos; cidadania.

ABSTRACT: Popular advocacy, which prioritizes the defense and promotion of human rights, especially the collective rights of a given society, has its particularities in the Brazilian reality. In view of the difficulties presented by the Public Defender's Office and the Public Prosecutor's Office, institutionalized figures who are often prevented from fully acting on this issue, the exercise of this advocacy practice represents a guarantee of exercising citizenship in the face of the numerous and constant violations of rights in the country. With this, the present work will seek to describe the historical formation of popular advocacy in Brazil, contextualizing it with the national and international political-economic conjuncture from the second half of the 20th century. Then, its current characteristics will be explored, seeking, with this, the understanding of its main areas of reach, its legal and political strategies and the main obstacles currently faced for its full exercise, also contemplating the possibility of inserting new characters that act in favor of humanitarian ideals.

Keywords: popular advocacy; human rights; citizenship.

SUMÁRIO: Resumo 1 Introdução 2 Desenvolvimento 3 Conclusão. 4. Referências.

1.Introdução

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Desde o processo de redemocratização brasileiro, concluído com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a idealização do desenvolvimento de uma consciência cidadã no país, seja de forma indireta, com a garantia do voto direto, secreto, universal e periódico como cláusula pétrea, ou de forma direta, com a criação de mecanismos de participação da sociedade civil, tais como o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular para propositura de projetos de lei e o instrumento da ação popular para o questionamento da validade de atos inerentes à Administração Pública.

À guisa de exemplificação, a participação da sociedade civil brasileira no controle social, que é representada, principalmente, pelos conselhos de políticas públicas, constitui um espaço privilegiado de participação popular para que haja, com a maior eficácia possível, um consenso social em relação aos temas que compõem a agenda pública estatal, visto possuir em sua composição membros do governo e da própria sociedade civil.

Historicamente, porém, tem se verificado que diversas minorias seguem deslocadas do processo de tomada de decisão, somando-se ao fato de que desigualdades de gênero, étnico-raciais e sociais permanecem, frustrando a expectativa de inclusão social que existiu quando da promulgação da também denominada “Constituição Cidadã”.

A advocacia popular, embora seja um conceito que permanece em desenvolvimento, é costumeiramente definida como a prática advocatícia que, orientada pelas ciências sociais e pela noção de solidariedade, contribui com movimentos sociais para a efetivação dos direitos humanos, principalmente a partir da defesa coletiva de grupos em situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade social, política e/ou econômica em determinada sociedade.

A legitimidade para tanto, nos diferentes níveis federativos, é originariamente atribuída à Defensoria Pública, que, como expressão e instrumento do regime democrático, age no fomento à inserção dos necessitados nos espaços hegemônicos, como o campo político e jurídico, e também ao Ministério Público, que atua na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis. Contudo, referidas instituições, que, assim como a advocacia, representam constitucionalmente funções essenciais à Justiça, muitas vezes restam impedidas de atuar plenamente na promoção de tais direitos.

A realização do presente estudo é justificada pelo propósito de se compreender as perspectivas para o exercício da advocacia popular no Brasil, seja pela sua notória potencialidade na conjuntura exposta, seja pelos desafios que se sugerem à sua atuação no contexto vigente, pelo que serão analisados fatores relevantes nesse contexto, como o ordenamento jurídico vigente no país, o funcionamento da sua Justiça e o seu atual contexto social, político e econômico.

O artigo se limitará à realização de uma análise do atual panorama da advocacia popular, o que se fará tão somente à luz da realidade brasileira, considerando que, por se tratar de uma prática pouco desenvolvida cientificamente até então, restaria impedida uma delimitação mais ampla no espaço e no tempo a respeito do tema.

2.Desenvolvimento

No levantamento histórico de Eliane Botelho Junqueira, os primeiros relatos da advocacia popular brasileira estão inseridos no contexto de ditadura civil-militar no país, marcado pela imposição da "ordem" e pela prática de medidas repressivas, como a suspensão direitos civis e políticos, evidenciando o caráter autoritário de tal governo[57]58.

Há uma imprescindível associação dessa prática com os movimentos sociais, considerando que ambos são manifestações de cidadania que surgiram em tal época e que, desde então, promovem uma atuação em prol de mudanças para interesses coletivos, sendo notório que as condições inerentes à realidade brasileira até então fomentaram o desenvolvimento de instrumentos de defesa em face dos abusos de autoridade e à demasiada intervenção estatal nas relações sociais.

Concomitantemente, a própria lógica capitalista já esteve induzindo a permanência e o desenvolvimento de desigualdades econômicas por todo o globo, visto que seu compromisso em assegurar o livre mercado e o crescimento competitivo da economia tem por contrapartida a inevitável naturalização da desigualdade social, ao passo que essa discrepância tende a se intensificar, progressivamente. Aqui, advém da teoria social de Loïc Wacquant que, sob o predomínio do neoliberalismo, os movimentos mundiais do capital implicam em um crescente distanciamento estatal em relação às políticas sociais, convertendo segmentos sociais em deserdados das bases sociais fundamentais à sobrevivência humana[59].

A contraposição possível entre as noções de privilégio e cidadania é fundamental, visto que é a permanência de camadas privilegiadas que impedem a construção de uma sociedade verdadeiramente cidadã no Brasil, como se intentou na promulgação da atual Carta Magna.

Quando estes, em situação de vulnerabilidade, almejam pelo reconhecimento de um direito, ficam sujeitos a inúmeras barreiras. Fernando Pagani Mattos aponta que, dentre os principais entraves desse acesso à justiça, está a insuficiência de recursos econômicos e o desconhecimento de direitos a aspectos simbólicos, psicológicos e ideológicos vinculados à noção de justiça60.

Outro desafio para a defesa de tais direitos é a frequente inadequação do ordenamento jurídico positivado com a realidade de sua respectiva sociedade, na medida em que o Direito nem sempre evolui em conformidade com as transformações sociais, o que por si só dificulta a atuação do advogado que atenda a causas populares, além da lentidão para o

[57]JUNQUEIRA, Eliane Botelho. ***Los abogados populares**: em busca de una identidad*. in: *El outro derecho*. ILSA: Bogotá, 2002, 26,194-202.

[58] Dentre as primeiras instituições de advocacia popular no Brasil mencionadas pela autora, ganham destaque: ***(i)*** a Associação de Advogados Trabalhadores Rurais (AATR), responsável pela prestação de assistência jurídica para direitos sociais no Estado da Bahia; ***(ii)*** o Instituto de Apoio Jurídico Popular (IAJUP), responsável pelo assessoramento de movimentos sociais em demandas agrárias e urbanas no Estado do Rio de Janeiro, sendo incorporado à Fundação Centro de Defesa dos Direitos Humanos Bento Rubião; ***(iii)*** a Associação Nacional dos Advogados Populares (ANAP), que foi sucedida pela Rede Nacional dos Advogados e Advogadas Populares (RENAP), que surgiu com fortes vinculações ao Movimento Sem Terra (MST) e até hoje é parâmetro na formação de uma advocacia popular idealizada no exercício de uma atividade descentralizada, horizontal e coletiva.

[59] WACQUANT, Loic. **As Prisões da Miséria**. Paris: *Raisons d'Agi*r, 1990.

60 MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça**: um princípio em busca de efetivação. Curitiba, Juruá, 2009, p. 89.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Judiciário efetuar a resolução de processos, o que desestimula seu público-alvo e favorece as fortes estruturas de manutenção de poder.

Ao entrevistar profissionais dessa área, Fábio Costa Morais de Sá e Silva constatou que, no momento, a falta de imparcialidade da justiça, as relações de poder e hierarquia estabelecidas dentro das profissões jurídicas e a ausência de aplicabilidade de direitos constitucionais são considerados os maiores obstáculos da advocacia popular brasileira[61].

Flávia Carlet, por sua vez, apurou que, para tais profissionais, o Poder Judiciário é considerado um campo "extremamente conservador, comprometido com o interesse dos latifundiários e com uma mentalidade ultrapassada por ainda entender o direito de propriedade como um direito absoluto"62. Contudo, para a autora, as seguintes ferramentas podem ser efetivamente empregadas para a garantia do acesso à justiça no atual panorama: ***(i)*** o uso do direito positivo, estratégia na qual se subtrai da Constituição Federal e das normas infraconstitucionais argumentos jurídicos essenciais às reivindicações dos movimentos; ***(ii)*** a construção interpretativa dos fatos e das normas, identificando na relação entre "fato" e "norma" novas possibilidades interpretativas à luz da Constituição Federal; e ***(iii)*** a mobilização política, estratégia que tem como objetivo potencializar as estratégias jurídicas e realizar pressão social em prol da efetivação de tais direitos63.

Fato é que, ainda que remanesçam controvérsias a respeito do Poder Judiciário Brasileiro, as quais reafirmam fatores de disparidade social, referido campo ainda constitui um dos mais importantes espaços na busca da concretização dos direitos humanos. Como exemplo, tem-se o marco pelo qual o Supremo Tribunal Federal autorizou nacionalmente o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, contribuindo com o rompimento de uma negação histórica de direitos desta natureza.

Para ampliar a compreensão desse fato social, o Ministério da Justiça apresentou um compilado de experiências da advocacia popular no Brasil, salientando que, dentre 103 (cento e três) entidades responsáveis por referida prática, **a atuação judicial tem sido priorizada no ajuizamento de ações judiciais coletivas em face de ações individuais**.[64] Nesse documento, são enumerados, ainda, os temas de atuação das entidades entrevistadas, que corresponde tanto a segmentos de praxe da advocacia, como saúde, família, criminal e consumidor, quanto a defesa de imigrantes, pessoas com deficiência, indígenas e comunidades tradicionais65.

[61]SÁ E SILVA, Fábio Costa Morais de. "**É possível, mas agora não. A Democratização da Justiça no Cotidiano dos Advogados Populares**". in: Fábio Costa Morais de Sá e Silva e tal (Orgs.), Estado, Instituições e Democracia: democracia. Brasília, IPEA,2,75, 2010.
[62]CARLET, Flávia. **Advocacia Popular**: práticas jurídicas contra-hegemônicas no acesso ao direito e à justiça no Brasil. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/15409. Acesso em 11 fev, 2020.
[63]Ibidem.
[64]BRASIL. Ministério da Justiça. **Advocacia de interesse público no Brasil:** a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/dialogos-ssobrejustica_advocacia_popular.pdf/. Acesso em 09 jan, 2020.
[65] Ibidem.

3.Conclusão

Diante da literatura revisada, tem-se que a advocacia popular representa uma resposta definitiva à ideologia neoliberal de desenvolvimento econômico, demonstrando que a injustiça social não é um efeito absoluto e permanente nas sociedades contemporâneas, independentemente de qualquer atuação estatal a respeito.

A advocacia, nos termos do artigo 133, da Constituição Federal, é considerada uma função indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, pelo que referida profissão possui uma imprescindível função social para a constituição e o exercício da cidadania em qualquer sociedade.

Não obstante, o fato de historicamente a advocacia popular estar interligada aos movimentos sociais e às causas coletivas não pode representar uma obstrução para que advogados não relacionados a tais categorias possuam legitimidade na defesa e promoção dos direitos humanos. Vale lembrar que as causas individuais igualmente representam um interesse social, principalmente ao se considerar que a Defensoria Pública, que usualmente é quem assume tal função nas grandes cidades, não está implementada em diversas comarcas no país.

Em que pese todas as dificuldades apresentadas historicamente no exercício da advocacia popular, referida prática tende a significar um diferencial para a concretização de uma plena participação popular no país, adquirindo um papel fundamental para a manutenção e desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito, bem como permanecendo em ascensão em uma conjuntura que abrange um número progressivo de direitos violados e a insuficiência da atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público.

Somando-se a isso, se os escritórios que prestam assistência judiciária gratuita, os núcleos de prática jurídica e as promotorias legais populares não se enquadram na definição histórica de "advocacia popular", importante mencionar que referidas práticas possuem igualmente um potencial para cumprir o objetivo com o qual a advocacia popular se comprometeu a realizar, qual seja, a construção de uma sociedade civil livre e igualitária.

4.Referências

BRASIL. Ministério da Justiça. **Advocacia de interesse público no Brasil**: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/dialogos-ssobrejustica_advocacia_popular.pdf/. Acesso em 09 jan, 2020.

CARLET, Flávia. **Advocacia Popular**: práticas jurídicas contra-hegemônicas no acesso ao direito e à justiça no Brasil. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/15409. Acesso em 11 fev, 2020.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. ***Los abogados populares***: em busca de una identidad", in: *El outro derecho*. ILSA: Bogotá, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça**: um princípio em busca de efetivação. Curitiba, Juruá, 2009, p. 89.

SÁ E SILVA, Fábio Costa Morais de. **É possível, mas agora não. A Democratização da Justiça no Cotidiano dos Advogados Populares.** in: Fábio Costa Morais de Sá e Silva e tal (Orgs.), Estado, Instituições e Democracia: democracia. Brasília, IPEA, 2010.

WACQUANT, Loic. **As Prisões da Miséria**. Paris: *Raisons d'Agir,* 1990.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA DAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS: EXTENSÃO E EFETIVIDADE

OTTON TÉRCIO DE OLIVEIRA FERREIRA: Bacharel em Direito pela Faculdade Nobre de Feira de Santana (FAN), Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Pedagógico de Minas Gerais (IPEMIG).

Resumo: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 conferiu às universidades autonomia, com o objetivo de proteger a liberdade de suas atividades institucionais, evitando que ingerências externas pudessem comprometer sua importante função social de promover ensino, pesquisas e serviços de boa qualidade para a sociedade. Por isso, esse artigo tem o objetivo de demonstrar que a autonomia das universidades brasileiras, mesmo estando positivada na Constituição Federativa do Brasil de 1988, não é integralmente garantida pelo Estado brasileiro, prejudicando o desenvolvimento da sua função social. Assim, a pesquisa analisou o tratamento dado pela Administração Pública às universidades federais brasileiras, apontando a importância das atividades de ensino, pesquisa e serviços prestados pelas universidades, que só podem ser oferecidos com qualidade quando a autonomia universitária é assegurada.

Palavras-chave: Universidades. Autonomia. Estado.

Abstract: The 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil gave universities autonomy, with the objective of protecting the freedom of their institutional activities, preventing external interferences from compromising their important social function of promoting good quality education, research and services for society. For this reason, this article aims to demonstrate that the autonomy of Brazilian universities, even though it is positivized in the Federative Constitution of Brazil of 1988, is not fully guaranteed by the Brazilian State, hindering the development of its social function. Thus, the research analyzed the treatment given by the Public Administration to Brazilian federal universities, pointing out the importance of teaching, research and services provided by universities, which can only be offered with quality when university autonomy is assured.

Keywords: Universities. Autonomy. State.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de autonomia das universidades. 3. Evolução legislativa. 4. Limites de regulamentação. 5. Importância e concretização da autonomia das universidades. 5.1 Fundamentos dos pesquisadores. 6. Considerações finais. Referências.

1 Introdução

O marco da garantia da autonomia das universidades ocorreu com a sua previsão no artigo 207 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), momento que passou a ter mesma hierarquia das demais normas constitucionais. Uma importante decisão do legislador constituinte já que considerou para isso o importante papel das universidades na construção dos valores sociais de uma democracia.

Assim, esse artigo intitulado “Perspectiva Constitucional da Autonomia das Universidades Brasileiras: Extensão e Efetividade.” teve como objetivo demostrar que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

autonomia das universidades brasileiras, mesmo estando positivada na CRFB/88, não é integralmente garantida pelo Estado brasileiro, prejudicando o desenvolvimento da sua função social.

A pesquisa que foi realizada com base numa coleta de dados bibliográfica e documental apresenta relevância jurídica já que analisará a importância da Administração Pública efetivar a autonomia das universidades federais, assim, contribuindo para uma melhor compreensão sobre a extensão e os efeitos da liberdade das universidades. Também apresenta relevância social, em razão de ser a comunidade a maior beneficiária das atividades de ensino, pesquisa e serviços prestados pelas universidades, que só podem ser oferecidos com qualidade quando a autonomia universitária é respeitada.

No que se refere à autonomia das universidades particulares, as instituições conseguem ter suas autonomias sem maiores interferências por conta do seu próprio regime jurídico de natureza privada, que acaba por favorecer as liberdades didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial. Em relação às universidades públicas as mudanças de gestores da Administração Pública, quase sempre alinhados com diretrizes político-partidárias, dificultam a eficácia da autonomia das universidades.

Lembrando, a autonomia que será tratada nesse artigo, não deve em hipótese alguma, ser confundida com soberania. As universidades não são partes autônomas do ordenamento jurídico brasileiro, assim, devem obediência às normas constitucionais e infraconstitucionais.

2 Conceito de autonomia das universidades

As autarquias integram a Administração Pública Indireta e são pessoas jurídicas de direito público. Não estando subordinadas a nenhum órgão do Estado, devem, por tanto, organizar seus negócios, recursos e atividades. Nas palavras de Mello (2019, p.165) “são centros subjetivos de direitos e obrigações”. Para o ilustre jurista, as universidades são denominadas de autarquias especiais por desfrutarem de maior independência que as demais autarquias. Ainda segundo ele,

> Isto como decorrência tanto da legislação de ensino, em nome da liberdade de pensamento e orientação pedagógica, quanto da circunstancia de que seus dirigentes máximos são escolhidos mediante processo prestigiador da comunidade universitária e com mandatos a prazo certo, excluindo-se ou minimizando-se interferências externas ao meio universitário (MELLO, 2019, p. 173).

A natureza das universidades como entes autônomos não existe para assegurar interesses da própria universidade ou de sua comunidade acadêmica, ela é necessária à consecução da sua função social, em consonância com os demais valores presentes na CRFB/88. O artigo 207 da Lei Maior brasileira elenca suas variadas dimensões: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão” (BRASIL, 1988, p. 1).

Para Meireles (2020), as três dimensões de autonomia se complementam e por isso devem ser garantidas integralmente, sendo partes de uma mesma autonomia. A autonomia

didático-científica se refere à possibilidade das universidades criarem, modificarem e extinguirem cursos, órgãos e currículos, definindo critérios de admissão e avaliação de discentes, além da liberdade ampla de realizarem pesquisas. A autonomia administrativa se traduz na possibilidade de gerir seus recursos humanos e materiais, decidindo sobre a sua correta aplicação. Por fim, a autonomia financeira-patrimonial permite a elaboração e aplicação dos recursos orçamentários, bem como a disposição do patrimônio das universidades, observados as regras gerais de direito aplicáveis à matéria.

Dessa forma, qualquer tipo de ato normativo expedido pela Administração Pública que desconsidere a aplicação de alguma das dimensões da autonomia universitária deve ser tido como inconstitucional. Como exemplo de interferências ilegais tem-se, a criação, modificação ou extinção de regras para escolha dos seus dirigentes, os contingenciamentos orçamentários que afetam diretamente as atividades essenciais desenvolvidas pelas universidades e as tentativas de padronização pedagógicas que cerceiam o pluralismo de ideias.

3 Evolução legislativa

Raniere (1994), descreve muito bem a origem e evolução da autonomia universitária no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira vez que se tentou positivá-la foi durante as discursões que antecederam à Assembleia Constituinte de 1823, porém, não chegou a ser votada porque Dom Pedro I dissolveu a Constituinte. Após algumas tentativas de implementação ao longo da história, a autonomia só conseguiu ser inserida na legislação infraconstitucional com certa segurança jurídica em 1961 pela Lei 4.024, de 20 de dezembro.

Mas o grande marco do Instituto foi sem dúvida a CRFB/88 que o concedeu natureza de princípio constitucional. Compartilhando as lições de Di Pietro (2019), apesar de já existir previsão em legislação ordinária, a inserção da autonomia universitária no texto da CRFB/88 concedeu ao Instituto a mesma hierarquia dos demais princípios constitucionais, garantindo a sua eficácia diante de qualquer tipo de norma do ordenamento jurídico brasileiro, sendo admitidas ponderações apenas em situações extremas conforme metodologia hermenêutica de interpretação.

4 Limites de regulamentação

Segundo Silva (2020), é inaceitável que leis federais restrinjam conteúdo que verse sobre qualquer autonomia prevista na CRFB/88, seja na interpretação ou aplicação da norma. O princípio presente no artigo 207 da CRFB/88, irradia um mandamento para todo sistema jurídico devido sua hierarquia que prevalece sobre todas as normas infraconstitucionais. Dessa forma, políticas públicas educacionais que contravenham a autonomia das universidades interferindo na sua função social ou pluralidade de ideias são inconstitucionais.

Considerando que o artigo 207 da CRFB/88, é uma norma principiológica, torna-se necessário analisar as possibilidades de sua regulamentação. O artigo 22, inciso XXIV, da CRFB/88 atribui competência à união para fixar as diretrizes e bases da educação nacional, ou seja, é tarefa da união editar as normas gerais nacionais sobre matéria educacional (BRASIL, 1988). Sendo que as normas gerais devem deixar amplos espaços para que normas específicas possam regulamentar posteriormente questões específicas relacionadas às

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

atividades da universidade, pois o que não estiver vinculado a orientações amplas e bases estruturais será norma reservada à autonomia universitária.

5 Importância e concretização da autonomia das universidades

A autonomia universitária é fundamental para que as universidades possam proporcionar a sociedade uma educação superior de excelência com produção de conhecimentos e democratização do ensino. Após períodos da história do Brasil marcados por autoritarismo e ingerências em Institutos de Ensino Superior (IES) a autonomia das universidades foi positivada na CRFB/88.

O artigo 207 da CRFB/88 prevê três dimensões de autonomia: didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial (BRASIL, 1988). Mello (2019), afirma que a CRFB/88 garantiu às universidades maior independência que outros sujeitos autárquicos com o objetivo de minimizar intervenções externas principalmente em relação à liberdade de pensamento, escolha de seus dirigentes e à gestão financeira.

5.1 Fundamentos dos pesquisadores

Estando o fundamento da autonomia universitária na Lei Maior brasileira, para Raniere (2018), uma das maiores pesquisadoras brasileiras do assunto, a autonomia deve ser plena e somente sofrer ponderações quando estiver em aparente conflito com valores da própria Constituição. De forma categórica, afirma que a autonomia:

> [...] compreende prerrogativas de autogoverno atribuídas às universidades nas áreas didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial para que melhor desempenhem atividades de ensino, pesquisa e extensão de serviços à comunidade (RANIERE, 2018, p. 947).

Embasada em suas pesquisas documentais e bibliográficas, a pesquisadora afirma que a previsão da autonomia no texto constitucional assegurou mais estabilidade às atividades universitárias se comparado à legislação que vigorava anteriormente, pois, somente através de emenda constitucional esta garantia pode ser alterada.

Porém, essa previsão constitucional não foi suficiente para a efetivação do modelo de autonomia das universidades federais, já que as regulamentações feitas pelos diferentes governos que ocuparam a Administração Pública Federal não asseguraram às instituições um sistema de financiamento estável com previsão de recursos públicos suficientes para que os objetivos das atividades acadêmicas e administrativas fossem plenamente realizados.

Assim, no que refere à disposição de recursos financeiros e patrimoniais, a pesquisadora afirma que mesmo após a promulgação da CRFB/88 as universidades sofreram com contingenciamentos orçamentários de diferentes governos, preterindo os investimentos na educação superior, subestimando seus resultados e comprometendo a função social das universidades de produção de conhecimento, preservação e transmissão da ciência e cultura brasileira.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para os professores Muzy e Drugowich (2018), pesquisadores com vasta experiência em gestão universitária, que fundamentam suas pesquisas na análise bibliográfica e documental, é necessário que o financiamento das universidades brasileiras seja efetivamente garantido pelo Estado, através de regulamentações legais e determinadas, livres de políticas públicas educacionais de contingenciamento orçamentário, sob o risco de não se alcançar a autonomia financeira e dessa forma se assistir a uma desestruturação dos Institutos e a diminuição da qualidade da educação prestada.

Os citados professores elogiam e defendem a utilização do modelo de autonomia adotado pelas universidades estaduais de São Paulo para todas as universidades públicas do país. O modelo paulista é assegurado pelo Decreto Estadual nº 29.598/89, que regulamenta o repasse de verbas equivalentes a 9,57% do ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação), às instituições estaduais de ensino, cabendo a elas total gestão na alocação interna desses recursos desde que atendam a finalidade pública.

Muzy e Drugowich (2018), destacam, ainda, que é arriscado negligenciar as autonomias didático-científica e administrativa, tão importantes quanto à financeira, pois, pode resultar na diminuição da produção científica e tecnológica do país, além de prejudicar a democratização do ensino superior e as ações que viabilizam a permanência na universidade dos grupos mais vulneráveis da sociedade. Para eles, os docentes, os discentes e funcionários devem atuar exercendo essa autonomia prevista na CRFB/88 nas funções de ensino, pesquisa e extensão.

De acordo com Fávero (2000), outra importante referência nos estudos sobre a autonomia universitária e tendo como base de seus estudos a análise bibliográfica e documental, a garantia da autonomia financeira aos IES é indispensável para a definição de suas politicas de ensino, pesquisa e prestação de serviços à sociedade, entretanto, apesar dessa ideia ser praticamente uma unanimidade na comunidade acadêmica, a União não tem regulamentado e delimitado ao longo dos anos, de maneira satisfatória, a forma concreta de aplicação dos recursos orçamentários, o que tem acarretado mau funcionamento dos Institutos impedindo que cumpram seu dever constitucional de promover a educação.

Ainda segundo a pesquisadora, o Princípio da Autonomia Universitária, extraído do artigo 207 da CRFB/88, não tem força para garantir uma existência autônoma para as universidades, pois suas atividades-fim não estão isoladas dos demais interesses e relações sociais, devido às orientações ideológicas dos governantes que muitas vezes influenciam de forma negativa na política educacional, interferindo não só nos orçamentos destinados aos IES, mas também na formação acadêmica, trabalho docente e gestão institucional.

6 Considerações finais

A autonomia das universidades públicas brasileiras não é integralmente garantida pelo Estado, o que prejudica o desenvolvimento da sua função social de prestar com excelência serviços à comunidade, maior beneficiária das atividades de ensino, pesquisa e serviços. É inaceitável que normas restrinjam conteúdo que verse sobre qualquer autonomia prevista na CRFB/88. Políticas públicas educacionais que, por exemplo, contrariem a autonomia das universidades interferindo na sua função social ou pluralidade de ideias são inconstitucionais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para os pesquisadores citados ao longo do artigo, é necessário que os diferentes governos, que ao longo dos anos ocupam a Administração Pública, assegurem às universidades um sistema de financiamento estável com previsão de recursos públicos suficientes para que as instituições possam efetivar seus objetivos acadêmicos e administrativos, já que as universidades não possuem receitas financeiras próprias capazes de manterem suas atividades.

Sendo a autonomia das universidades estabelecida pela Constituição, ficam as universidades sujeitas aos controles e limites estabelecidos nas próprias normas constitucionais. Apesar de possuírem maior autonomia se comparadas a outros institutos da Administração Pública, não são entes soberanos e não podem, por tanto, se eximirem do controle do poder público, devendo estar suas atividades institucionais em consonância com os demais princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao Direito**. 12º ed. São Paulo: Hermes, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

DI PIETRO, Maria S. Zanella. **Direito Administrativo**. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019.

FÁVERO, Maria de Lourdes. **A universidade do Brasil: Das origens à Construção**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1999.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44. Ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

MELLO, Celso A. Bandeira de. **Curso de Direto Administrativo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

MUZY, P.T.A; DRUGOWICH, J.R. **Os Desafios da Autonomia Universitária: História Recente da USP**. 1 ed. São Paulo: Paco Editora, 2018.

RANIERI, Nina. **Autonomia universitária: As Universidades Públicas e a Constituição.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

RANIERI, Nina. **Trinta Anos de Autonomia Universitária: Resultados Diversos, Efeitos Contraditórios**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PROCESSO DE FORMALIZAÇÃO DAS TRANSAÇÕES DE FUSÃO E AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA EM STARTUPS

POLIANA PAULA ALVES:
Estudante de Direito no Centro Universitário UNA

Resumo: O presente estudo possui como principal temática de pesquisa do processo de formalização de transação de investimento em startups, empresas em estágio inicial de caráter inovador, com novos produtos e serviços com base tecnológica e que são estabelecidas sob condições de instabilidade. Aprofundando-se no conceito de "startup" internacionalmente e através da legislação brasileira, o próximo ponto abordado será uma análise de tais instrumentos, suas condições de direitos e deveres e sua repercussão jurídica. Verifica-se que a participação de investidores vai além do capital de risco, mas em casos aderem com sua presença e contribuição de conhecimento administrativo, técnico e científico, experiência de mercado e contatos que viabilizam ainda mais a aceleração da "startup". Dessa forma, este estudo busca contribuir para o entendimento jurídico na sociedade dessas empresas e auxiliar no incentivo ao desenvolvimento tecnológico do mercado.

Palavras-chave: Contratos. Investimento. Sociedade. Startup. Tecnologia

Abstract: The main research theme of this study is the influence of the legal instruments for formalizing investment transactions in startups, companies in an initial stage of an innovative nature, with new products and services based on technology and which are established under conditions of instability. . Going deeper into the concept of "startup" internationally and through Brazilian legislation, the next point addressed will be an analysis of such instruments, their conditions of rights and duties and their legal repercussions. It appears that the participation of investors goes beyond risk capital, but in cases they adhere with their presence and contribution of administrative, technical and scientific knowledge, market experience and contacts that further facilitate the acceleration of the "startup". Thus, this study seeks to contribute to the legal understanding in the society of these companies and assist in encouraging the technological development of the Market.

Key-words: Contracts. Investment. Society. Startup. Technology

1.INTRODUÇÃO

O advento das novas tecnologias, a globalização e a conectividade proporcionada pela internet, criaram oportunidades imensas aos novos empreendimentos e inovações que viabilizam, atualizam e facilitam processos e produtos que são utilizados por diversos nichos da sociedade. É dentro desse contexto histórico-social que surge um novo tipo de empresa, as "startups", atualmente popularizadas por suas condições atraentes para investidores.

Não é de se surpreender que a existência de "startups" seja uma consequência de um mercado econômico que é influenciado pelo desenvolvimento tecnológico. Atualmente, vivemos em um período de renascimento e metamorfose do conceito de empreendedorismo e administração de empresas. Cada vez mais, essas empresas revolucionárias que buscam mudar o mundo conquistam os olhares da economia mundial.

As inovações tecnológicas refletem diretamente no ordenamento jurídico de um país. As “startups” surgem de que prometem crescimento acelerado e alta rentabilidade com mínimo de transformação no produto/serviço oferecido. Apesar da alta instabilidade que é característica fundamentada dessas novas empresas, o alto nível de inovação em um mundo que exige constante desenvolvimento é uma promessa que conquista cada vez mais novos investidores.

No entanto, é pertinente que a “startup” possua uma estrutura e administração adequada ao produto ou serviço oferecido, a fim de garantir seu crescimento e progresso no mercado atual. Uma pesquisa realizada pelo Sebrae e Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e divulgada no informativo n° 35 de 2018, com empresas participantes do Programa Inovativa Brasil (programa de aceleração em larga escala para negócios inovadores de qualquer setor e lugar do Brasil), revelou que 30% das “Startups” analisadas encerraram suas atividades no último período de 2017, enquanto em uma pesquisa feita na Harvard Business School (Shikar Ghosh, 2012) demonstrou que 75% das startups fracassaram nos primeiros anos de empreendedorismo. Os principais motivos levantados são a dificuldade de acesso ao capital e obstáculos para ingressar no mercado.

Um dos papeis mais importantes para o sucesso de uma startup se encontra nos investidores, que além de proporcionar um capital de risco que irá providenciar uma melhor estrutura para a empresa, também contribuem com sua expertise de negócio, conhecimento de mercado, contatos pertinentes ao nicho econômico, entre outras vantagens.

Para garantir uma relação duradoura, que beneficie os lados do empreendedor-investidor e da “startup”, utiliza-se de métodos jurídicos via contratos para estabelecer um acordo mútuo de direitos e deveres, assegurando dessa forma que os benefícios do investidor se mantenham e que não haja redução de suas possibilidades.

Este estudo possui como metodologia a análise teórica dos conceitos sobre “startups”, internacionalmente e através da legislação brasileira, como os requisitos e obrigações necessárias para que se constituem como denominadas e para que possam receber certos tipos de investimentos e participação em sociedade específicos. O objetivo dessa tese envolve essa abordagem de perspectivas paralelas, dos sócios e investidores, ao compreender tais particularidades que favorecem a análise da repercussão jurídica na manufatura de acordos e contratos, assim assegurando os interesses das partes.

Dessa forma, pode-se concluir resultados que determinarão quais dessas categorias jurídicas de investimentos possuem a capacidade de impactar e modificar a sociedade da “startup”, analisando assim o nível desse impacto, sua extensão de valores e nas ações administrativa. Por fim, um estudo comparativo que investigue as vantagens e desvantagens de cada categoria, a partir de cada uma de suas principais influências.

2. DEFINIÇÃO DE “STARTUP” E HISTÓRICO

Primeiramente compete-nos analisar o contexto em que surgem as denominadas "Startups" e como se desenvolveram no mercado. O termo “Startup" tem origem na língua inglesa e, de acordo com o American Heritage Dictionary, pode ser traduzido como " o ato ou processo de colocar em operação ou movimento" ou ainda " um negócio ou empresa que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

começou recentemente a operação".[66] Não há um consenso sobre a definição do conceito de "startup", no entanto, alguns autores preferem limita-lo a um negócio que opere sob condições de extrema incerteza e possuam um produto repetível e escalável, ou seja, um produto/serviço inovador e que possa crescer em alta velocidade. Para tal crescimento acelerado, geralmente utilizam-se da internet.

Segundo Erick Ries (2012, p. 26), "*uma startup é uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza*.".

Blank e Dorf também trouxeram outra definição bastante utilizada sobre o que é uma *Startup*: "*uma organização temporária construída para buscar respostas que promovam a obtenção de um modelo de negócio recorrente e escalável*" (2014, p.xxix).

Nota-se que este modelo de empresa ganhou notoriedade nos anos 90 e início do século XXI beneficiando-se do desenvolvimento tecnológico e econômico vislumbrado nesta época. Embora não haja consenso sobre a definição de "Startup", Bruno Feigelson (2018) estabeleceu elementos comuns a elas:

1. Encontra-se em estágio inicial e carecem de procedimentos internos
2. Possuem perfil inovador
3. Significativo controle de gastos e custos
4. Operacionalizadas por meio de um MVP (Minimum Viable Product)
5. O produto ou ideia explorado é escalável
6. Apresentam necessidade de capital de terceiros para operação inicial
7. Utilizam tecnologia em seu modelo de negócios

A principal característica que diferencia as "startups" de empresas tradicionais é a condição de extrema incerteza, que acaba gerando necessidades jurídicas tão particulares.

"Startups" trazem consigo a ideia de inovação e muitas vezes de algo extremamente novo no mercado, nunca previsto por legislações anteriores e sem plano de negócios pré-existente.

> Há mais uma parte importante dessa definição: o contexto no qual a inovação acontece. A maiorias das empresas – grandes e pequenas – estão excluídas desses contextos. As startups são projetadas para enfrentar situações de extrema incerteza. Abrir uma nova empresa, que seja um clone exato de um negócio existente, copiando modelo

[66] "Startup. 1. The act or processo f setting into operation or motion. 2. A business or undertaking that has recently begun operation: *grew from a tiny startup to a large corporat ion."* "Startup." American Heritage® Dictionary of the English Language, Fifth Edition. 2011. Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company. Disponível em: < https://www.thefreedictionary.com/startup>. Acesso em 21 de março de 2019.

> de negócios, precificação, cliente-alvo e produto, pode até ser um investimento econômico atraente, mas não é uma startup, pois seu sucesso depende somente da execução – tanto que esse sucesso pode ser modelado com grande exatidão. (Eis por que tantas pequenas empresas podem ser financiadas com simples empréstimos bancários; o nível de risco e incerteza são tão bem entendidos que um analista de crédito pode avaliar suas perspectivas futuras.) A maioria das ferramentas da administração geral não são projetadas para florescer no solo adverso da extrema incerteza, no qual as startups vicejam. O futuro é imprevisível, os clientes testemunham um conjunto crescente de alternativas, e o ritmo da mudança está sempre aumentando. No entanto, a maioria das startups – tanto em garagens quanto em empresas – ainda é administrada por meio de prognósticos padrão, marcos de produtos e planos de negócios detalhado. (Erick Ries, 2011).

Vale, ainda, destacar a definição de Torres (2012):

> "Startup é um experimento, você deve experimentar para encontrar a solução para o problema de seus clientes e para garantir que esses clientes vão lhe gerar o retorno financeiro suficiente para que você continue oferecendo essa solução. Quando você achar que não deve mais experimentar, ou que deve diminuir o ritmo de suas experiências, provavelmente você já encontrou um retorno mensal dentro do que você esperava e nesse momento você estará fazendo a transição de startup para um negócio" (Torres, 2012, p.15)

Desta forma, nota-se que "startup" não é um tipo societário e sim uma fase que determinada empresa, com características peculiares, atravessa até a almejada venda para um grupo já consolidado ou a abertura de seu capital na bolsa de valores por meio de *IPO-INITIAL PUBLIC OFFERING.*

3.NATUREZA JURÍDICA DAS "STARTUPS"

Embora não haja consenso sobre quais características definem uma "startup", o conceito sofre alterações de acordo com a política pública que se deseja promover.

A PL 9590/18 em tramitação desde fevereiro de 2018, altera as Leis nº 6.019, de 1974; 8.666, de 1993; 11.478, de 2007 e 7.827, de 1989 e dispõe que:

> "Art. 2º Considera-se startup a sociedade ou a empresa individual de responsabilidade limitada:
>
> I - constituída há não mais de 60 (sessenta) meses, e cuja constituição não tenha sido decorrente de cisão, fusão, incorporação ou aquisição de empresas;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

II - cuja receita bruta não ultrapasse o valor do maior limite de que trata o inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

III - cujo estatuto estabeleça que a distribuição de dividendos somada à distribuição de juros sobre o capital próprio não excederá 1% (um por cento) do lucro líquido do exercício;

IV - cujo estatuto estabeleça que não haverá criação de partes beneficiárias;

V - cujas despesas de pesquisa e desenvolvimento sejam iguais ou superiores a 20% (vinte por cento) da receita bruta, sendo excluídas dessas despesas os valores direcionados à formação de ativo imobilizado;

VI - que tenham mais de um terço de sua força de trabalho constituída, cumulativa ou alternativamente, por profissionais:

2 a) com diploma de conclusão de curso de mestrado ou de doutorado, ou que estejam cursando doutorado nesse tipo de instituição;

b) que tenham realizado, por mais de 3 (três) anos, pesquisa acadêmica em institutos de pesquisa públicos ou privados no Brasil ou no exterior e cuja pesquisa correspondente tenha sido publicada como trabalho científico em periódicos internacionais ou nacionais que tenham conselho editorial;

ou c) que sejam titulares ou depositários de pedidos de patentes;

VII - na qual os sócios declarem o atendimento aos requisitos de que tratam os incisos I a VI, observados os §§ 1º e 2º, devendo a declaração ser arquivada no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, no caso de sociedade empresária ou de empresa individual de responsabilidade limitada que tenham por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro, ou, nos demais casos, arquivada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas da respectiva sede; VIII - no qual o arquivamento de que trata o inciso VII tenha sido efetuado em não mais do que 48 (quarenta e oito) meses; e

IX – cujas demonstrações financeiras, estatuto social e suas alterações sejam:

a) arquivadas no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, no caso de sociedade empresária ou de empresa individual de responsabilidade limitada que tenham por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro, ou, nos demais casos, arquivadas no Registro Civil das Pessoas

> Jurídicas da respectiva sede; b) publicadas e divulgadas na internet em, pelo menos, no sítio da própria sociedade ou empresa individual de responsabilidade limitada; e c) apresentadas a qualquer interessado que as solicitarem".

Para fins de captação de investimentos, a FINEP (Financiadora de Estudos e Projetos), empresa pública vinculada ao Ministério da Ciência Tecnologia e Inovação que fomenta instituições de pesquisas e empresas brasileiras, concede investimentos reembolsáveis ou não. O programa Finep Startup estabelece como requisitos de elegibilidade:

> - Empresas de base tecnológica que atendam às seguintes condições:
>
> - Empresa inovadora cujo produto, processo ou serviço, objeto principal da captação de recursos, esteja no mínimo na fase de protótipo ou testes, preferencialmente já tendo sido realizadas as primeiras vendas;
>
> - Apresentem, no ano do lançamento do Edital, receita bruta de até R$ 4,8 milhões;
>
> - Tenham sido registradas na Junta Comercial no mínimo seis meses antes do lançamento do Edital; e
>
> - Sejam atuantes nos temas e tecnologias habilitadoras previstos no Edital.

A Lei Complementar 167/2019 que instituiu o Inova Simples, regime especial que facilita a criação e o encerramento de "startups" visando incentivar sua regularização, e assim a definiu para fins de regularização e tributação:

> "Considera-se Startup a empresa de caráter inovador que visa aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou produtos, os quais, quando já existentes, caracterizam "startups" de natureza incremental ou quando relacionados à criação de algo totalmente novo, caracterizam "startups" de natureza disruptiva",[67]

Além de caracterizar "startups" em duas espécies: incremental e disruptiva, a LC167/2019 ainda tornou o procedimento de abertura e encerramento de "startups" menos burocrático e poderá ser efetuado de forma "online". É considerado um grande avanço para a legislação brasileira sobre o tema, já que leva em conta o ambiente de incerteza e de ritmo acelerado que uma "startup" está inserida.

[67] **BRASIL.** Lei Complementar n° 167/2019. Altera a Lei Complementar 123/2006. **Palácio do Planalto Presidência da República.** Brasília, 24 de abril de 2019. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp167.htm>. Acesso em 22 de maio de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Considerando o panorama atual e a proposta legislativa, pode-se aferir que uma "startup" no Brasil caminha para a seguinte definição: uma empresa em fase inicial, de base tecnológica e com receita bruta que não ultrapasse 4,8 milhões.

Contudo, é importante destacar que embora uma *startup* esteja na fase inicial do desenvolvimento de negócio e ainda não consolidada no mercado, tendo em vista sua ideia de inovação e riscos, não a exime de responsabilidades empresariais e tributárias. Como um fator peculiar diante dos demais tipos de empresa, uma *startup* poderá ser formada a partir de sistemas menos burocráticos quanto à sua tributação, como o sistema SIMPLES NACIONAL, o qual poderá ser aplicado ao pequeno empresário.

Tão logo, um aspecto que diferencia uma *startup* dos demais tipos de empresa refere-se à captação de investimento. Como veremos no próximo capítulo, em decorrência desta peculiaridade de risco e inovação e possíveis consequências negativas ao investidor, as *startups* possuem uma maior dificuldade de reunir recursos financeiros vindos de fora da empresa.

4. CAPTAÇÃO DE INVESTIMENTOS DE UMA *STARTUP*

No meio societário é bastante comum ouvir a sigla M&A, que no inglês significa "mergers and acquisitions", sendo que ao traduzir ao português temos a expressão Fusões e Aquisições ou "F&A", esta sigla denomina os processos de compras e vendas, no todo ou em parte, de sociedades. De acordo com Bachini (Jornal do Comércio 16/08), as operações de fusão, aquisição e cisão são opções que auxiliam na redução de custo, aumento de produtividade e competitividade de uma empresa.

Essas operações têm por objetivo criar grandes estruturas empresariais (Almeida Laq, pg. 06) e até mesmo segregação de negócios, sendo utilizados como forma de investimento.

O processo de incorporação, conforme define a Lei das Sociedades Anônimas e o Código Civil Brasileiro, *"é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações". 68*Isto significa dizer que a incorporadora passa a existir no lugar da incorporada. Já a fusão "*é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações*".69

A referida lei também define o processo de cisão, vejamos:

> "A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão"70.

68 Lei nº 6.404/76, art. 227.
69 Lei nº 6.404/76, art. 228.
70 Lei nº 6.404/76, art. 229

Nesse sentido, é importante destacar que nas operações de fusão e cisão total as pessoas jurídicas originárias são extintas por completo, ou seja, os seus registros na Receita Federal são encerrados e todos os seus direitos e obrigações são transferidas às novas companhias, inclusive todos os seus patrimônios. Enquanto na cisão parcial, as sociedades só respondem pelas obrigações que lhe foram transferidas conforme a parcela de sua quota. Portanto, não há solidariedade com a companhia cindida.

É exatamente por este fator que a cisão parcial é o meio mais comum de se buscar investimento, pois apenas uma parte das operações são negociadas, mantendo a essência da sociedade original, uma vez que os direitos e obrigações não são suscetíveis à sucessão.

Os processos de fusão e incorporação, geralmente, são utilizados em pessoas jurídicas do mesmo segmento. Para melhor compreensão, imaginemos que uma empresa A é detentora de 30 lojas de eletrodoméstico, contudo, a matriz percebe que há 40 lojas do mesmo segmento pertencente ao outro grupo com um viés de lucro bastante significativo. Com a intenção de aumentar o seu patrimônio (lucro) decide iniciar o processo de incorporação.

Findada a operação, a empresa A passará a ser detentora de todos os direitos e obrigações da incorporada.

Entretanto, como bem pontuado no capítulo anterior, uma startup, por possuir certa incerteza em seu negócio, não consegue chamar a atenção de investidores externos. Por tal motivo, em sua maioria, este tipo de empresa exerce suas atividades com empréstimos e financiamentos bancários.

Este aspecto contribui negativamente no que tange à captação de recursos financeiros, uma vez que as *startups* obtêm dívidas precocemente, o que implica no vasto lapso temporal que uma *startup* leva para conseguir girar e manter a empresa com a sua própria receita.

Por outro lado, a venture capital é um tipo de investimento bastante comum entre as startups, uma vez que se refere à compra de participação acionárias em empresas que, embora iniciais, possuam potencial de crescimento e inovação. Mas, pergunta-se: Qual o ponto negativo deste tipo de investimento?

Os investidores (venture capital) pressionam, de certa forma, estas empresas novas a conquistarem resultados significativos, uma vez que eles dependem do crescimento para terem lucro com o investimento. Nesse sentido, as startups não buscam o seu equilíbrio financeiro, a manutenção do negócio com a sua própria receita, nesta fase a startup buscará, embora com altos gastos, gerar lucro aos investidores. Assim, terá uma rotatividade e expansão de captação financeira. Este é um dos motivos da falta de independência financeiras das startups.

Embora o presente artigo não tenha como objetivo exemplificar e estudar a fundo os temas que abarcam os tipos de investimentos financeiros de uma startup, cumpre destacar duas teorias de financiamento que são básicas na captura de valores, são elas: debt e equity. Sendo que no primeiro caso, o investimento recebido pela startup é considerado um "empréstimo", pois a empresa é obrigada a pagar ao investidor a dívida corrigida com juros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e multa em médio ou longo prazo. Neste tipo de financiamento, em sua maioria, não há necessidade de uma garantia, embora nesta relação ocorra a aplicação de juros altíssimos.

Enquanto na segunda, *equity*, o investimento ocorre pela obtenção do investidor de participação na empresa por meio de quotas ou ações. Neste caso, o financiamento está ligado ao recebimento de dividendos (lucro apurado).

Nas startups os investimentos são divididos em rodadas de investimento denominadas séries (incluir o livro), sendo tituladas como "A", "B", "C" e assim sucessivamente. Preliminarmente ocorre a análise e reunião dos possíveis agentes de investimento, são eles: FFFs, investidores=anjo e fundos *seed:*

4.1 Modalidade FFF

A sigla FFF significa "Friends, Family and Fools" (amigos, família e tolos). Como o próprio nome arremete, a captação de recursos financeiros deriva de membros da família, amigos ou outras pessoas que perfazem o ciclo social dos fundadores da *startup*.

Pelo contato próximo que estes "investidores" possuem com os fundadores, geralmente, os recursos financeiros são captados antes mesmo do pacto contratual. Embora tenha esta característica sentimental, é imprescindível, assim como em qualquer outra relação, a formalização de um contrato social formal.

Esta modalidade sempre será a fase inicial da captação de recursos externos.

4.2 Investimento-anjo

Denomina-se "investimento-anjo" aquele investidor que detém alto poder aquisitivo e vontade e disposição de investir parte da sua riqueza em empreendimentos de risco. Além do seu investimento financeiro, geralmente os investidores exercem funções dentro das startups, ao menos até findada a fase inicial de desenvolvimento de negócio.

Obviamente, este investidor possui ampla vivência com gestão e administração de empresas, conforme Dornelas define:

> O investidor-anjo, ou investidor pessoa física, é um capitalista de risco que possui dinheiro e busca alternativas para obter melhor rentabilidade para esse dinheiro. É ele quem coloca o seed money (dinheiro "semente inicial") necessário para a criação de muitos negócios. Mas, para isso, analisa muito bem o plano de negócios da empresa e seu potencial. Geralmente, esse dinheiro é concedido em troca de uma participação acionária na empresa ou de uma quota do capital social da empresa que está sendo criada. Esse tipo de investidor começa a se tornar mais conhecido no Brasil, principalmente devido ao movimento crescente das aceleradoras de negócios de tecnologia e Internet.71

71 DORNELAS, 2016. p. 184.

Este tipo de investimento não se assemelha aos investimentos tradicionais, uma vez que este segundo é meramente financeiro. Já o primeiro, além dos ativos envolvidos, o investidor pratica atividades dentro da dependência da empresa. Embora, "*tudo isso não significa que o investidor estará presente no dia a dia da startup, mas sim que ele poderá ser sempre consultado quando necessário e trazer insights que façam diferença ao longo da jornada do projeto*" (SEBRAE, 2016).

Portanto, nota-se que o investidor-anjo possui um papel fundamental na *startup*, não apenas no que tange ao capital da empresa.

4.3 Fundos de investimento

Os fundos de investimento são a reunião de diversas pessoas que juntam os seus recursos financeiros a fim de serem aplicados em diversos empreendimentos do mercado financeiro e de capitais. A obtenção do lucro é dividida entre todos os participantes considerado o valor investido por cada um.

No mundo das *startups* é bastante o comum as modalides de *equity* e *venture capital*, pois são modalidades de investimentos em empresas de alto risco.

Independentemente da modalidade escolhida pela startup, a captação de recursos financeiros requer uma atenção quanto à burocratização e formalização documental. O próximo capítulo visa analisar e pontuar as principais etapas de aquisição de investimento e os instrumentos contratuais imprescindíveis para o cumprimento fiel do negócio jurídico.

Este breve relato sobre as modalidades de captura financeira pelas startups é fundamental para compreendermos as etapas jurídicas da captação destes recursos. Como bem mencionado anteriormente, uma startup envolve riscos ao investidor, pois, embora o seu negócio seja inovador, a ideia é nova e suscetível a análises errôneas. Portanto, a correta leitura e elaboração dos documentos contratuais são imprescindíveis para que o investimento traga segurança jurídica para ambas as partes. Como veremos a seguir, desde a fase inicial do processo de obtenção de recursos financeiros faz necessário a formalização de documento contratual, pois através da assinatura do investidor e da startup é possível mitigar possíveis riscos.

5.INSTRUMENTOS JURÍDICOS IMPRESCINDÍVEIS PARA FORMALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CAPTAÇÃO DE INVESTIMENTO

Toda transação societária requer cuidados e atenção no que tange à formalização da operação que está sendo realizada, seja a compra total da pessoa jurídica ou apenas uma parte de suas transações. Sabe-se que o básico de um documento contratual é a menção das responsabilidades e obrigações de cada parte. Entretanto, em negócios que envolvem valores e riscos altos o preparo de contratos iniciam ainda de forma preliminar, ou seja, ainda na intenção do investimento, mesmo que não tenha nenhuma ideia concretizada acerca da compra.

Os documentos preliminares mais utilizados no mundo dos negócios são: *Term Sheet*, LOI, Memorando de Entendimentos e o Acordo de Confidencialidade. A seguir veremos as diferenças entre eles e quais pontos de atenção na utilização destes documentos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5.1 Acordo de Investimento – "*term sheet*" e Carta de Intenção - "*LOI*"

O Acordo de Investimento ou Term Sheet como é conhecido é uma espécie de carta de intenção e é utilizada quando há uma operação em vista. Ou seja, há uma intenção para que aconteça aquele determinado negócio, mas a parte interessada ainda não sabe as condições da startup: o lucro, receita bruta, número de empregados, filiais, dívidas, acionistas, ativos, relações trabalhistas etc ainda são informações totalmente desconhecidas por parte do investidor.

A cartão de intenção é encaminhada, geralmente, pelo investidor, sendo necessária a aceitação da empresa que receberá tal investimento. Esse documento tem caráter de contrato preliminar e requer assinatura de ambas as partes, portanto, há obrigações a serem cumpridas pelos interessados (Rabelo, 2013). Cumpre mencionar que, a partir da aceitação do LOI cria-se a expectativa do direito.

Isto significa dizer que o negócio, ainda em fase inicial e sem o direito concretizado, não poderá ser interrompido, salvo justificativa que fundamente tal desistência. Mesmo que no próprio documento possua cláusula de não vinculante, a interrupção imotivada poderá ensejar responsabilidade à parte desistente. Assim entendeu o Superior Tribunal de Justiça "STJ", vejamos:

> "RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL. NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES. EXPECTATIVA LEGÍTIMA DE CONTRATAÇÃO. RUPTURA DE TRATATIVAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. JUROS DE MORA. TERMO 'A QUO'. DATA DA CITAÇÃO. 1. Demanda indenizatória proposta por empresa de eventos contra empresa varejista em face do rompimento abrupto das tratativas para a realização de evento, que já estavam em fase avançada. 2. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando o magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes. 3. Inviabilidade de se contrastar, no âmbito desta Corte, a conclusão do Tribunal de origem acerca da expectativa de contratação criada pela empresa varejista. Óbice da Súmula 7/STJ. 4. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva na fase pré- contratual. Doutrina sobre o tema. 5. Responsabilidade civil por ruptura de tratativas verificada no caso concreto. 6. Inviabilidade de se analisar, no âmbito desta Corte, estatutos ou contratos de trabalho, para se aferir a alegada inexistência de poder de gestão dos prepostos participaram das negociações preliminares. Óbice da Súmula 5/STJ. 7. Controvérsia doutrinária sobre a natureza da responsabilidade civil pré-contratual. 8. Incidência de juros de mora desde a citação (art. 405 do CC). 9. Manutenção da decisão de procedência do pedido indenizatório, alterando-se apenas o termo inicial dos juros de mora. 10. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E,

NESSA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDO. (STJ - REsp: 1367955 SP 2011/0262391-7, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 18/03/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/03/2014)".

Junto ao LOI é de suma importância a formalização de um Acordo de Confidencialidade, conhecido como NDA, tendo em vista que a partir da aceitação da carta de intenção inicia-se o processo de *Due Diligence*, o qual, como veremos a seguir, envolve a auditoria de toda e qualquer informação da empresa, sejam elas relacionadas ao financeiro, trabalhista, contratual, ao negócio e afins.

Como bem pontuado por Samuel Gaudêncio e Charles McNaughton no livro Fusões e Aquisições, "*com a assinatura do LOI, formaliza-se uma real intenção por parte do interessado em adquirir participação societária em determinada pessoa jurídica" (2019).*

Portanto, firmado o Acordo de Confidencialidade ou a Carta de Intenções, as partes se comprometem a manterem em sigilo todo e qualquer dado divulgado durante a referida operação, sob pena de multa, danos morais e lucro cessante.

5.2 Memorando de Entendimentos ou "*Mou*"

O Memorando de Entendimentos ou MOU (*Memorandum of Understanding*) também é um contrato preliminar, contudo, diferente do LOI, ele possui todos os termos e detalhes do entendimento firmado entre os envolvidos.

O MOU é bastante utilizado nas operações que envolvem startup, pois o investidor e o investido podem alinhar todas as expectativas do investimento, bem como os direitos e obrigações de cada um. No meio societário, diz que o Memorando de Entendimentos é o acordo de cavalheiros.

A fim de uma melhor compreensão, neste documento preliminar poderá conter o objetivo do investimento, a função de cada sócio, os valores que serão investidos, alinhamento sobre a propriedade intelectual, remuneração dos investidores e qualquer outra informação importante para o cumprimento fiel do negócio.

O MOU não pode ser confundido com o Contrato Social, pois ainda não houve o contrato principal, aquele que formalizará a compra ou venda da determinada pessoa jurídica, conforme definição do Código Civil "*o contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado*".72

5.3 Acordo de Confidencialidade ou "nda"

Como brevemente citado acima, o Acordo de Confidencialidade ou "NDA" (do inglês "Non Disclosure Agreement") é um documento imprescindível para qualquer negociação que envolva duas ou mais partes, isto porque a sua principal função é proteger toda e qualquer informação circulada durante a operação.

72 Código de Processo Civil, art. 462

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Além de resguardar as informações estratégias, as partes se comprometem a manterem o sigilo de informações pertinentes a qualquer área da sociedade, envolvendo dados jurídicos, trabalhistas, operacionais, fornecedores, prestadores de serviços e qualquer outro dado que seja de propriedade da empresa.

A partir da assinatura do NDA, as partes se comprometem e se responsabilizam acerca de qualquer vazamento dessas informações, sob pena de multa, lucro cessante e danos morais.

A compreensão de cada desses contratos preliminares é de suma importância para estudarmos e analisarmos as fases das operações que envolvem o M&A. A partir desse estudo, será mais fácil correlacionarmos esses documentos "pré-contratuais" com cada etapa, do início ao fim, do processo de compra ou venda, no todo ou em parte, de uma startup.

6.FASES DE UM PROCESSO DE M&A

Como bem vimos no capítulo 4 do presente artigo, o processo de M&A é uma das estratégias utilizadas por uma startup para captar recursos financeiros, tendo em vista que o investidor poderá comprar apenas uma parte das transações da sociedade ou ela por completo, de modo que a empresa investida deixe de existir, passando à sucessão todos os seus direitos, obrigações e patrimônios. Conforme Cano (2002, p. 151), "*os processos de F&A's são inerentes à concorrência capitalista. Acumulação de capital, inovações, ganhos de produtividade e acirramento da competição".*

Como pontuado por Sérgio Botrel:

> "A nomenclatura fusões e aquisições identifica o conjunto de medidas de crescimento externo ou compartilhado de uma corporação, que se concretiza por meio da 'combinação de negócios' e de reorganizações societárias. Estão inseridas na terminologia sob análise não somente compras de ativos empresariais e participações societárias, e a união de duas ou mais sociedades para a formação de uma terceira, mas também a formação de grupos societários, a constituição de sociedades de propósito específico (SCP), a formação de consórcios, a cisão, a incorporação de sociedades ou de ações etc. Enfim, o modelo jurídico escolhido pelas partes pode variar consideravelmente, pois o que caracteriza uma operação de fusão e aquisição é a sua finalidade: servir de instrumento de implementação da estratégia de crescimento externo ou compartilhado."73

Embora esta operação seja extremamente importante para captação de recursos, ela requer alguns cuidados em seus procedimentos, dada a complexidade do negócio. Antemão, é imprescindível que os envolvidos, tanto investidor, como sociedade, formalizem todos os documentos necessários para proteção da operação e das informações transacionadas- por isso a importância da leitura minuciosa do capítulo que antecede o presente.

73 BOTREL, S. Fusões & Aquisições. São Paulo: Saraiva, página 21, 2012.

A seguir analisaremos cada fase do processo, bem como as suas peculiaridades e observações.

6.1 *Valuation*

A fase inicial para qualquer operação de M&A é realizar uma arbitragem do valor que representa a empresa a ser investida.

Valuation (do inglês avaliação de empresas), é o processo aplicado para verificar o valor real de uma empresa ou de um imóvel que a pertence ou até mesmo de um ativo, dívida, debênture, ação etc.

Para realização deste primeiro passo é importante que a sociedade tenha um controle financeiro e contábil de seu negócio, assim poderá ser analisado a sua situação perante o mercado.

Essa fase inicial ainda é dividida em duas:

a. Pré-valuation: A avaliação da empresa ocorre sem considerar o valor a ser investido;
b. Pós-valuation: Ao contrário do anterior, o valor da empresa será somado ao possível investimento.

É impossível iniciar o processo de M&A desconhecendo o valor da empresa, tendo em vista que o percentual do investimento será aplicado sobre o valor derivado da *valuation*.

Para se chegar ao valor da startup, é necessário considerar o fluxo de caixa, considerando os ativos e passivos, valor patrimonial e os múltiplos de mercado. Sob o fluxo do caixa, nos casos em que envolve startup, desconta uma taxa de 20% a 40% referente ao risco de mercado.

Os múltiplos de mercado representam a comparação da situação atual da startup com o resultado de empresas do mesmo segmento, para isso são utilizados uma média entre elas. O ponto negativo dessa avaliação entre startups é que nem sempre o resultado será satisfatório, tendo em vista que ambas estarão há pouco tempo no mercado.

6.2 Definição e preparação dos atos preparatórios

Nesta etapa do processo de M&A, as partes interessadas devem formalizar os documentos preliminares. Iniciando com a elaboração e assinatura de um Term Sheet e do Acordo de Confidencialidade, já que a partir deste momento as informações começam a ser transacionadas entre a empresa e o investidor.

Como descrito anteriormente, o Term Shet é um contrato preliminar que regerá as obrigações e responsabilidades de cada parte durante todo o processo. Terminado as negociações, o contrato final será baseado nas cláusulas contidas no Term Sheet.

As principais vantagens para formalização dos referidos documentos são:

a. Resguarda a intenção de ambas as partes;
b. Formaliza as condições e termos do investimento;
c. Diminui os riscos;
d. Contribui com a elaboração do contrato final;
e. Assegura os direitos dos possíveis investidos, bem como da sociedade;
f. Protege as informações de possíveis vazamentos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Esta etapa está resguardada em nossa legislação, conforme prevê o Código Civil Brasileiro:

> "Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive".

Portanto, percebe-se que uma vez formalizado o documento preliminar , as partes são obrigadas a continuarem o negócio, salvo em casos de motivos jusitificados, sob pena de sanção.

Concluído o processo de assinatura dos documentos, iniciará a fase de "*Due Diligence*".

6.3 Due Diligence

A Due Diligence é o processo em que ocorrerá auditoria em todas as áreas da empresa a fim de verificar se há contingência de alto risco. É nesta fase da operação que o investidor poderá cancelar o negócio caso seja verificado resultados ruins ao negócio.

A Due Diligence é considerada um passe de pente fino em todas as informações transacionadas, sejam elas contábeis, tributárias, trabalhistas, financeiras e qualquer outra que impacte no patrimônio líquido daquela startup.

Essa etapa é totalmente burocrática, tendo em vista que há a necessidade de reunir diversos documentos, tais como:

a. Certidões negativas da empresa e dos sócios/administradores/
b. Estatutos;
c. AGO/AGE;
d. Demonstrativos financeiros;
e. Relatórios jurídicos, contábeis e fiscais;
f. Contratos dos maiores clientes;
g. Apresentação das maiores contingências da startup.

Conforme Almeida (1996, p.35), a principal finalidade de um processo de *due diligence* é assegurar que o auditor externo emitirá o relatório/opinião das demonstrações financeiras da empresa, de modo a comprovar que elas realmente representam a real situação financeira e patrimonial da companhia.

A cada auditoria é emitido um relatório a ser encaminhado aos advogados dos investidores onde analisarão cada informação repassada. Inclusive, no próprio Term Sheet, geralmente, dispõe uma cláusula de responsabilidade civil e criminal no caso de omissão de informação valiosa ao negócio realizado, podendo causar a nulidade do investimento.

6.4 Formalização contratual

Após análise de todas informações extraídas do processo de due diligence, caso o investidor queira dar seguimento ao negócio, iniciará a penúltima fase do processo de M&A. É nesta etapa que será formalizado o investimento por meio do contrato final, são eles:

- Contrato de compra e venda de cotas ou de ações: utilizado nos casos em que há venda societária total ou parcial;
- Contrato de subscrição de cotas ou de ações: utilizado nos negócios que há integralização de novas cotas ou ações;
- Contrato de compra e venda de ativos: utilizado para formalizar a aquisição direta de ativos, tendo em vista que o vendedor não concede a sua participação total da sociedade.

O contrato principal deverá conter todos os contratos acessórios utilizados no decorrer do negócio, desde sua fase inicial até a fase final.

6.5 Conclusão da transação

O processo de M&A termina com o fechamento, conhecido como *closing*, pois restará demonstrado o cumprimento de todas as disposições contidas no LOI (documento preliminar).

É nesta etapa que haverá o pagamento do valor envolvido, o qual foi acordado em contrato como o será realizado.

A fase final consiste em:

a) Formalizar os documentos de renúncia dos administradores atuais;
b) Envio de certidões negativas;
c) Assinatura do contrato e fechamento do preço;
d) Alteração de participação acionários nos livros societários;
e) Pagamento do preço acordado;
f) Alteração do Estatuto Social;
g) Formalização dos demais atos societários, AGO e AGE.

O processo de M&A é totalmente dificultoso, tendo em vista que todas as informações transacionadas durante toda operação são extremamente sensíveis. Por se tratar de startups, empresas novas no mercado e de grande risco, é necessário contar com o suporte de profissionais, como advogados, empresas especializadas em realizar a *due diligence*, escritório contábil e profissionais de confiança que exercem suas funções dentro da companhia.

No último capítulo, abordaremos os principais pontos que requerem atenção, dado a existência de riscos ao negócio.

7. A IMPORTÂNCIA DA OBSERVÂNCIA LEGAL DURANTE O PROCESSO DE M&A DE UMA STARTUP.

A *Due Diligence* é a etapa principal e fundamental de um processo de M&A, seja quando envolve uma startup ou uma empresa já consolidada no mercado. Como vimos acima, esta fase se inicia logo após a assinatura do LOI ou *Term Sheet* e funciona como uma auditoria em todos os departamentos da empresa negociada, desde a área mais técnica, até a negocial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O principal objetivo da *Due Diligence* é minimizar possíveis riscos ao investidor, de modo a identificar e esclarecer as contingências e passivos daquela transação, uma vez que ela oferece garantia ao possível investidor, tendo em vista que é possível apurar qualquer tipo de problema na companhia, conforme descreveu Farias (2007).

As auditorias que visam a análise de informações contábeis e fiscais servem para mensurar e analisar cada passivo fiscal e trabalhista da empresa. Ao término desse estudo, é possível compreender os valores dos possíveis riscos, bem como a probabilidade desses riscos acontecerem. A auditoria contábil é importante, também, para analisar os livros contábeis e balanços de modo a comprovar o capital, lucro/prejuízo e receita informados no início do processo de M&A.

Este mesmo raciocínio se estende as demais auditorias, até mesma jurídica, pois é através dela que é possível analisar as principais contingências da empresa, bem como as ações que apresentam um risco significativo e a suas probabilidades de perdas ou êxitos.

A auditoria, portanto, é "*um processo sistemático de obtenção e avaliação objetivas de evidências sobre afirmações a respeito de ações e eventos econômicos*", como bem colocado por Boynton, Johnson e Kell (2005, p.30). Notada alguma informação que tenha impacto negativo na transação durante o processo de *Due Diligence*, caberá a possibilidade do desfazimento do negócio. Sendo assim, o possível investidor poderá apresentar a sua desistência sob fundamento do possível prejuízo.

Em complemento à importância da realização de uma *Due Diligence* nos processos de M&A é importante elencar que é inviável o início das transações sem a assinatura dos documentos informados no capítulo anterior, uma vez que o investidor terá acesso a toda e qualquer informação pertencente à Startup.

Este fator é tão importante, pois, como já sabemos, a Startup é uma empresa inovadora, logo, a sua tecnologia é sempre muito bem guardada, assim como um segredo. Com a correta elaboração e assinatura do NDA, é possível trazer segurança à empresa a ser investida de que toda aquela informação transacionada não servirá para reprodução ou cópia pelo possível investidor ou terceiros que tenham conhecimento daquilo através do violador da privacidade.

Os documentos contratuais também asseguram o investidor, pois estamos diante de riscos e valores altos. Apenas como a formalização dos contratos será possível uma execução ou ajuizamento de uma ação de obrigação de fazer ou de reparação de danos. Assim como o investidor, a Startup também tem a obrigação de cumprir com o estipulado em contrato, logo, se o investidor se sentir lesado por alguma informação equivocada/ errônea poderá cobrar o desfazimento da transação.

8. CONCLUSÃO

O estudo do presente tema possibilitou entender um pouco mais sobre a definição das startups e suas respectivas diretrizes. Nota-se que este tipo de empresa já vem sendo bastante discutida e bem conceituada pelos maiores especialistas na área empresarial do país e do mundo. Toda essa discussão é de suma importância para criação de novas normas legais capazes de resguardarem a pessoa jurídica, os sócios e investidores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Diante deste Artigo, também pudemos compreender os impactos de um processo de M&A em empresas *startups*, vimos que os tipos de investimentos apresentam algumas diferenças entre elas e empresas já consolidadas no mercado, tendo em vista que uma startup, como vimos acima, é seguida por riscos.

Contudo, assim como em qualquer outro processo de M&A, o investidor e a empresa a ser investida precisam tomar certos cuidados desde a assinatura dos documentos contratuais até a etapa de *due diligence*. O *Term Sheet*, por exemplo, requer uma elaboração minuciosa, uma vez que neste documento é necessário conter a cláusula de exclusividade, o qual poderá vedar tanto o investidor, como a empresa de negociarem o mesmo "projeto".

A carta de intenções é o primeiro documento a ser assinado pelas partes e, por isso, regulará todo o processo de investimento. Sendo assim, ele disporá de todas as condições para o negócio acontecer: preço, condição de pagamento, multas contratuais, custos com despesas para obtenção de documentos, a natureza das garantias e representações, local da transação, onde as ações serão emitidas, duração da oferta, condições para fechamento do negócio e demais cláusulas imprescindíveis para o fiel cumprimento do investimento.

Por fim, é importante mencionar que a *due diligence* não pode ser, de forma alguma, negligenciada, uma vez que durante a auditoria da empresa é possível analisar, confirmar e retificar informações passadas pela empresa no início da operação. É durante o processo de *due diligence* que os investidores saberão de fato se há contingência, passivo e risco ao investimento.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

----------BRASIL. CÓDIGO CIVIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2020.

----------BRASIL. LEI DAS SOCIEDADES POR AÇÕES. Lei N° 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2020.

REIS, Edgar. **STARTUPS: Análises de Estruturas Societárias e de Investimento no Brasil.** São Paulo. Editora Almedina, abril de 2018.

GAUDÊNCIO, Samuel *et al*. **FUSÕES E AQUISIÇÕES**: Prática jurídica no M&A. 3ª. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2019.

NYBO, E.; FEIGELSON, B.; FONSECA, V. **Direito das Startups**. São Paulo: Editora Saraiva Educação, dezembro de 2018.

INSTITUTO MINEIRO DE MERCADO DE CAPITAIS. **Cartilha de Fusões e Aquisições. Maio.**2015. Disponível em: <http://www.idmc.org.br/wp-content/uploads/sites/72/2018/06/Cartilha-de-Fus%C3%B5es-e-Aquisi%C3%A7%C3%B5es-IMMC-2015.pdf>. Acesso em: 25 de outubro de 2020.

CANO, M. **O recente processo de fusões e aquisições na economia brasileira.** 2002. 164 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas.

DORNELAS, José. **Empreendedorismo: transformando ideias em negócios**. 6. ed. São Paulo: Empreende/Atlas, 2016.

TORRES, Joaquim. O Guia da Startup. 1º Edição. São Paulo: Casa do Código, 2012

SEBRAE Nacional, "**O que é uma startup?, Conceitos**", Ago. 2016. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/sebraeaz/o-que-e-uma startup,616913074c0a3410VgnVCM1000003b74010aRCRD>. Acesso em: 06. nov. 2020.

BOTREL, Sérgio. **Fusões e Aquisições**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ALMEIDA, Marcelo Cavalcanti. **Auditoria um curso Moderno e Completo**. 5º ed., São Paulo: Atlas, 1996.

BACHINI, Verônica. **Fusão e aquisição**: operações cada vez mais adotadas pelas empresas. Jornal do Comercio, 16 de agosto de 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A FALTA GRAVE DECORRENTE DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO NO CURSO DA EXECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

ANDREZA SENA COUTO: Acadêmica em Direito pelo Centro Universitário Una.

LUIZA CAROLINA DA SILVA LOUSADA[74]

(coautora)

Resumo: Esta pesquisa procura analisar a homologação de falta grave consistente no cometimento de fato definido como crime doloso no curso da execução penal. De início serão analisadas algumas noções gerais da execução penal, tida como uma ciência autônoma. Teceremos ainda discussões sobre o instituto da falta grave disciplinar nos termos do art. 52 da LEP, bem como o posicionamento sedimentado pelos tribunais acerca desse tema. Pretende-se com esse estudo uma profunda análise sobre a violação ao princípio da presunção de inocência consagrada pelo texto constitucional, bem como seus impactos negativos em relação à execução da pena, no que tange a homologação de falta grave de fato definido como crime doloso no curso da execução penal.

Palavras-chave: Execução Penal. Falta Grave. Presunção de Inocência. Fato Definido Como Crime Doloso.

Abstract: *This research seeks to analyze the homologation of a serious misconduct consistent with the commission of a fact defined as a willful crime in the course of criminal execution. At first, some general notions of criminal execution will be analyzed, considered as an autonomous science. We will also have discussions about the institute of serious disciplinary offense under the terms of art. 52 of the LEP, as well as the position established by the courts on this topic. This study intends to carry out a thorough analysis of the violation of the principle of the presumption of innocence enshrined in the constitutional text, as well as its negative impacts in relation to the execution of the sentence, with regard to the ratification of a serious misconduct defined as a willful crime course of criminal enforcement.*

Keywords: *Penal Execution. Serious fault. Presumption of Innocence. Fact Defined As Criminal Crime.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. **2 DA EXECUÇÃO PENAL E DISCIPLINA**. 2.1 Conceito de Execução Penal. 2.2 Da natureza Jurídica da Execução Penal. 2.3 Da Disciplina 2.4 Das Faltas Disciplinares. 2.4.1 Das Faltas Graves. 2.5 Do Procedimento Administrativo para Apuração das Faltas Graves. 2.6 Consequências Legais da falta grave na execução penal. **3 A PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA EXECUÇAO DA PENA.** 3.1 Do Fato Definido Como Crime Doloso. 3.2 Da Existência de Procedimento Disciplinar e o Incidente de Homologação. 3.3 Das Consequências e Principais Críticas. **4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A EXECUÇÃO PENAL**. 4.1 Princípio da Humanidade. 4.2 Princípio da Legalidade. 4.3 Princípio da Individualização da Pena. 4.4 Princípio da Individualização da Pena. 4.5 Princípio da Culpabilidade. 4.5 Princípios da Presunção de Inocência. 4.6 Da Violação ao

74 *Acadêmica em Direito pelo Centro Universitário Una. Email: luizalousada09@yahoo.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Princípio da Presunção de Inocência no Procedimento Administrativo. **5 A DISTINÇÃO ENTRE OS FINS DA PENA E OS FINS DISCIPLINARES.** 5 .1 Da finalidade da pena. 5.1.1 *Teoria Absoluta ou retributiva da Pena* 5.1.2 *Teorias Relativas ou Preventivas da Pena.* 5.1.3 *Teoria Mista ou Unificadora da Pena.* 5.2 Dos Fins da Sanção Disciplinar. **6 CONCLUSÃO.**

1 INTRODUÇÃO

Este artigo científico procura discutir sobre um importante instituto vinculado à execução penal, a saber, a homologação de falta grave pela prática de fato definido como crime doloso, nos termos do artigo 52 da Lei de Execuções Penais, bem como suas consequências práticas que afetam o regular cumprimento da pena.

De início, convém mencionar que a execução penal pode ser definida como o momento processual em que o Estado colocará em prática o comando contido em uma decisão condenatória transitada em julgado proferida quando da fase de conhecimento. Trata-se, em síntese, de ocasião oportuna para tornar efetiva a punição e buscar a concretude da finalidade da pena.

Registre-se que a execução penal é autônoma e possui natureza jurídica mista, isto é, nela atuam dois poderes quais sejam o judiciário e o executivo. O judiciário atua para proferir comandos judiciais além de exercer a função de correição, lado outro, tem-se o executivo que toca diretamente à administração dos estabelecimentos penais.

Ao ingressar no estabelecimento penal, o condenado terá que cumprir uma série de deveres que estão acostados na Lei de Execução Penal, bem como em regulamentos locais que dispõe sobre a disciplina do preso, a título de exemplo, pode-se mencionar o artigo 44 da Lei 7.210/84 cuja disposição aponta que a disciplina do preso "consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho".

Assim no decorrer do cumprimento da pena, o condenado deverá ostentar bom comportamento para fazer jus às recompensas e, na eventualidade de mau comportamento sofrerá com as sanções disciplinares que podem ter natureza leve, média ou grave.

O objeto deste artigo, concentra-se nas faltas disciplinares de natureza grave, isso porque, como será mencionado ao longo dessa discussão as faltas disciplinares greves geram consequências drásticas que afetam o regular cumprimento de pena, assim, faz-se necessária uma análise crítica acerca desse importante instituto que permeia centenas de pessoas privadas da liberdade.

O legislador, por exemplo, ao descrever as mais diversas infrações disciplinares graves tratou de equiparar a prática de fato definido como crime dolosos à falta disciplinar de natureza grave, devendo a autoridade do estabelecimento penal proceder com a apuração do fato por meio de procedimento administrativo disciplinar e, ato contínuo remeter ao juiz da execução para eventual decote de benefícios.

Todavia, impera salientar que por vezes a aplicação das consequências práticas do referido instituto se mostra desrazoável, vez que a confecção do procedimento administrativo

disciplinar nem sempre é condizente com a realidade fática e, assim o juiz da execução poderá promover, inclusive, a regressão de regime de um fato que nem sequer possui condenação transitada em julgado, o que desde já comporta uma violação a um importante princípio constitucional, qual seja a presunção da inocência.

Acresça-se a isso, ainda, a possibilidade de uma eventual absolvição do apenado em relação ao fato que ensejou na sua regressão, assim terá a ele acometido todas as consequências jurídicas? E as penas que não comportam penas privativas de liberdade estão aptas a ensejar em regressão de regime ante o cometimento de fato definido como crime?

Como sabido a disciplina dentro dos estabelecimentos penais toca uma questão muito sensível e delicada no ordenamento jurídico e, por esse fato que tal instituto tornou-se matéria controvertida no meio doutrinário.

Diante disso, visando a concretização dessa pesquisa científica, no segundo capítulo, faremos um estudo voltado para a execução penal, conceituando-a, tecendo considerações sobre a natureza jurídica, bem como a realização de uma abordagem sobre as faltas disciplinares e suas principais consequências.

No terceiro capítulo serão mencionados e explicados o instituto da falta grave pelo fato definido como crime, partindo de uma análise doutrinária das principais consequências e relevância desse importante instituto. Já no quarto capítulo cuidaremos dos principais princípios que permeiam a execução da pena, bem como princípio da presunção de inocência que será um grande aliado à esta crítica, demonstrando a violação ao princípio da presunção de inocência.

Por fim, no quinto capítulo analisaremos as finalidades das sanções penais, assim como a finalidade das sanções disciplinares nos estabelecimento penais e de como ela é abordada no ordenamento jurídico brasileiro. Registre-se que para a conclusão desta pesquisa foi utilizada bibliografia doutrinária, assim como jurisprudências constantes no ordenamento jurídico atual.

2 DA EXECUÇÃO PENAL E DISCIPLINA

Para uma adequada compreensão do problema proposto neste artigo, torna-se necessária uma rápida exposição da execução penal e de seu sistema disciplinar.

2.1 Conceito de Execução Penal

A execução penal, segundo Guilherme Nucci, é “a fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornado efetiva a punição do agente e buscando a concretude da finalidade da sanção penal” (NUCCI, 2018, p. 17). Em linhas gerais, trata-se do momento processual em que há a colocação em prática do comando contido em uma decisão condenatória proferida quando da fase de conhecimento do processo penal.

É a própria instrumentalização do disposto no artigo 1º, primeira parte, da Lei de Execuções Penais, sob o qual caberá à execução penal efetivar as disposições da sentença ou decisão condenatória.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Imperioso salientar que para haver o título executivo judicial ensejador da formação da execução, faz-se necessário o trânsito em julgado do trato condenatório, isso porque, a própria Carta Política promulgada em 1988 assim definiu quando estabeleceu que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, tem-se os dizeres de Alexandre de Moraes para quem:

> A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal. Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal. (MORAES, 2002, p. 385).

Muito embora haja a previsão da aplicação do princípio da presunção de inocência, verifica-se que este não é absoluto e a depender do caso concreto poderá ser relativizado pelo uso das prisões cautelares, desde que exista uma "necessidade cautelar", bem como o preenchimento dos requisitos e fundamentos cautelares ensejadores da prisão provisória (LOPES, 2020, p. 899).

Todavia, para fins de execução penal o início do cumprimento de pena se inicia a partir do trânsito em julgado e, considerando a existência de eventual prisão cautelar decretada durante a fase de conhecimento do processo tal período de prisão provisória poderá ser utilizado para fins de detração como determina o artigo 42 do Código Penal, havendo o cômputo do referido período quando do início da execução definitiva como tempo de pena cumprida.

2.2 Da natureza Jurídica da Execução Penal

No que tange a natureza jurídica da execução penal, atualmente, a doutrina se divide entre duas concepções. De um lado, tem-se que a natureza jurídica da execução penal possui natureza mista, vez que nela se incluem dois poderes: o Executivo e o Judiciário. Por outro lado, há quem relacione a natureza da execução penal somente no plano jurisdicional.

O que se vê na prática, majoritariamente, é um misto entre os dois poderes, vez que os incidentes da execução se desenvolvem em âmbito judicial e o cumprimento dos comandos pertinentes serão executados pela Administração Pública, sobretudo pela direção dos estabelecimentos penais.

Nessa perspectiva sobre a natureza mista está a posição de Ada Pellegrini Grinover, para quem:

> A execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos

> jurisdicionais e dos estabelecimentos penais (GRINOVER,1987, p. 7).

Assim, a execução penal se constitui de um misto entre o poder executivo e o judiciário, havendo a mesma finalidade precípua de fazer valer a pretensão executória do Estado e propiciar condições harmônicas de integração social do condenado ao convívio social.

2.3 Da Disciplina

Segundo o artigo 44, *caput*, da Lei de Execuções Penais, a partir do ingresso do apenado ao sistema prisional suas condutas passam a ser preordenadas e "consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho" 75, havendo para tanto a imposição da disciplina também aos presos provisórios.

Para Rogério Sanches, tem-se a conduta disciplinar que se espera do condenado ao ingressar no sistema prisional:

> Nos artigos 44 a 60 da LEP estão previstas normas atinentes à disciplina do preso (definitivo ou provisório), fundamentando-se em um jogo equilibrado entre o sistema de recompensas que estimula a boa conduta dos internos e uma séries de sanções para aqueles que realizam ações que ponham em risco a convivência ordenada que se requer em centro penitenciário (SANCHES, 2017, p. 66).

Para o mesmo autor, "os condenados à pena privativa de liberdade, restritiva de direitos e os presos provisórios deverão colaborar com a ordem, obedecendo às determinações emanadas das autoridades e seus agentes" (SANCHES, 2017, p. 66).

Quando do ingresso do condenado ou acusado ao início do cumprimento de pena ou da prisão este deverá ser cientificado das normas disciplinares a qual será submetido, sob pena de absolvição sobre eventual falta disciplinar que lhe for imputada. Isso porque, o comando tipificado pelo art. 46 da Lei de Execuções Penais conserva a promoção ao direito de informação sobre a legislação e os regulamentos concernentes à unidade prisional, ou seja, no âmbito puramente administrativo.

Durante o período de reclusão havendo êxito no bom comportamento disciplinar por parte do condenado o estabelecimento penal lhe concederá algumas recompensas, tais como regalias e, inclusive, elogios a fim de incentivar o bom comportamento. Tais recompensas estão tipificadas pelo artigo 56 da Lei de Execuções Penais e serão atos motivados pela Administração Pública.76·.

Todavia, a prática das recompensas nos estabelecimentos penais, atualmente, ocasionam na perda de direitos legítimos que simplesmente não foram reconhecidos, isso

75 Assim dispõe o art. 44, caput, da LEP: "A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho".
76 Assim dispõe o art. 56 da LEP: São recompensas: "I - o elogio; II - a concessão de regalias".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

porque, como já sabido os estabelecimentos penais não conseguem oferecer o ideal e nem incorporar o mínimo para a promoção dos direitos sociais. Assim, a título de exemplo, o preso que labora dentro da unidade e comete uma infração é retirado do ambiente de trabalho, vez que o estabelecimento penal não possui vagas para todos os presos trabalharem, muito embora este seja, inclusive, um dos seus deveres.

Lado outro, o mau comportamento enseja em sanções que geram consequências no regular cumprimento da execução penal.

2.4 Das Faltas Disciplinares

Como analisado no tópico acima, quando do ingresso do apenado no sistema prisional suas condutas passam a ser preordenas e consistentes na colaboração com a ordem, visando a convivência harmônica entre outros presos e pautada nos mínimos de dignidade social, a fim de atingir o objetivo maior da pena, qual seja, a retribuição e a reinserção do apenado ao convívio social.

No entanto, a infração ao dever de disciplina constitui no plano da execução em uma série de sanções que podem ser classificadas em principais e secundárias. Quando à natureza principal, trata-se das sanções disciplinares de advertência, suspensão ou restrição de direitos e isolamento ou inclusão no regime disciplinar diferenciado. Já as secundárias tocam as perdas mais comuns tais como as regalias, rebaixamento da classificação da conduta carcerária e apreensão de valores e objetos. À exceção do regime disciplinar diferenciado (RDD) 77 todas serão aplicados por ato motivado do diretor do estabelecimento penal, sendo apenas o RDD mediante despacho judicial do juiz competente.

2.4.1 *Das Faltas Graves*

No que concerne às faltas disciplinares, impõe-se mencionar que elas podem ser de três naturezas, sendo as faltas leves e médias definidas pela legislação local e, tendo um rol exemplificativo a depender da localidade, e forma indireta, já que elas não possuem tantas repercussões judiciais, sendo meramente caracterizadas pela repressão. Diferente do que ocorre com as faltas de natureza grave, vez que estas possuem um rol taxativo trazido pelos artigos 50, 51 e 52 da Lei de Execuções Penais e as repercussões são relativamente prejudiciais ao regular cumprimento de pena.

A criação das faltas graves deve observar o processo legislativo, havendo em sua ausência, violação ao princípio da legalidade, posto que elas se encontram especificadas e

77 Rodrigo Roig explica que a partir de sua modificação pela Lei n. 10.792/2003, a Lei de Execução Penal passou a admitir a inclusão de presos no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), gestado dois anos antes em São Paulo, por meio da Resolução SAP n. 26/2001, com a "promessa" de ser grande instrumento de enfrentamento da criminalidade organizada. O Regime Disciplinar Diferenciado possui a natureza de sanção disciplinar e, como se sabe, caracteriza-se pela duração máxima de 360 dias (sem prejuízo de repetição pela reiteração, até o limite de 1/6 da pena aplicada). Quanto à duração do RDD, há manifestação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é desproporcional a sua imposição no prazo máximo de duração, de 360 dias, sem uma individualização da sanção adequadamente motivada (STJ, HC 89935/BA, 6ª T., j. 6-5-2008). O RDD também se notabiliza pelo recolhimento em cela individual, pela limitação de visitas semanais (ROIG, 2018, p. 121).

estabelecidas pela legislação federal, não podendo a administração pública ou o judiciário criar faltas graves que não estão inseridas na Lei de Execuções Penais.

Atualmente, o ordenamento jurídico dispõe das seguintes espécies de falta disciplinar de natureza grave aos que se encontram privados da liberdade: incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; fuga; posse, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; provocação de acidente de trabalho; descumprimento, no regime aberto, das condições impostas; inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei; tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo; recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Aos que se encontram em cumprimento de penas restritivas de direitos, constituem faltas graves (art. 51 da LEP): o descumprimento, injustificado, da restrição imposta; o retardo, injustificado, da reprimenda imposta e a inobservância dos deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39 da Lei de Execuções Penais e, por fim, independente do regime que esteja em cumprimento o apenado, constitui também como falta grave a prática de fato definido como crime doloso (art. 52, LEP).

2.5 Do Procedimento Administrativo para Apuração das Faltas Graves

Com a prática da falta disciplinar, ato contínuo deverá ser instaurado o procedimento para apuração da conduta faltosa, conforme determinado pelo artigo 59 da Lei de Execuções Penais.78

Da leitura atenta do referido dispositivo, surge uma controvérsia: o dispositivo sugere a produção de provas unilateral a fim de consubstanciar o procedimento que levará a decretação do cometimento da infração. Assim tem-se a súmula 533 do STJ, a qual prevê:

> Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado (Súmula 533, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 15/06/2015).

Com base no entendimento sumulado pelo STJ, conclui-se que para reconhecer eventual falta disciplinar será necessariamente instaurado procedimento administrativo disciplinar, sendo tal ato de atribuição exclusiva do diretor do estabelecimento prisional.

Nada obstante, esbarra-se no artigo 48, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais, no qual há expressa previsão da submissão das faltas disciplinares de natureza grave ao Juiz da Execução para fins de regressão, decote em dias remidos, revogação de benefícios

78 Assim dispõe o art. 59 da LEP: "Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

concedidos, bem como outras consequências, além de haver a fixação de requisito negativa na órbita do subjetivo, o qual será objeto do próximo tópico.

Ressalte-se que a submissão da condenação administrativa por falta grave ao crivo do judiciário não tem o condão de afastar as sanções administrativas aplicadas pelo estabelecimento penal quando da prática da conduta faltosa, isso porque, as esferas administrativa e judicial são interdependentes e autônomas entre si. Assim, a imputação de prática de falta grave no cumprimento de pena está submetida ao controle judicial pelo Juízo das Execuções, podendo ainda no uso de suas atribuições desclassificar uma falta, bem como classificar um fato gravoso desde que esteja em concomitância com o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, tem-se o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no qual explica sobre o controle judicial sobre os atos administrativos,

> O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeita-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitem apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados (DI PIETRO, 2019, p. 1655).

> [...] O fundamento constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito. Qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado ir às vias judiais (DI PIETRO, 2019, p. 1655).

Imperioso salientar que a realidade fática encontra uma série de entraves ao bom andamento da execução. Nesse misto entre os poderes executivo e judiciário, são raros os estabelecimentos penais que conseguem concluir com êxito os comandos em lei. Cada Estado, por exemplo, institui uma lei local que atribui as competências para a realização dos atos, mas a falta de investimentos por parte do Estado no sistema prisional coloca em xeque a própria legalidade dos atos determinados em lei.

Na prática nem todos os estabelecimentos penais conseguem de forma concreta assegurar a ampla defesa e o contraditório no procedimento disciplinar; outros não conseguem sequer concluir o procedimento e, assim, ocorre uma desmedida corrida judicial para que o judiciário possa sanear as lacunas deixadas pelas ausências de investimentos por parte dos Estados e, certamente, a falta grave é um desses pontos chaves na busca pela finalidade da pena quando o Estado não consegue a ela atribui um fim.

2.6 Consequências Legais da falta grave na execução penal

A autoridade administrativa no âmbito da sua atuação goza de autonomia para o exercício de determinados atos, que, em se tratando de execução penal, restringe-se ao lócus penitenciário. No que concerne às faltas disciplinares, ressalte-se que esta tem atribuição para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

aplicação de algumas sanções como já exposto acima, inclusive de isolamento preventivo sempre por ato motivado.

Todavia, embora haja delimitação à competência do juiz da execução em relação ao campo de análise das faltas disciplinares, no que pertine às faltas de natureza grave a ele é incumbida a competência para aplicar as consequências jurídicas no regular andamento da execução, que não poderão ser aplicadas pela seara administrativa.

Após o reconhecimento em juízo da falta grave, o juiz da execução aplicará as consequências jurídicas da infração ao apenado, as quais basicamente recairá sobre os seus benefícios, tais como eventual decote de dias remidos, revogação de eventuais benefícios (saída temporária e trabalho externo, por exemplo), regressão de regime, negativação quanto ao requisito subjetivo e alteração da data-base para concessão de benefícios.

O artigo 48, parágrafo único, determina que caberá ao juiz da execução, quando do reconhecimento da falta grave, promover com regressão de regime, saídas temporárias, decote de até 1/3 (um terço) dos dias eventualmente remidos e, no cumprimento de pena restritiva de direitos, a pena poderá ser convertida em privativa de liberdade79.

Além disso, segundo a edição de n° 146 do Superior Tribunal de Justiça, poderá ainda ser indeferida a progressão de regime, o trabalho externo, o livramento condicional e, até mesmo, a extinção da penas pelo indulto ou a redução de pena pela comutação por ausência de requisito de ordem subjetiva, decorrente do reconhecimento da falta grave apurada em juízo.

A seguir algumas das teses avocadas pelo STJ que permitem o magistrado negativar o requisito de ordem subjetiva de acordo com as faltas graves homologadas:

> 9) A falta grave pode ser utilizada a fim de verificar o cumprimento do requisito subjetivo necessário para a concessão de benefícios da execução penal.
>
> 10) A prática de falta grave no curso da execução penal constitui fundamento idôneo para negar a progressão de regime, ante a ausência de preenchimento do requisito subjetivo.
>
> 11) O cometimento de falta disciplinar de natureza grave no curso da execução penal justifica a exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime.
>
> 13) A falta disciplinar grave impede a concessão do livramento condicional, por evidenciar a ausência do requisito subjetivo relativo ao comportamento satisfatório durante o resgate da pena, nos termos do art. 83, III, do Código Penal - CP.

79 *In verbis* Art. 48 da LEP "Na execução das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado". Parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 14) O cometimento de falta grave é motivo idôneo para o indeferimento do benefício da saída temporária, por ausência de preenchimento do requisito subjetivo.
>
> 15) A falta grave disciplinar deve ser sopesada pelo órgão jurisdicional na análise do requisito subjetivo para fins de concessão de trabalho externo, nos termos do art. 37 da LEP.
>
> 16) A falta disciplinar de natureza grave praticada no período estabelecido pelos decretos presidenciais que tratam de benefícios executórios impede a concessão de indulto ou de comutação da pena, ainda que a penalidade tenha sido homologada após a publicação das normas. (Jurisprudências em Teses n. 146, sítio eletrônico)

Assim, por todo o exposto e diante do narrado, verifica-se que a falta grave homologada em juízo poderá prolongar o período de cárcere em determinado regime pelo simples fato de haver a negativação do requisito subjetivo pela falta grave, haja vista que no Brasil o sistema adotado toca o cumprimento de pena progressivo e para concessão dos referidos benefícios deverá o apenado, além de cumprir o requisito objetivo fixado em lei, preencher também o requisito de ordem subjetiva pautado no bom comportamento.

3 A PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA EXECUÇAO DA PENA

Neste tópico serão apresentadas as principais características da falta disciplinar pelo cometimento de fato definido como crime doloso durante a execução da pena, bem como as suas consequências no regular andamento da execução.

3.1 Do Fato Definido Como Crime Doloso

Como sabido, ao ingressar no sistema penitenciário, o apenado possui o dever de colaborar com a ordem. Se eventualmente houver mau comportamento, sua conduta será reprimida pelas sanções disciplinares descritas pela Lei de Execuções Penais.

Diante de todas as hipóteses descritas pela Lei n. 7.210/84, o legislador em 2003, por intermédio do artigo 52 da Lei n. 7.210/84, optou por equiparar à falta grave a prática de fato definido como crime doloso no curso da execução penal. Insta mencionar que esta infração disciplinar consiste na prática de algum fato delituoso durante a execução da pena, ou seja, qualquer conduta tipificada pelo Código Penal ou legislação específica que verse sobre o cometimento de crime doloso no curso da execução penal.

Assim dispõe o artigo 52, *caput*, da LEP.

> Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Observe-se o trocadilho utilizado pelo legislador ao utilizar a palavra “fato” e não “crime”. Isso porque, para a prática do ato de indisciplina previsto no artigo 52 da LEP basta a caracterização do fato e não a configuração legal do crime. Mas é certo que tais elementos devem ser acompanhados de algum lastro probatório para subsidiar o conhecimento da falta grave: o trato condenatório é que não se faz necessário.

3.2 Da Existência de Procedimento Disciplinar e o Incidente de Homologação

O procedimento administrativo disciplinar para apuração do fato definido como crime deve observar as mesmas regras locais que versam sobre as atividades prisionais, consubstanciada pelo direito penitenciário e editada pelos Estados da Unidade Federativa do Brasil. Já se viu que o procedimento administrativo disciplinar é imprescindível para instauração do incidente de falta grave na esfera judicial, conforme entendimento já pacificado em tribunais superiores.

Como mencionado acima, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, por meio da súmula 53380 estabeleceu que o procedimento administrativo disciplinar é indispensável para o reconhecimento judicial da falta grave em juízo. Conclui-se, assim, que qualquer que seja a falta disciplinar deve haver o devido procedimento administrativo, assegurado o direito de defesa do apenado.

Ocorre que nem sempre é possível realizar o comando da súmula 533 do STJ, ou seja, confeccionar o procedimento administrativo, pois no decorrer da apuração podem surgir várias situações impeditivas, tais como, falhas da própria direção do estabelecimento prisional na demora em apurar a falta disciplinar, seja por ausência do sentenciado no lócus penitenciário ou pelo fato do próprio estabelecimento prisional não ter conhecimento do suposto crime cometido pelo preso dentro da unidade prisional.

Por vezes, então, os juízes da execução precisarão suprir as deficiências do procedimento disciplinar. Em recente decisão o Supremo Tribunal Federal, por meio das Jurisprudências em teses n° 941, fixou entendimento de que havendo ausência de defesa técnica durante julgamento administrativo pelo cometimento de falta grave, a audiência de justificação tendo a presença da defesa e do Ministério Público suprirá eventual ilegalidade no decorrer do procedimento81.

Diante de tal tese, surgem, na seara da execução penal, dúvidas acerca de uma eventual supressão administrativa, isto é, se poderá haver liberdade do judiciário em buscar e apurar as faltas graves, que tecnicamente são atribuídas à Administração Pública.

Nesse sentido, tem-se ainda outro imbróglio e este toca diretamente à condenação penal, que segundo o Superior Tribunal de Justiça é dispensável para a homologação da referida falta grave. Objeto de muitas discussões doutrinárias, a dispensabilidade do título

80 *In verbis:* “Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado”.
81 Assim dispõe a Jurisprudência em tese de n. 941: “Possibilidade de afastar-se o prévio procedimento administativo disciplinar – PAD, ou suprir sua eventual deficiência técnica, na hipótese de oitiva do condenado em audiência de justificação no juízo da execução penal, realizada na presença do ministério público ou defensor”.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

condenatório para o reconhecimento desta falta é, para muitos doutrinadores, tais como Guilherme Nucci, essencial e se assim não fosse "prejudicaria – e muito – o curso da execução. Portanto, basta o cometimento do ato, que poderá ser avaliado pelo juiz das execuções para fins de eventual regressão ou para cortar um benefício" (NUCCI, 2018, p. 83).

Todavia, percebe-se que essa questão é bem mais sensível do que se imagina. Uma reflexão simples pode mostrar que o que se espera de um processo é razoabilidade e adequação: o processo por natureza foi feito para demorar e, por isso, ostenta esse título. Não há como garantir direitos fundamentais em julgamentos imediatos, precipitados e no calor das emoções, e, se assim o fosse, estaríamos admitindo uma falha estrutural entre a lei e as conveniências.

Presumir que o condenado é culpado independente de devido processo legal ou dos ditames constitucionais é abrir espaço para violações e, não só elas, mas também acatar a ideia de que o Estado falha e somente por meio dos remendos feitos pelo judiciário é que haverá equilíbrio.

Nas sábias palavras de Aury Lopes, para quem o processo foi feito para demorar, tem-se o dilema do século: "o processo tem o seu tempo, pois deve dar oportunidade para as partes mostrarem e usarem suas armas, deve ter tempo para oportunizar a dúvida, fomentar o debate e a prudência de quem julga" (LOPES, 2019, p. 39).

Assim, é razoável afirmar que diante de tantas consequências que tocam diretamente a liberdade do apenado a medida utilizada atualmente e, intitulada como falta grave pela prática de fato definido como crime sem que haja sequer uma sentença condenatória é desproporcional ao que se tem previsto na Carta Política, relativo à culpabilidade.

3.3 Das Consequências e Principais Críticas

Como mencionado acima, a homologação de falta grave em juízo acarreta uma série de consequências ao regular cumprimento da pena, tais como regressão de regime, decote de dias eventualmente remidos, constitui fundamento idôneo para negar progressão de regime, saídas temporárias e trabalho externo, altera o marco para obtenção de progressão de regime, justifica a exigência de exame criminológico, impede a concessão do livramento condicional por ausência de requisito subjetivo e ainda é causa impeditiva da concessão de indulto ou comutação.

Não se pode olvidar que as consequências à liberdade do preso são inumeráveis, principalmente, quando se sabe que o sistema adotado pelo Brasil é progressivo, ou seja, até o fim da pena o apenado poderá estar cumprindo sua reprimenda em uma situação bem mais favorável do que quando do início do encarceramento. Dessa forma, o cuidado com o instituto da falta disciplinar deve ser cauteloso e preciso para evitar erros dantescos no decorrer do cumprimento de pena.

À vista das consequências da homologação das faltas disciplinares em juízo, colaciona-se ainda outro grave problema e este pertence à compatibilidade das penas. Sabe-se que as sanções desencadeadas pela infração disciplinar são sensíveis à liberdade do apenado, no entanto, nem sempre os crimes ou os fatos definidos como crime possuem penas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

privativas de liberdades como sanção, o que deixa ainda mais vulnerável a questão da prisão no Brasil.

A posse de drogas para uso próprio, por exemplo, configura falta grave nos termos do artigo 52 da Lei de Execuções Penais, isso porque, a conduta tipificada pelo artigo 28 da Lei de Drogas foi despenalizada e não descriminalizada. Contudo, da leitura atenta ao tipo legal (artigo 28 da Lei n. 11.343/06) 82, verifica-se que a pena máxima cominada é de 10 meses de prestação de serviços à comunidade, não sendo compatível com o referido delito a pena privativa de liberdade.

Diante de tal conjuntura, o apenado que está em cumprimento de pena e pratica o delito tipificado pelo artigo 28 da Lei de Drogas sofrerá com todas as consequências acima mencionadas, ainda que não tenha nenhuma pena fixada no decorrer do devido processo legal quanto ao fato que ensejou a infração. Além disso, para sua homologação o juiz da execução sequer necessitará de um título condenatório, pois basta o fato definido como crime para que se ter o reconhecimento da falta em juízo.

Ante ao que foi considerado e antes de passar para o próximo tópico, faz-se necessário uma comparação com outro instituto utilizado na execução da pena, o livramento condicional. Trata-se de um benefício que permite a liberdade de forma antecipada e provisória do cárcere.

O Código Penal, por meio do art. 83, disciplina quais são as regras para a obtenção do referido benéfico e o seu período de duração equivale ao restante da pena, que também é chamado de período de prova. Decerto, o sentenciado durante o livramento condicional goza de um estado físico e promissor da sua liberdade que logo será reestabelecida por força do efetivo cumprimento da pena imposta.

Sem adentrar às características do benefício do livramento condicional, ressalte-se que em casos de violação desse benefício suas consequências são bem maiores, tais como a desconsideração do período em que esteve solto. Mas para que isso ocorra deve haver revogação do benefício que se dará por meio de decisão irrecorrível, ou seja, tendo o preso cometido fato definido como crime durante o período de prova, o benefício só será revogado após o trânsito em julgado do referido fato que ensejou na suspensão do benéfico.

Esse exemplo serve para aclarar a importância do devido processo legal, vez que as consequências da revogação do livramento tocam diretamente a liberdade e só poderá ocorrer mediante decisão transitada em julgado sobre fato, haja vista a complexidade da conduta perpetrada durante o período de prova.

Conclui-se que muito embora as razões da revogação do livramento condicional e da falta grave por cometimento de novo crime doloso tenham naturezas distintas, é

82 *In verbis*:Art. 28 da Lei de Drogas "Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas":
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.
§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

perceptível que o devido processo legal, assim como os princípios constitucionais norteadores do direito penal e do processo penal integram a execução qualquer que seja o momento. A necessidade de uma condenação irrecorrível para a revogação do livramento condicional reforça a ideia de que a execução penal é compatível com o princípio da presunção de inocência e, se assim não o fosse para sua revogação não seria necessário o trânsito em julgado da condenação do crime praticado durante a vigência do referido benefício.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A EXECUÇÃO PENAL

A execução penal é uma ciência autônoma, isto é, regida com princípios próprios e interdependentes, sendo baseada em ditames constitucionais e garantias inspiradas no Direito Penal e no Processo Penal.

Mas o fato de ser uma ciência autônoma não a coloca em uma classificação hierárquica superior aos demais institutos, isso porque ela também deve ser submetida aos princípios preconizados pela Constituição Federal, dado o efeito *erga omnes* das normas estabelecidas na Carta Magna.

Para melhor compreensão deste artigo, faz-se necessária tecer algumas considerações acerca dos princípios constitucionais e alguns princípios inerentes à execução da pena.

4.1 Princípio da Humanidade

Trata-se de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e tem como escopo a redução dos danos produzidos pelo exercício do poder punitivo. O princípio da humanidade, em linhas gerais, consubstancia-se na construção de uma política criminal redutora de danos (ROIG, 2018, p. 18).

O referido princípio encontra-se consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, notadamente em seu artigo 5°, no qual veda qualquer tipo de tratamento desumano aos que se encontram privados da sua liberdade. Nada obstante o princípio também compõe o vasto escopo da Convenção Americana de Direitos Humanos no qual dispõe que ninguém será submetido a penas ou tratamento cruéis, desumanos e degradantes, o que demonstra a preocupação da comunidade internacional em aplicar civilidade aos privados de liberdade.

No Brasil, o princípio da humanidade está disposto pelo artigo 1°, inciso III, da Constituição Federal[83] e constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana. A Lei de Execuções Penais também tratou do princípio ao dispor nos parágrafos §§§ 1º, 2° e 3º do artigo 45 a vedação às sanções coletivas, ao emprego de cela escura e às sanções que coloquem em risco a integridade física e moral do condenado.[84]

83 Assim dispõe o Art. 1º da CF "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana".

84 *In verbis*: Art. 45 da LEP "Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar. § 1º As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado. § 2º É vedado o emprego de cela escura. § 3º São vedadas as sanções coletivas".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por todo o exposto, resta claro que o princípio da humanidade busca de forma universal a contenção dos danos produzidos pelo poder punitivo, servindo como principal pano de fundo de todos os outros princípios em que se pretende atingir a finalidade da pena, que pressupõe a promoção da dignidade social quando do seu cumprimento.

4.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade está previsto pelo art. 5°, inciso XXXIX, da Constituição Federal e repetido no artigo 1° do Código Penal, segundo o qual "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"85. Registre-se que a expressão "pena" deve ser utilizada em sentido amplo, isso é, alcança tanto as penas constritivas de liberdade como as medidas segurança.

Na execução penal, o referido princípio se encontra materializado através do artigo 45 da Lei 7.10/84, o qual dispõe que "não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar". Importante salientar que, como já mencionado, as faltas disciplinares de natureza grave constituem um rol taxativo disposto pela lei de execuções penais e não sendo admitida analogia *in malam partem*, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Dessa forma, conclui-se que o princípio da legalidade guarda relação com a seara da execução da pena, sendo sua análise imprescindível, principalmente quando do cometimento de fato definido como crime.

4.3 Princípio da Individualização da Pena

A Constituição Federal por meio do artigo 5°, inciso XLVI dispõe que a lei regulará a individualização da pena. Em suma, o referido princípio busca o tratamento igualitário entre os presos, considerando suas reais necessidades como sujeitos detentores de direitos.

Em matéria de execução da pena, o princípio da individualização, deve ser observado tanto pela administração pública quanto pelo judiciário e sua materialização desdobra a partir do olhar igualitário por parte dos poderes a fim de que seja proporcionado o cumprimento de pena independente de qual seja a classificação do sujeito.

4.4 Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade também foi incorporado pela Lei de Execução Penal, notadamente em seu artigo 45, § 3°, segundo o qual ninguém será punido por sanções coletivas. Nada obstante a análise deste princípio não está restrita ao campo mencionado pela LEP: deve também ser observado por meio da responsabilidade penal.

85 *In verbis* art. 5º "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".
Dispõe ainda o art. 1° do Código Penal "Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, menciona Rodrigo Roig:

> Responsabilidade penal deve refletir um comportamento típico, antijurídico e culpável. Particularmente, a culpabilidade possui como elementos a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude, sem as quais deve ser afastada. Para ser viável o sancionamento, é imprescindível que a responsabilidade de determinado resultado seja atribuível a alguém que atuou com dolo ou culpa. Desta percepção decorre a impossibilidade de punição pela simples ocorrência do resultado (responsabilidade objetiva), ou seja, sem que estejam caracterizados o dolo ou a culpa (ROIG, 2018, p. 34).

Dessa forma, verifica-se que o princípio da culpabilidade atua de forma decisiva quanto à questão do cometimento de falta grave, porquanto não basta o resultado, mas faz-se necessário a análise da autoria, bem como da natureza da infração, do elemento subjetivo e, principalmente, dos elementos da imputabilidade, da exigência de conduta diversa e da potencial consciência da ilicitude.

4.5 Princípios da Presunção de Inocência

Estudos mais concretos acerca do nascimento do referido princípio marcam a Revolução Francesa, quando expressamente foi declarado no art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A redação dada pelo art. 9° da referida Declaração inspirou várias alterações legislativas nesse sentido, ou seja, a comunidade internacional passou a ser regida pelo referido diploma legal, o qual estabelece que "todo homem deve ser presumido inocente, e se for indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário (para submeter a pessoa), deve ser severamente reprimido por lei".

No âmbito internacional, a aplicação desse princípio seu deu por meio do Pacto José da Costa Rica de 1969, sendo que foi determinada a sua incorporação ao ordenamento jurídico interno através do Congresso Nacional em 1992, o qual possui status de norma infraconstitucional. Ressalte-se ainda que a aplicação deste princípio se deu também pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto n° 592/92).

No Brasil, o referido princípio decorre do artigo 5°, LVII, da CF, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Apesar de soar paradoxal o princípio da presunção de inocência na execução penal – vez que já se tem a condenação – este é aplicável a pessoas já definitivamente condenadas, sobretudo quando estas são submetidas a processo administrativo em virtude de suposta prática de falta disciplinar (ROIG, 2018, p. 40).86

86Assim dispõe o art. 5°, inciso LVII, da CF "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.6 Da Violação ao Princípio da Presunção de Inocência no Procedimento Administrativo

A Constituição brasileira consagrou a presunção de inocência em seu art. 5°, inciso LVII, estabelecendo que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", o que, a princípio, trata-se de um movimento recente correspondente a um processo penal democrático.

A aplicação desse princípio na seara da execução penal é controversa, porque, por se tratar de pessoas condenadas, é patente e notório a existência de indícios de culpabilidade, especialmente, no que concerne à falta grave, ocasião em tal princípio não vigora.

Não há motivos razoáveis que possam explicar a não aplicação do referido princípio, haja vista que ele decorre da Carta Política e deve ser aplicado também à execução penal como supramencionado, especialmente no que se refere à apuração de falta disciplinar, pois não pode haver prevalência de mera presunção de fatos e se assim admitisse estar-se-ia totalmente contrário ao que determina a Constituição.

Vale lembrar que anterior à vigência da Carta Magna (1988), o Brasil dispunha de uma Constituição regida nos moldes do modelo político autoritário formado em virtude do golpe de 1964. É patente e notório que uma Constituição regida sobre preceitos tiranos também corresponde a um processo penal tirano que não visa guarnecer garantias fundamentais inerentes para a construção de uma sociedade igualitária.

Tal como menciona James Goldschmidt:

> Os princípios da política criminal de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal em geral. Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição (GOLDSCHIMIDT, 2018, p. 67).

Imperioso salientar que a Lei de Execuções Penais foi criada em 1984, quando ainda éramos regidos por um Governo autoritário. Princípios, tais como a presunção de inocência apenas permeou o ordenamento jurídico após o processo de redemocratização, ou seja, com o surgindo de uma nova constituinte em 1988. Muito embora a Lei n.7.210/84, ao longo desses anos, tenha passado por modificações, ainda é possível encontrar resquícios de um processo penal tirano.

À título de exemplo, tem-se a regressão de regime cautelar nos termos do artigo 118, inciso I, da LEP ocasião em que o preso poderá ser transferido para outro regime mais rigoroso quando praticar fato definido como crime ou falta grave. Verifica-se que para haver a decretação (cautelar) da regressão de regime basta a notícia de cometimento de falta grave

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ou a prática de fato definido como crime doloso, sem que sequer haja a devida apuração do fato87.

Em linhas gerais, trata-se da necessidade de um julgamento imediato, precipitado e no calor da emoção, motivado pela notícia de suposta falta grave ou cometimento de novo crime doloso, sem que sequer haja a devida apuração, momento oportuno em que o judiciário se reveste e conclui que a pena não atingiu a finalidade esperada.

Todavia, ainda que haja argumentos favoráveis à tal concepção ativista, verifica-se que esta se encontra inteiramente divorciada dos preceitos constitucionais. O constituinte ao definir e fundamentar o princípio da presunção de inocência não o distribuiu para discricionariedade do judiciário: o referido princípio deve ser, sim, aplicado ao preso quando da apuração de falta grave, notadamente quando este se encontra sob a tutela do Estado, o qual deveria guarnecer e cumprir com a finalidade da pena.

Sob essa perspectiva, tem-se a conclamação do princípio da presunção de inocência no Estado Democrático de Direito. Para Aury Lopes:

> Princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes (débil), ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes (e todos a ele submetidos o são, pois só perdem esse *status* após a sentença condenatória transitar em julgado), pois esse é o dever que emerge da presunção constitucional de inocência prevista no art. 5º, LVII, da Constituição (LOPES, 2019, p. 30).

Assim, não há razoabilidade para não haver a aplicação do referido princípio, vez que dele decorre o fundamento central da existência do Estado Democrático de Direito.

5 A DISTINÇÃO ENTRE OS FINS DA PENA E OS FINS DISCIPLINARES

Para melhor compreensão deste tópico é imprescindível uma análise sobre a finalidade das penas, bem como dos fins disciplinares, trazendo à baila uma importante discussão acerca das diferenças entre as finalidades supramencionadas, que, ao final deste artigo, servirá de escopo para uma análise crítica do reconhecimento de falta grave pela prática de fato definido como crime no curso da execução penal.

5 .1 Da finalidade da pena

Como já mencionado acima, cabe à execução penal efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal. É o que determina a 1ª parte do art. 1º da Lei de Execuções Penais e, sob a perspectiva do mesmo artigo, tem-se ainda a promoção de condições adequadas a garantir a harmônica integração social do condenado, o que remete a uma análise pormenorizada das finalidades da pena.

Assim dispõe o art. 1° da Lei de Execuções Penais,

87 Dispõe o art. 118, inciso I, da LEP: "Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

> Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

De início convém ressaltar que o Estado surge da necessidade de organizar e regulamentar a convivência humana em sociedade, tendo como meio a utilização da pena para proteger eventuais lesões a bens jurídicos, tais como a vida, dignidade humana, a honra, patrimônio e outros.

Assim, concebe-se que, marcado pelo contexto histórico, social, cultural e político, o Estado permeia todas as relações sociais e, de forma organizada e regulamentada, tutela a vida em sociedade buscando meios para garantir a harmonia entre os povos.

E é nesse sentido que as teorias da pena podem ser explicadas.

5.1.1 *Teoria Absoluta ou retributiva da Pena*

A teoria absoluta ou retributiva da pena se caracteriza, essencialmente, na justa retribuição ao mal perpetrado, ou seja, trata-se de um castigo imposto pelo próprio Estado para aquele que deturpa a ordem e desarmoniza a convivência humana na medida do mal causado.

Assim ensina Cezar Roberto Bitencourt:

> A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*. Por isso também são conhecidas como teorias retributivas. (BITENCOURT, 2012, p. 55)

Para essa teoria a pena é um fim em si mesmo, ou seja, limitada ao castigo e repreensão da conduta delituosa. Uma das grandes discussões acerca da referida teoria consiste na ausência de uma justificativa plausível para tal retribuição. Ora, se vivemos em Estado Democrático de Direito que tem por objetivo a promoção da dignidade social, não faz sentido existir uma pena baseada apenas na retribuição sem buscar um fim específico.

5.1.2 *Teorias Relativas ou Preventivas da Pena*

Diferentemente da teoria absoluta em que se busca a justa retribuição do mal causado, as teorias relativas ou preventivas inauguram um novo formato para os fins da pena, os quais estão estabelecidos na prevenção, na finalidade de evitar a reiteração da prática delituosa. A finalidade preventiva da pena, atualmente, está dividida entre a prevenção geral (positiva e negativa) e a prevenção especial (negativa e preventiva).

Para Cézar Roberto Bitencourt as teorias da prevenção geral têm como finalidade "a prevenção de delitos incidindo sobre os membros da coletividade social" (BITENCOURT, 2012, p. 57) e para o seu alcance elas podem ser classificadas em duas versões: a prevenção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

geral negativa consiste na dissuasão dos possíveis criminosos da prática de futuros delitos. Em verdade, essa vertente da prevenção geral consiste na força que a pena possui e que permite a manutenção da ordem perante a sociedade. Já a prevenção geral positiva anuncia e reforça a fidelidade que todos os cidadãos possuem com a ordem social ao qual pertencem, ou seja, finalidade estritamente pedagógica e de reafirmação do sistema normativo.

A prevenção especial nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt "procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir". Essencialmente essa vertente está dirigida ao delinquente que se encontra sob tutela do Estado, e, de pronto, não se pode confundi-la comas sanções penais impostas dentro do estabelecimento penal que visam guarnecer a integridade física do apenado e o estabelecimento da ordem no lócus penitenciário.

5.1.3 *Teoria Mista ou Unificadora da Pena*

A teoria mista ou unificadora da pena consiste na tentativa de agrupamento da teoria absoluta e relativa em um único conceito para se definir a finalidade da pena, ou seja, tal teoria busca a aplicação da retribuição da pena em um fim em si mesma, bem como da prevenção, evitando-se assim a reiteração da prática delitiva. O Código Penal Brasileiro, por exemplo, adotou a teoria unitária baseada na contraposição entre retribuição e prevenção.

Para Rogério Greco:

> […] Nosso Código Penal, por intermédio do artigo 59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com a nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais (GRECO, 2017, p. 197).

Como se vê, o Código Penal Brasileiro adotou a teoria mista ou unificadora da pena e, em linhas gerais, busca-se com a pena a absoluta repreensão do crime, bem como ainda requer a não reiteração do delito praticado.

5.2 Dos Fins da Sanção Disciplinar

A sanção disciplinar no curso da execução penal tem como finalidade a busca pelo estabelecimento da ordem dentro do lócus penitenciário, pois, como sabido, ao ingressar no sistema prisional o acautelado deverá cumprir uma série de regramentos que tornará o convívio com outros presos ou agentes públicos suportável.

Como já mencionado acima, a fim de zelar pelo bom cumprimento da pena, o preso também precisa agir de acordo com os ditames legais impostos dentro do estabelecimento penal, dispostos na lei de execuções penais e em regulamentos locais, pois a ausência de "bom comportamento" implicará na perda de benefícios.

Ocorre que a finalidade da sanção disciplinar só possui efeitos práticos enquanto o apenado está em cumprimento de sua reprimenda, o que, diferentemente, ocorre com o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

apenado que já cumpriu a sua pena. Muito embora a Lei de Execuções Penais em seu art. 1º, segunda parte tenha disposto que a execução penal deverá "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" esta não se confunde com a finalidade da pena, o que se espera com ela é uma pena justa baseada em ditames legais.

Dessa forma, conclui-se que a finalidade da pena possui alcance imediato e para todas as pessoas, sejam delinquentes ou não, já a sanção disciplinar penal, por outro lado não possui esse alcance, pois está restrita aos que estão em cumprimento de pena, notadamente aos que estão no estabelecimento prisional, vez que conforme estabelece a Lei de Execuções penais o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa.

A título de exemplo, pensem na situação de um agente público que faz a intermediação ou facilita a entrada de aparelho telefônico (objeto ilícito) no estabelecimento penal, cometendo o crime tipificado no art. 349-A do CP. A ele será fixada uma reprimenda baseada nas finalidades da pena para evitar a reiteração criminosa, bem como proporcionar uma justa retribuição ao delito praticado, mas observe que este não sofrerá com as sanções disciplinares dispostas na Lei de Execuções Penais, afinal ele não está tendo uma pena executada pelo judiciário88.

Dessa forma, verifica-se a incongruência entre a homologação de falta grave pelo cometimento de novo crime na execução penal, uma vez que a prática delitiva em si aponta a ineficácia da finalidade da pena atribuída ao sujeito deturpador da ordem. Ademais, a falta grave não tem o condão de reestabelecer tal finalidade, vez que esta está intrinsecamente ligada à ordem dentro do lócus penitenciário e ao cumprimento de pena.

E embora, o cometimento de novo crime seja grave para execução da pena, o que carece revisão são os métodos utilizados pelo Estado no combate ao crime, principalmente no se refere a impunidade, não tendo a falta grave o escopo necessário para repreensão de novos delitos, ainda, que ela possua grandes repercussões.

A equiparação à falta grave sobre o fato doloso definido como crime cometido quando do cumprimento de pena, ainda, pode representar uma punição *"bis in idem"*, ou seja, pautada na repetição punitiva, vez que quando da fixação daquela pena pelo prática de novo crime serão observadas todas as finalidades a elas intrínsecas, contudo uma regressão de regime, por exemplo, aumenta o período no cárcere além de ser um fator definitivo para atestar a insuficiência do Estado, no que concerne à promoção do papel ressocializador das penas imputadas.

O que se oberva do artigo 52 da Lei de Execuções Penais, é uma tentativa mal sucedida do legislador para tentar suprir com a ineficiência do sistema prisional no Brasil, e a não observância de princípios tais como a presunção de inocência atesta ainda mais essa tentativa fracassada de atribuir à sanção indisciplinar um efeito preventivo e retributivo que só as penas possuem cominadas pelo Código Penal possuem, e tal fato ainda se agrava quando

88 Dispõe o art. 349-A do Código Penal "Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional".

o Estado deixa de observar princípios e procedimentos tão importantes para que se tenha uma condenação.

6 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que a execução penal é um importante ramo das ciências penais e que a disciplina no lócus penitenciário é fundamental para o estabelecimento da convivência harmônica. Assim as sanções disciplinares no curso da execução da pena se tornam essenciais e aliadas na busca constante pelo regular cumprimento de pena.

Contudo, a ausência do Estado na gestão exemplar dos estabelecimentos penais não pode interferir na finalidade dos institutos da execução penal, pois, como mencionado, as sanções disciplinares aplicadas dentro do estabelecimento penal visam o reestabelecimento da ordem e do cumprimento de todos os deveres inerentes ao preso a partir do ingresso no estabelecimento penal.

Situação diversa ocorre quando o assunto é finalidade das penas, cujo principal escopo está no que se pretende com a fixação daquelas penas e tal premissa deve estar intrinsecamente interligada ao projeto de retribuição e prevenção para o retorno efetivo do preso.

Dessa forma, verifica-se a incongruência entre a utilização da homologação de falta grave pelo fato definido como crime doloso no decorrer da execução da pena como um instrumento capaz de promover e evitar a delinquência, visto que a finalidade da sanção disciplinar se instrumentaliza dentro do lócus penitenciário.

Acresça-se a isso o fato importante que permeia as questões penais, notadamente no que (não) se tem de estabelecimentos penais no Brasil. É sabido que o Código Penal brasileiro tratou de estabelecer, por meio do artigo 33, os tipos de estabelecimentos penais para cada regime. Em linhas gerais, é consabido que o Estado não consegue ofertar de forma vasta este estabelecimentos adequados em todas as unidades federativas do país, o que acaba criando várias excepcionalidades ao cumprimento da pena. Foi o que ocorreu em 2020 ante a situação calamitosa vivida (pandemia do COVID-19), em que vários presos passaram a cumprir pena em prisão domiciliar estando em regime semiaberto e aberto, ou em alguns casos no regime fechado.

Nesse sentido as faltas disciplinares perdem a finalidade que estaria alocada no cumprimento de pena em estabelecimentos penais, o que acarreta no ativismo judicial na busca incansável pela finalidade que se espera de uma pena fixada e, isso só ocorre porque o Estado não consegue promover incentivos suficientes no combate à impunidade e também na existência de estabelecimentos adequados que possam atingir a finalidade tão buscada com a imposição de uma reprimenda.

Saliente-se, ainda, que, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, a não observância de princípios constitucionais comporta uma grave violação à Carta Política, tal como ocorre com as faltas tipificadas pelo artigo 52 da Lei de Execuções penais, pois, conforme entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a homologação de falta grave decorrente de fato definido como crime independe de transito em julgado, ou sequer uma condenação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Vale lembrar que as faltas graves em sede de execução penal comportam em drásticas consequências ao cumprimento da pena, tais como regressão de regime, decote de dias eventualmente remidos, constitui fundamento idôneo para negar progressão de regime, saídas temporárias e trabalho externo, altera o marco para obtenção de progressão de regime, justifica a exigência de exame criminológico, impede a concessão do livramento condicional por ausência de requisito subjetivo e ainda é causa impeditiva da concessão de indulto ou comutação.

Dessa forma, considerando as várias consequências em sede de execução penal, a homologação de falta grave pelo fato definido como crime sem antes haver o trânsito em julgado repercutirá de forma negativa no cumprimento do apenado, vez que deixa de observar o princípio da presunção de inocência, partindo de um julgamento precipitado que não tem a certeza mínima de indícios de autoria e materialidade. E aliado isso, havendo uma eventual absolvição referente ao fato criminoso que ensejou no reconhecimento da falta grave, o efeito prático se dará apenas em excluir a falta, mas e o tempo que o apenado ficou em regime mais grave? Poderá ser computado?

Tal como na fase de conhecimento, são temerárias condenações precipitadas na execução penal, afinal envolvem questões que afetam a liberdade e podem ter repercussões ainda maiores, considerada a ineficiência do Estado, na consciência do apenado.

Além disso, há ainda os casos em que o fato previsto como crime doloso não comporta sequer pena privativa de liberdade, o que de pronto demonstra a incongruência do instituto que não abarca as situações jurídicas como um todo: como efetuar uma regressão de regime de uma fato que não comporta a prisão privativa de liberdade? Seria criar situações jurídicas inexistentes no ordenamento pátrio, assim como promover uma situação mais gravosa para o apenado.

E, sob a égide dos institutos penais, é perceptível tamanha incongruência quando comparadas as consequências das faltas disciplinares de natureza grave às consequências imposta no livramento condicional, para o qual, segundo normatização do Código Penal, é imprescindível o trânsito em julgado do novo crime cometido durante o período de provas.

Ante ao exposto, tem-se sob uma análise crítica do artigo 52 da Lei de Execução Penal uma falha do legislador ao permitir um vasto rol de consequências sem ao menos ter o mínimo de certeza que se espera de uma condenação. Mas tal ato mostra-se recorrente no ordenamento jurídico brasileiro: a busca por julgamentos precipitados e no calor da emoção, a fim de satisfazer o clamor social e de aliviar as atribuições do que se espera do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare, Dos Delitos e das Penas. Edição Eletrônica. eBooksBrasil, 2001, volume único. Disponível em < https://acljur.org.br>.

BOBBIO, Norberto**. A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 27 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei n° 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 27 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei n° 7.219**, de 11 de julho de 1984. Dispõe sobre a Lei de Execuções Penais. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em 27 de outubro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n ° 526. São Paulo, 2015. Disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp> Acesso em 02 de novembro de 2020.

BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 533. Brasília, 2015. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp> Acesso em 02 de novembro de 2020.

DI PIETRO, Maria. Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2019, 32° Edição.

GRECO, Rogério, **Código Penal**: Comentado. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017, volume único.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal, in GRINOVER, Ada 1 Pellegrini. Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987.

LOPES, Aury, **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, volume único

LOPES, Aury, **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução Crítica. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, volume único.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo, Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme, **Curso de Execução Penal**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, volume único. Disponível em <https://acljur.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Curso-de-Execu%C3%A7%C3%A3o-Penal-Guilherme-de-Souza-Nucci-2018.pdf>. Acesso em 27 de junho de 2020

PRADO, Daniel, **Sobre a Natureza Jurídica da Execução Penal**. 11 páginas. Artigo Científico (Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia) – Universidade Federal de Bahia, Bahia. Disponível em < http://www.bu.ufsc.br/SobrenNaturezaJuridica%20ExecucaoPenal.pdf >. Acesso em 27 de junho de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O HOMEM COMO SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE ESTUPRO: A (IM) POSSIBILIDADE DE PLEITO PELO ABORTO LEGAL NA OCORRÊNCIA DE GRAVIDEZ INDESEJADA

BÁRBARA PEREIRA XAVIER: Graduanda em Direito, Instituto Educacional Santa Catarina – Faculdade Guaraí, Guaraí/TO

ADRIANO CARRASCO DOS SANTOS[89]

(orientador)

RESUMO: Com o advento da Lei nº 12.015/2009 o crime de estupro adquiriu uma nova roupagem, englobando em um mesmo tipo penal o que anteriormente era desmembrado em crimes distintos, quais sejam, atentado violento ao pudor e estupro, este último que, em sua redação original, admitia apenas a mulher no polo passivo. Dito isto, este artigo científico tem por objetivo trazer à tona as circunstâncias decorrentes da vigência da lei supracitada, com o objetivo de analisar a aplicabilidade de institutos existentes no ordenamento jurídico penalizador aos casos onde o homem figura como vítima do crime de estupro, sobretudo no que concerne à hipótese de gravidez da autora do delito e a um posterior pedido de aborto na forma legal. Para isso, são trazidos à discussão os motivos que ensejaram as mudanças recentes do Título VI do Código Penal, com uma breve análise das legislações penais anteriores. Após, apresenta-se uma curta explanação acerca dos elementos do tipo penal incriminador disposto no artigo 213 do *codex* penal, com observância às questões doutrinárias acerca do tema. No ápice da pesquisa, são trazidas à baila as hipóteses de possibilidade da ereção masculina, sendo o homem a vítima do crime de estupro, bem como discussões sobre a gravidez da mulher, na qualidade de autora do delito sexual. Por arremate, são trazidas observações sobre a possibilidade jurídica de um aborto pleiteado pela vítima do sexo masculino, em análise à incidência do tipo despenalizador disposto no artigo 128, II do Código Penal.

Palavras-chave: Lei nº 12.015/2009. Homem como vítima. Estupro. Gravidez indesejada. Aborto Legal.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. OS CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR ANTES DA LEI Nº 12.015/2009. 3. A MUDANÇA DO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL COM O ADVENTO DA LEI Nº 12.015/2009. 4. ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO TIPO PENAL. 5. O HOMEM COMO SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE ESTUPRO. 6. A GRAVIDEZ DA MULHER INFRATORA E A APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 234-A, III DO CÓDIGO PENAL. 7. A (IM)POSSIBILIDADE DE PLEITO PELO ABORTO LEGAL EM CASO DE ESTUPRO DE VÍTIMA DO SEXO MASCULINO. 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

89 Professor orientador graduado em Direito, especialista em Ciências Criminais, professor do curso de Direito, Instituto Educacional Santa Catarina – Faculdade Guaraí, Guaraí/TO, e-mail: adriano.carrasco@ssp.to.gov.br

1.INTRODUÇÃO

O Código Penal, instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, e recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com o *status* de Lei Ordinária, vigora até os dias atuais, porém, com inúmeras alterações em seu texto original, aspirando ao acompanhamento das transformações sociais, sobretudo no que concerne aos costumes, uma das principais fontes do direito. Tais mudanças, necessárias à conservação da eficácia das normas jurídicas, vêm sendo progressivamente fundamentadas nas relações entre as pessoas de determinada sociedade, gerando assim normas que atendam de maneira mais efetiva às necessidades atuais da humanidade, que, indubitavelmente, não se comporta da mesma forma que se comportava na década de 40. Hoje, podemos afirmar que temos um universo social com uma concepção muito mais isonômica entre as pessoas do sexo feminino e masculino do que tínhamos há oitenta anos, e isso também reflete na execução de diversos delitos, nos quais, em princípio, somente o sujeito geneticamente masculino teria capacidade de ser sujeito ativo.

O presente artigo científico, desenvolvido no âmbito do direito penal e do processo penal, tem como objetivo geral explorar o conjunto de questões geradas a partir das transições legislativas no tempo, com enfoque nas mudanças trazidas pela Lei nº 12.015/2009, em especial no que tange ao artigo 213 do Código Penal, que até então era fragmentado em dois tipos penais distintos, ante a existência do artigo 214, revogado formalmente pela lei em questão.

Com tais modificações, não foi possível obstar que novas e significativas discussões jurídicas relacionadas aos delitos contra a dignidade sexual aflorassem, tendo em conta que, com a união dos tipos penais incriminadores do estupro e do atentado violento ao pudor, extinguiu-se a exclusividade da mulher ser vítima do primeiro crime.

Nota-se que o delito em apreciação, antes catalogado como crime bipróprio - no qual apenas o homem seria capaz de figurar no polo ativo, enquanto somente a mulher poderia ser vítima -, passou a ser classificado como um crime bicomum, passando a ser tratado como uma infração penal na qual sujeitos passivo e ativo podem ser qualquer pessoa, provocando, assim, inúmeras discussões acerca da possibilidade da mulher executar o crime em foco, ante a quase inexistência de conhecimento de casos reais, em comparação aos imensuráveis episódios de estupro de vítimas do sexo feminino.

Ademais, o estudo também se debruçará sobre o aborto ético, legal, e outras mais nomenclaturas trazidas pela doutrina, visto que, consoante o descrito no artigo 128, II do Código Penal, o aborto não será punido se porventura a gravidez advier de um estupro. Com as mudanças recentes do *codex* penal, nota-se uma estagnação legislativa à causa eliminatória de punibilidade em questão, ante a possibilidade da autora do crime de estupro vir a engravidar como consequência de sua própria conduta. Assim sendo, é imprescindível a análise da viabilidade jurídica da aplicação da norma às ocorrências de estupro executado por mulher que conceba uma criança, fruto do crime, com o fito de analisar se tal aborto, no contexto narrado, seria criminoso ou resguardado pelo tipo despenalizador.

Outro ponto importante para o tema abordado é a problemática envolvendo a causa de aumento de pena prevista no artigo 234-A, III, do Código Penal, com o propósito de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estudar sua aplicação em situações onde a grávida é a própria autora do delito, dado que a reprimenda dos delitos praticados contra dignidade sexual é aumentada pela metade caso sobrevenha gravidez. Com o advento da modificação trazida pela Lei nº 12.015/2009, nada se tratou com o propósito de elucidar se tal causa majorante de pena aplica-se também àquela que engravida em decorrência da própria conduta delitiva.

Apesar da alteração legislativa em destaque ter ocorrido, com grande influência, em razão de inúmeras demandas doutrinárias, pouco se discute acerca do assunto, tendo como principal motivo a falta de conhecimento jurídico acerca de casos concretos. Trata-se de um cenário raro, porém, perfeitamente exequível. Com base nesses fatores, o presente artigo tem como objetivo específico a exploração da possibilidade de a autora da infração penal vir a engravidar da vítima, da mesma maneira que é primordial examinar a viabilidade ou não de pleito pelo aborto legal nos casos de estupro de vítima do sexo masculino, considerando todos os fatores legais, bem como fatores fisiológicos da vítima, visto que, para caracterização do crime, é indispensável a presença de coação por utilização de violência ou grave ameaça na conduta, e para que a autora do crime seja capaz de atingir à gravidez, é fundamental que haja conjunção carnal, não bastando a mera prática de ato libidinoso diverso desta, ante os fatores biológicos que dão causa à gravidez.

Isto posto, o argumento principal para elaboração deste artigo científico se assenta na necessidade de obter explicações acerca da circunstância do homem vítima de estupro, logo, pai da criança gerada pela execução do crime, desejar dar causa à interrupção da gravidez não aspirada por ele. Afinal, ante à viabilidade do aborto legal previsto no artigo 128, II do Código Penal, poderia a gestante, figurante do polo ativo a conduta criminosa, realizar ou ser compelida a realizar o aborto pleiteado pela vítima do sexo masculino?

Desta feita, o presente estudo teve como embasamento metodológico as normas jurídicas e ensinamentos de renomados estudiosos brasileiros, especialmente no que concerne ao direito penal, trazendo, num primeiro momento, a análise histórica dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor. Ademais, houve uma investigação aprofundada na redação dada aos tipos penais citados anteriormente e sua mudança de acordo com os costumes que regem a sociedade atualmente.

Em seguida, foi realizado exame acerca de estudos doutrinários, como também a análise da existência de casos concretos, com o objetivo de investigar a real possibilidade de se ter a mulher no polo ativo do delito de estupro, colocando em exame os elementos objetivos e subjetivos do crime.

Oportunamente, foi apresentada uma apreciação, através de pesquisas pontuais de artigos no ramo da medicina legal, quanto à probabilidade da vítima, sendo geneticamente do sexo masculino, atingir ereção, mediante uso de medicamento ou não, em meio à violência ou grave ameaça posta pelo tipo penal em ênfase.

Foram efetuadas ponderações acerca das mudanças trazidas pela Lei nº 12.015/2009, sobretudo no que toca à viabilidade de a mulher ingressar no polo ativo do crime de estupro, assim como executou-se uma breve análise à norma prevista no artigo 234-A, III, do Código Penal, com o fito de avaliar se tal causa majorante de pena pode ser aplicada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

à mulher grávida, própria autora do delito em tela. Tal estudo se deu por utilização de doutrinas, artigos científicos e leis que versam sobre o tema.

Posto isto, foi realizada a construção, pelo método hipotético-dedutivo, de um ambiente criminal acerca do estupro de vítima do sexo masculino, estudando-se a hipótese de gravidez da infratora do crime de estupro, bem como da possibilidade ou não de aborto nos moldes legalmente previstos. Desta feita, procedeu-se com a análise da hipótese de conceder ou não ao homem, sendo vítima do crime de estupro, o direito de reivindicar judicialmente a execução do aborto legal, com ou sem o consentimento da gestante, autora do ilícito penal.

Por fim, foi realizado um estudo acerca da excludente de punibilidade disposta no Código Penal, em seu artigo 128, II, com o propósito de aplicá-la ao caso hipotético, a fim de observar se tal causa é admissível na hipótese de a gravidez ser daquela que deu causa à ocorrência do crime, ou seja, no caso de a mulher geneticamente fértil ter cometido o crime, e o fruto desse crime for uma gravidez indesejada pela vítima. O estudo acerca de tal excludente foi realizado em torno de doutrinas penais e artigos científicos publicados sobre o tema.

2. OS CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR ANTES DA LEI Nº 12.015/2009

Preliminarmente ao estudo das modificações realizadas após a vigência da Lei nº 12.015/2009, faz-se imprescindível a leitura à redação original dada aos tipos penais de estupro e atentado violento ao pudor ao longo das décadas, visto que, para se formar uma compreensão mais clara acerca da modificação trazida pela referida lei, precisa-se entender os motivos pelos quais foram relevantes as mudanças ocorridas ao longo do tempo.

A previsão de crimes contra a dignidade sexual não é algo recente. O Código Criminal de 1830 já trazia em seus artigos 219 e seguintes a criminalização de diversas condutas contra a segurança da honra, bem como previa cenários de extinção de punibilidade para os agressores, como o casamento com as ofendidas. Porém, para todos os delitos tipificados na legislação citada, era necessária, além do consentimento da ofendida, a permissão do pai, tutor, curador ou juiz para que o enlace significasse de fato uma causa extintiva de punibilidade do crime.

> Como é possível notar, à época, os crimes sexuais não previam o homem como vítima. A virgindade e pureza do corpo feminino eram postas em respeitável lugar. Porém, de acordo com Hungria (1981, p. 103-104), à época as penas eram mais brandas, se comparadas às legislações demasiadamente antigas, como as Ordenações Filipinas, antecedente do Código Criminal de 1830, que previam até pena de morte àqueles que afrontavam a pureza feminina.

Na mesma linha de raciocínio, o Código Penal Republicano de 1890, em seu artigo 269, aplicou a nomenclatura de estupro ao ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, sendo virgem ou não, além de conceituar violência não como força física apenas, mas qualquer outro meio que privasse a mulher de sua faculdade física, restringindo sua defesa, como meios de hipnose, utilização de anestésicos em geral e até aplicação de narcóticos. O Código Penal de 1890 aplicou pena de um a seis anos aos autores do delito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Além do mais, caso a vítima fosse prostituta, a intensidade da reprovabilidade era menor, e por esse motivo a pena era reduzida ao quantitativo de seis meses a dois anos, conforme se extrai do artigo 268, §1º, da lei supracitada.

Em análise às legislações antepassadas, Bitencourt (2019, p. 49-50) leciona que o bem jurídico tutelado era a liberdade sexual da mulher, podendo ela chegar até recusar o próprio marido, se assim desejasse. Ademais, é possível extrair das legislações antigas que o sujeito ativo do crime de estupro poderia ser apenas o homem, já que, conforme a percepção de Jesus (2015, p. 125-126), a expressão "conjunção carnal" aduzia ao coito vagínico, entendido como a penetração do órgão genital masculino no órgão genital feminino.

Porém, já é possível observar na legislação de 1890 mudanças em relação ao sujeito passivo dos delitos contra a dignidade sexual, sendo que o artigo 266 daquele Código trazia a punibilidade àquele que atentasse contra o pudor de pessoa de um ou de outro sexo, permitindo que o homem também se enquadrasse no polo passivo do delito. É observável que esse tipo penal não protegia apenas a figura feminina, o que também pode ser observado na norma equiparada constante no Parágrafo Único do mesmo artigo, que criminalizava o ato de corromper menores de idade, praticando atos libidinosos com ou contra eles.

No que concerne ao histórico dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, o Código Penal de 1940 manteve a acepção de estupro trazida pela legislação de 1890, aplicando-se pena de três a oito anos a quem sujeitasse mulher ao coito vagínico, mediante violência ou grave ameaça. Incluiu ainda ao texto penal a criminalização do atentado violento ao pudor em seu artigo 214, que punia o fato de obrigar alguém, não importando o sexo biológico, e também por intermédio de violência ou grave ameaça, a executar ou permitir que com ele se executasse ato voluptuoso diferente do coito vagínico, aplicando-se pena de dois a sete anos. Neste contexto, Capez (2019, p. 76) entende por ato libidinoso ou voluptuoso qualquer ato diverso da conjunção carnal que visa ao prazer sexual.

As mudanças ocorridas na legislação penal foram advindas de inúmeras alterações nos costumes da sociedade, conforme se extrai dos pensamentos de Nucci (2019, on-line). Portanto, ciente estava o legislador dos dias atuais que, ao defrontar-se com um código publicado no ano de 1940, teria que realizar adaptações evolutivas, visto que os costumes daquela época foram modificados com o tempo. Desta feita, no ano de 1990 a pena do crime de atentado violento ao pudor foi igualada à pena do crime de estupro, passando a ser de seis a dez anos de reclusão, além de incluí-los no rol de crimes hediondos através de alteração da Lei nº 8.072/1990.

Por fim, em 2009, os tipos penais sofreram nova mudança legislativa, acoplando as condutas narradas em um singular tipo penal, considerando que o artigo 214, que discorria acerca do crime de atentado violento ao pudor, foi formalmente dissolvido pela Lei nº 12.015/2009, cabendo assim ao crime de estupro punir, além da conduta já punível antes da vigência da lei supracitada, também a conduta que antes era reconhecida como atentado violento ao pudor, formando assim o que Masson (2020, on-line) classifica como continuidade típico-normativa, isto é, não há o que se discutir acerca do *abolitio criminis* dado que, segundo julgado do Superior Tribunal de Justiça, houve mero deslocamento da conduta criminosa para outro tipo penal, e não sua descriminalização. Vejamos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS ANTES DA LEI N. 12.015/2009.

APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. CRIMES COMETIDOS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO CONTRA A MESMA VÍTIMA. CRIME ÚNICO RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSIDERAÇÃO DA PRÁTICA DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMO CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. AUMENTO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico [sic], adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- A alteração legislativa conferida pela Lei 12.015/2009 não descriminalizou a conduta prevista na antiga redação do art. 214 do Código Penal, mas apenas a deslocou para o art. 213 do Estatuto Repressivo, formando um tipo penal misto, com condutas alternativas (estupro e atentado violento ao pudor). (grifo nosso)

- Todavia, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o reconhecimento de crime único não implica em desconsideração absoluta da conduta referente à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, devendo tal conduta ser valorada na dosimetria da pena aplicada ao crime de estupro.

- Assim, agiu com acerto o Tribunal de origem que manteve a exclusão da pena referente ao crime de atentado violento ao pudor, efetuada pelo Juízo da execução, contudo considerou o fato do agente ter praticado com a vítima sexo oral e anal como circunstância desfavorável no crime de estupro, aumentando a pena-base.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 212.305/DF, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 05/05/2014)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda conforme dispõe Masson (2020, on-line), para que haja *abolitio criminis*, são necessários dois requisitos, sendo eles a revogação formal do tipo penal e a supressão material do fato criminoso. Podemos tomar como exemplo o que ocorreu com o antigo crime de adultério, revogado material e formalmente pela Lei nº 11.106/2005, ocorrendo de fato a chamada *abolitio criminis*.

Isto posto, nada obstante à supressão formal do tipo penal, é cristalino o fato de que, em se tratando de atentado violento ao pudor, não há o que se falar em *abolitio criminis*, visto que o crime não deixou de existir, apenas passou a ser disciplinado em outra norma penal, qual seja, aquela insculpida no artigo 213 do Código Penal.

3.A MUDANÇA DO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL COM O ADVENTO DA LEI Nº 12.015/2009

Com a publicação e entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, inevitavelmente ocorreram diversas modificações nas interpretações direcionadas aos crimes sexuais, principalmente no que toca ao crime de estupro. Tal delito passou a englobar, além da conduta já prevista antes das alterações, a figura antes conhecida como "atentado violento ao pudor". Conforme já citado anteriormente, aqui não há o que se falar em *abolitio criminis* material, com todos os efeitos de retroatividade benéfica e afastamento de todas as consequências penais do fato, mas sim em continuidade típico-normativa. Dito isto, cabe analisar o que ocorreu com a alteração do tipo penal intitulado "estupro" após as alterações legislativas.

Primeiramente, é necessário explorar a nomenclatura dada ao título VI do Código Penal. Antes do advento da lei em estudo, o referido título tinha como rubrica "Dos crimes contra os costumes", o que já vinha sendo aduzido por doutrinadores como inadequado ao real sentido tratado nos tipos penais pertencentes àquele título. Segundo Greco (2017, on-line), os nomes dados aos títulos penais influenciam na análise dos tipos penais que pertencem a eles. Com isso, observa-se que a reforma apresentada pela lei de 2009 teve como aspecto principal a abrangência de vários outros delitos, modificando a nomenclatura do título para "Dos crimes contra a dignidade sexual", atendendo assim à reivindicação doutrinária acerca da abrangência de vários outros crimes, como os crimes contra vulnerável, bem como o crime de violação sexual mediante fraude e ultraje público ao pudor.

Passando à análise da fusão entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, pode-se observar que tal unificação se deu com a finalidade principal de se encerrar com as dificuldades encontradas por grande parte da população. Conforme se extrai dos pensamentos de Greco (2017, on-line), o legislador curvou-se ao fato de que os meios de divulgação de informações, bem como a população em geral, habitualmente intitulavam de "estupro" o que, na verdade, seria figurado como "atentado violento ao pudor", de acordo com a legislação anterior.

Considerando que o antigo texto penal do crime de estupro tinha apenas o homem como personagem ativo, com a alteração legislativa esse cenário foi modificado. A partir da entrada em vigor da nova redação dada ao crime de estupro, tanto a liberdade sexual da mulher quanto do homem passou a ser protegida juridicamente, deixando assim de se tratar de um crime biprópio para se tornar um crime bicomum. Com isso, o tratamento isonômico

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

foi aplicado ao tipo penal, para punir tanto o homem que pratica tal crime, como também a mulher que sujeita homem ao ato libidinoso, sendo através de conjunção carnal ou de ato diverso deste.

Como é cediço, a lei em comento encerrou também uma grande divergência jurisprudencial no que concerne à hediondez do crime. O crime de estupro, conforme ressalta seu §4º, passou a ser identificado como crime hediondo, exclusivamente no que se refere ao *caput*, e §§ 1º e 2º do artigo 213 do Código Penal. Além do mais, a lei em foco revogou as causas de aumento de pena que eram previstas no artigo 223 do Código Penal, mantendo, portanto, as causas de aumento de pena previstas no artigo 226 do mesmo código.

No mais, com o advento da Lei nº 12.015/2009, a ação penal deixou de ser privada para se tornar ação penal pública condicionada à representação, exceto quanto se tratasse de vítima menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável, quando a ação seria pública incondicionada. Nesse contexto surgiram novas discussões doutrinárias, visto que ainda vigorava a Súmula nº 608 do Supremo Tribunal Federal (1984), que diz, *ipsis litteris* que "no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada". De um lado, uma corrente defendida por Bitencourt (2019, p. 191) alegava que a súmula ainda era aplicável, quando o crime era praticado com violência real, e, por outro lado, uma corrente defendida por Nucci (2019, on-line) aduzia não ter mais validade o entendimento sumular, em virtude da promulgação da Lei nº 12.015/2009, sendo o crime de ação penal pública condicionada à representação, ainda que cometido com violência. Porém, uma atualização legislativa trazida pela Lei nº 13.718/2018 ao artigo 225 do Código Penal fez com que tal discussão perdesse o objeto, modificando a natureza da ação penal do crime de estupro, passando a se tratar de crime de ação penal pública incondicionada.

Por fim, a Lei nº 12.015/2009 trouxe ao texto penal o artigo 234-B, que dispõe sobre a obrigatoriedade do processo, onde se trata de investigação e julgamento de crimes contra a dignidade sexual, correr em segredo de justiça, sobressaindo a preservação da intimidade da vítima ao princípio da publicidade, mantendo-se assim o processo até após a superveniente condenação da (o) ré (u).

4.ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO TIPO PENAL

Para melhor entendermos acerca da possibilidade de estupro de vítima do sexo masculino a ser tratada posteriormente, faz-se necessária uma breve análise do ilícito, principalmente no tocante aos seus elementos. Como cediço, a conduta punida pelo artigo 213 do Código Penal é a de "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso". Com isso, passamos à análise dos elementos objetivos e subjetivos do crime em destaque.

Fragmentando o tipo penal, extrai-se inicialmente o termo "constranger alguém". Conforme Nucci (2020, on-line), no âmbito do direito penal, o verbo descrito tem como significado "tolher a liberdade, forçar ou coagir". O "alguém" se trata de qualquer pessoa, daí conclui-se que se trata de um crime comum, onde qualquer pessoa, homem ou mulher, poderá ser constrangida. Seguindo a leitura, nos deparamos com o termo "mediante violência ou grave ameaça", que remete ao fato de que o crime somente estará caracterizado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

se presente uma conduta violenta ou ameaça grave. Após, encontra-se o termo "conjunção carnal", que como já descrito alhures, remete à cópula entre pênis e vagina.

Logo em seguida, observam-se dois tipos de conduta para o ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Conforme dispõe Nucci (2020, on-line), o vocábulo "praticar" se trata da forma comissiva, e a expressão "permitir que com ele se pratique" se refere à forma omissiva da prática de outro ato libidinoso. O referido doutrinador ainda explica que o tipo penal descrito no artigo 213 do Código Penal é um tipo misto alternativo, ou seja, a prática de uma ou outra conduta, contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático, caracteriza crime único.

Quanto aos elementos subjetivos do tipo penal, Masson (2020, on-line) faz notar que o dolo é o elemento subjetivo genérico, consistente na vontade do agente de, conscientemente, praticar um dos elementos objetivos do tipo, acrescido de um especial fim de agir, também conhecido como elemento subjetivo específico, que, inclusive, é o que diferencia o crime de estupro do crime de constrangimento ilegal, qual seja, a intenção de manter conjunção carnal ou ato libidinoso diverso desta com alguém, sendo desnecessária a finalidade de satisfazer a própria lascívia para configuração do crime.

Em observância ao descrito anteriormente, nota-se que a tentativa é perfeitamente possível, considerando o fato de se tratar de um crime plurissubsistente, ou seja, um crime com a existência de vários atos. Entretanto, ainda conforme dispõe Masson (2020, on-line), é necessário saber diferenciar quando o agente busca a conjunção carnal, e não a alcança por motivos alheios à sua vontade, do estupro consumado pela prática de outro ato libidinoso. Por fim, nada há de se falar em crime culposo, por não haver qualquer previsão legal para tanto.

5.O HOMEM COMO SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE ESTUPRO

Historicamente, podemos observar que a cultura do crime de estupro nem sempre foi como conhecemos atualmente, entretanto, a partir da vigência da Lei nº 12.015/2009, o crime tipificado no artigo 213 do Código Penal passou a ser tratado como um crime bicomum. Em vista disso, nos moldes da atual legislação penal brasileira, a mulher que sujeita o homem, mediante constrangimento e com aplicação de violência ou grave ameaça, à prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso deste, comete o crime de estupro, não havendo o que se falar em atentado violento ao pudor ou constrangimento ilegal. Cabe ressaltar que o termo "conjunção carnal", nas palavras de Capez (2019, p. 76), aduz à cópula vagínica, ou seja, a penetração efetiva no membro viril, qual seja, a vagina. Desta maneira, somente há de se falar em crime de estupro entre pessoas do mesmo sexo na ocorrência de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, visto que, para a ocorrência do crime na modalidade "conjunção carnal", existe a necessidade dos sujeitos do crime pertencerem a sexos biológicos opostos.

Isto posto, questiona-se como o estupro de vítima do sexo masculino ocorreria na prática, uma vez que pouco se conhece acerca da hipótese. Nas sábias palavras de Nucci *et al* (2010, on-line), era insustentável se pensar na possibilidade de a mulher constranger um homem à conjunção carnal na década de 40, e nos dias atuais tal possibilidade ainda é singular, considerando a baixa ocorrência, se comparado ao mesmo crime que há como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sujeito passivo uma mulher, e também a dificuldade de se encontrar registros investigativos acerca do crime, já que improvavelmente algum homem se submeteria à embaraçosa situação de comunicar o delito às autoridades.

Observa-se com maior clareza a grande desproporção entre estupros de vítimas homens e mulheres com a análise de dados estatísticos. De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2019), o ano que mais apresentou casos de estupro no Brasil foi o de 2018, com o recorde de 66.041 (sessenta e seis mil e quarenta e um) registros, cerca de 180 (cento e oitenta) estupros por dia. Segundo o infográfico divulgado, apenas 18,2% das vítimas eram do sexo masculino, sendo que 62,5% dos agredidos eram vulneráveis, ou seja, menores de 14 (quatorze) anos. Ainda pode-se observar que os homens são a maioria entre os autores, sendo que apenas 3,7% dos sujeitos ativos do crime eram mulheres.

Tal circunstância, apesar de rara na prática, é perfeitamente possível. De acordo com um estudo conduzido por Siobhan Weare, da faculdade de Direito da Universidade de Lancaster (Forced to penetrate - Cases, 2017, p. 09), as mulheres utilizam de diversos meios para coagir o homem à conjunção carnal. Vejamos os dados contidos no referido estudo:

Uma mulher te forçou a penetrá-la sem o seu consentimento por:	**Frequência**	**Porcentagem**
Contar mentiras, ameaçar terminar o relacionamento, ameaçar espalhar boatos sobre você, fazendo promessas que você sabia que eram falsas, ou continuar pressionando-o depois que você disse que não queria	34	22,2%
Usar força, por exemplo, segurando-o com o peso corporal, prendendo seus braços ou contendo-o com uma arma	22	14,4%
Nenhuma das opções presentes	22	14,4%
Mostrar descontentamento, criticando sua sexualidade ou atratividade, ficando com raiva, mas sem usar força física após você dizer que não queria	17	11,1%
Forçar você a penetrá-la quando você estava dormindo ou inconsciente sob efeito de álcool, e quando você retornou		

(consciência recuperada), não pode dar consentimento ou parar o que estava acontecendo	17	11,1%
Forçar você a penetrá-la quando você estava dormindo ou inconsciente por usar drogas consensualmente, e quando você retornou (consciência recuperada), não pode parar o que estava acontecendo	13	8,5%
Forçar você a penetrá-la depois que você estava bebendo álcool e estava consciente, mas embriagado demais (bêbado) para dar a ela o consentimento ou parar o que estava acontecendo	11	7,2%
Ameaçar prejudicar fisicamente você ou alguém próximo a você	8	5,2%
Agir em conjunto com duas ou mais pessoas para forçá-lo a penetrá-la quando você havia deixado claro que não havia dado consentimento ao que estava acontecendo, ou estava incapaz	4	2,6%
Encorajar ou pressionar você a beber álcool até ficar intoxicado (bêbado) demais para dar consentimento ou parar o que estava acontecendo	3	2%
Dar-lhe uma droga sem o seu consentimento, que o deixou muito incapacitado (fora de si) para consentir ou parar o que estava acontecendo	2	1,3%

Fonte: Forced to penetrate – Cases: Lived Experiencies Of Men (traduzido).

A pesquisa acima aduzida foi realizada com 153 (cento e cinquenta e três) homens entre os anos de 2016 e 2017, o que, apesar de parecer um universo mínimo, trata-se de uma amostra relevante, considerando a pouca reportação e conhecimento de reais casos de crimes de estupro contra vítimas do sexo masculino.

Além do mais, registros de casos reais divulgados pela mídia, apesar de quase inexistentes, podem ser encontrados. Foi divulgado pela BBC News (Katia Silver, 2019) um novo estudo realizado por Siobhan Weare, baseado em entrevistas com homens realizadas entre os anos de 2018 e 2019, onde foram apresentados detalhes do contexto da relação onde acontece a penetração forçada. No estudo mencionado, há detalhamento de fatos onde o homem sofreu violência por diversas vezes de sua companheira, chegando ao ponto de que o homem temia o horário que sua companheira retornava do trabalho. Há ainda descrição de intensa violência, como espancamentos, tudo para exigir que o homem fizesse sexo.

Ainda dissertando acerca da viabilidade de o homem ser vítima do crime de estupro, circulou pela internet (G1, 2011) uma notícia que informava um caso onde uma mulher, dona de um salão de beleza, teria rendido um assaltante que havia adentrado em seu estabelecimento, e passou a abusá-lo sexualmente. A mulher conseguiu o feito amarrando-o com o secador de cabelo em uma cadeira e forçando-o a tomar alguns comprimidos de remédio utilizado para o tratamento de disfunção erétil (Viagra).

Isto posto, faz-se mister ainda salientar sobre a probabilidade da vítima, sendo geneticamente do sexo masculino, atingir ereção, mediante uso de medicamento ou não, em meio à violência ou grave ameaça imposta pelo tipo penal, analisando entendimentos de estudiosos no ramo da medicina legal. Conforme se extrai dos pensamentos de Bittar (2011, p. 183), existem possibilidades de ereção masculina em virtude da presença de distúrbios sexuais, como o chamado “priapismo”, onde há a ereção sem existência de desejo sexual, e o conhecido no âmbito médico-legal como “satiríase”, que se trata da ereção quase contínua, com presença de repetidas ejaculações, mesmo com insatisfação sexual. Ademais, ainda cabe ressaltar o apontamento feito por Gomes (1997, p. 506), no sentido de elucidar que há casos de ejaculação ou simples ereção em enforcados, o que leva a conclusão de que a ereção e ejaculação não estão impreterivelmente associadas ao prazer sexual.

Ademais, Greco (2017, on-line) apresenta uma suposição do crime de estupro, consistindo em uma mulher apaixonada por um homem, querendo manter relação sexual com ele, não conseguindo pelos “meios normais”, e utilizando da ameaça, com uso de arma de fogo, o obriga a consumar o ato sexual. Aqui está clara a prática do crime, visto que, conforme dispõe o artigo 213, houve constrangimento por meio de ameaça grave para a prática de conjunção carnal. Portanto, sanados estão os questionamentos referentes ao fato do homem poder ou não ingressar no polo passivo do delito.

6.A GRAVIDEZ DA MULHER INFRATORA E A APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 234-A, III DO CÓDIGO PENAL

Após ser trazido à baila a circunstância totalmente exequível da prática do crime de estupro por mulher contra pessoa geneticamente do sexo masculino, faz-se imprescindível a formação de um cenário criminal acerca da hipótese de gravidez da autora do crime em evidência, bem como é conveniente examinar a aplicação ou não da causa de aumento de pena mencionada no artigo 234-A, III do Código Penal à infratora.

Considerando o exposto anteriormente acerca da viabilidade de um homem ingressar no polo passivo do delito em estudo, nada obsta a probabilidade da autora do crime vir a engravidar da vítima em virtude de sua atitude criminosa, seja com o objetivo de obter

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

lucro com recebimento de pensão alimentícia ou herança que porventura a criança, fruto do delito, venha a receber futuramente, ou sem que tenha existido qualquer intenção de gravidez por parte da autora do delito.

Isto posto, passamos a um breve estudo acerca do artigo 234-A, III, do Código Penal, que descreve a previsão de se aumentar a pena da metade a 2/3 (dois terços), caso haja gravidez fruto da prática de algum dos crimes dispostos no Título VI do mesmo texto legislativo. Nada obstante a aplicação da causa de aumento de pena em epígrafe em casos onde a vítima é a gestante, convém trazer a questionamento a aplicação deste mesmo instituto a casos onde a grávida é a própria autora do ilícito penal.

Tal causa majorante, conforme dispõe Bitencourt (2019, p. 255-256), deverá ser aplicada tão somente quando a mulher for vítima do ilícito penal, justificando seu entendimento na observância da suposta existência de autolesão, que tornaria o valor do resultado de uma gravidez indesejada extremamente punitivo, não sendo necessária a aplicação de uma causa de aumento de pena àquela que já se colocou em situação desfavorável.

Em sentido contrário, Nucci, em sábias palavras, explica que existem dois pontos a serem observados no que toca a aplicação ou não da causa de aumento de pena à mulher autora do crime. Vejamos o que diz o autor acerca do tema:

> Focando-se a circunstância de elevação da pena sob a ótica de maior proteção à mulher, que haveria de conviver com gestação indesejada, seria inaplicável, afinal, ela mesma engravidou, colocando-se em risco porque quis. Por vezes, ela pode pretender a gravidez, para obter um filho da vítima (questões de herança, pensão etc.). Entretanto, observando-se a mesma situação, sob o enfoque da gravidez, constitutiva de ser humano, a vir ao mundo motivado pela prática de um delito, trazendo consigo inúmeros problemas a serem deslindados entre os pais, pensamos deva ser aplicada a causa de aumento. Desse modo, cremos deva prevalecer o segundo ponto de vista, pois gravidez não pode ser fruto da leviandade de homem e mulher, motivo pelo qual a agente do estupro deve responder mais gravemente pelo que produziu. (NUCCI, 2020, on-line)

Ademais, em observância às consequências do resultado gravidez para o homem vítima do ilícito tipificado no artigo 213 do Código Penal, nota-se que estas são tão relevantes quanto para a mulher, ou seja, os efeitos da gravidez gerada a partir da prática do crime em estudo não seriam menos gravosos para o homem do que para a mulher, quando esta ingressa no polo passivo do crime. Neste sentido, em submissão tanto ao princípio da isonomia quanto aos fatores advindos da gravidez resultante de um crime de estupro, a corrente doutrinária majoritária conclui que a causa de aumento de pena em epígrafe deve ser fixada à mulher estupradora, assim como já é aplicável ao homem estuprador.

7.A (IM)POSSIBILIDADE DE PLEITO PELO ABORTO LEGAL EM CASO DE ESTUPRO DE VÍTIMA DO SEXO MASCULINO

Sanados os questionamentos acerca da real viabilidade do homem ser vítima de um crime de estupro praticado por uma mulher, como também relativos a eventualidade da autora do crime vir a engravidar da vítima, compete analisar nesta oportunidade a hipótese de um homem vitimado ou uma mulher estupradora pleitear pela realização de aborto do feto gerado a partir da prática do crime tipificado no artigo 213 do Código Penal, em observância ao disposto no artigo 128, II, do Código Penal, sobretudo no que pese a sua interpretação após as alterações geradas com a vigência da Lei nº 12.015/2009.

A conduta tipificada no artigo 128, II, do *codex* penal descreve uma causa excludente de punibilidade, qual seja, a autorização do aborto em casos de gravidez resultante de estupro, desde que seja praticado por médico e com prévia autorização da gestante ou de seu representante legal, em caso de incapacidade. Conforme se extrai dos pensamentos de Capez (2019, p. 206), a referida autorização para procedência de aborto se dá devido ao Estado não poder submeter uma mulher a gerar em seu ventre um ser humano fruto de um abuso, considerando que a procedência da geração desse feto poderia trazer danos maiores à vítima. Neste mesmo sentido, Cabette (2012, p. 40) discorre que a continuidade de uma gravidez resultante de um ato tão violento poderia violar o princípio da dignidade da pessoa humana, além da saúde psíquica da mulher grávida.

Embora não existam dúvidas acerca da aplicabilidade do instituto acima aduzido em casos onde a vítima do crime de estupro seja uma mulher, o entendimento apresentado pelos autores citados anteriormente, defendido por grande parte da doutrina, fora colocado à prova após a já mencionada alteração trazida pela Lei nº 12.015/2009, que nada citou acerca da possibilidade de se aplicar o mesmo instituto aos casos onde a mulher seja a autora do crime. Portanto, para esclarecer tais questionamentos acerca da aplicabilidade ou não da causa extintiva de punibilidade disposta no artigo 128, II, do Código Penal, faz-se necessário observar as possibilidades de interpretação do dispositivo legal.

No que concerne ao questionamento a respeito da viabilidade do homem, vítima do crime de estupro, pleitear pelo aborto legal, é necessário observar o entendimento doutrinário acerca do tema, a fim de esclarecer se existe tal viabilidade, considerando que não há previsão legal para tanto. Cabette (2012, p. 41) afirma que, em concordância ao princípio da legalidade, é indispensável a anuência da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal, para os casos de aborto sentimental, sendo que, caso decida prosseguir sem o referido consentimento, ou com consentimento de outra pessoa que não seja as autorizadas pelo tipo descriminalizador, o médico cometerá crime. Seguindo o mesmo ponto de vista, Capez (2019,

p. 206) aduz que a lei não exige autorização judicial, bastando prova idônea da relação sexual violenta. Não obstante, uma pequena parcela de doutrinadores argumenta que se deve apreciar os princípios do direito penal, vez que nenhum princípio é absoluto.

Além do mais, as correntes doutrinárias trazem à tona as possíveis violações à princípios que regem o direito penal, em caso de aceitação aos argumentos da corrente diversa. Aqueles que defendem a impossibilidade de aborto na forma legal em caso de estupro de vítima do sexo masculino alegam que, caso a autora do crime seja obrigada a realizar o aborto, o emprego de tal causa traria violação direta ao princípio da legalidade, vez que não há qualquer previsão legal que obrigue a estupradora a praticar o aborto, caso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sobrevenha uma gravidez de sua atitude criminosa, além do descumprimento ao princípio da intranscedência da pena, vez que estariam sendo transmitidas ao feto as consequências do crime praticado por sua genitora. Porém, há juristas que defendem o pleito pelo aborto, e para essa pequena parte da doutrina, caso a genitora criminosa não seja coagida a retirar o feto, estaria sendo violado o princípio da isonomia, que prevê o mesmo tratamento penal entre homens e mulheres, não havendo motivos para que a vítima do sexo masculino não obtenha os mesmos direitos ofertados às vítimas do sexo feminino.

Apesar do disposto anteriormente, consoante ao entendimento da grande maioria dos juristas nacionais acerca do não cabimento da exigência do aborto sem o consentimento da gestante, ainda há controvérsias acerca da possibilidade de aplicação da causa descriminalizadora do artigo 128, II, do Código Penal a casos nos quais a mulher estupradora queira e o homem vitimado tenha interesse que seja ofertada a possibilidade da prática do aborto nos moldes legais à sua agressora, com o objetivo de frustrar ulteriores impasses em torno do nascimento de um filho, fruto de um crime. Aqui, faz-se necessária uma interpretação ao dispositivo legal, tanto em sua literalidade quanto no tocante aos valores protegidos por ele.

Cabette e Marino (2012, p. 279) explicam que, caso a interpretação dada ao tipo penal descriminalizador seja a literal, poderá existir à possibilidade de aplicação do instituto aos casos nos quais a mulher estupradora tenha engravidado do homem, vítima do crime, visto que o dispositivo legal não especifica quem precisa ser o sujeito ativo do crime de estupro, explana somente que a gravidez deve ser decorrente de estupro. Porém, caso a interpretação dada ao dispositivo seja a axiológica, a aplicação do aborto legal somente se dará nas situações em que a mulher seja o elemento passivo do delito, visto que o tipo penal foi criado quando a mulher poderia ser apenas vítima do crime de estupro, e após as alterações trazidas pela Lei nº 12.015/2009, nada foi regulamentado para que o aborto pudesse ser autorizado à mulher criminosa. Nesta mesma perspectiva:

> Assim, por mais que possa parecer justo o homem vítima de estupro pleitear o aborto sentimental, por mais que se queira equiparar sua condição à da mulher vítima, tal hipótese não encontra qualquer amparo no ordenamento legal. As consequências da paternidade indesejada e resultante de crime poderão ser minimizadas na esfera cível, no que diz respeito às obrigações daí decorrentes. Na esfera criminal, como dito, na incomum, porém possível, hipótese de o homem vir a ser vítima de estupro, em nossa opinião, não poderá haver o aborto sentimental. (JESUS *et al.*, 2011, on-line)

Ainda acerca do entendimento relativo à impossibilidade de ser concedida à mulher infratora a exclusão de sua punibilidade pela prática do encerramento de uma gestação proveniente de um estupro por ela executado, Cabette (2009, on-line) explica que o aborto legal se refere somente à vítima gestante, e não à infratora que, por vontade própria, praticou o crime de estupro que lhe resultou a gravidez. O autor ainda explica que:

> A "interpretação progressiva" ou "extensiva" infringiria a "*mens legis*", **vez que jamais se pretendeu na legislação brasileira**

> **autorizar o aborto advindo de coito desejado pela mulher** (grifo nosso). A razão de ser do aborto sentimental é o reconhecimento pelo legislador do conflito e do sofrimento psíquico da *vítima* de estupro, daquela que necessitará buscar forças sobre – humanas para vencer a dor de conviver com terríveis lembranças durante a gestação e inclusive após o parto, por toda sua convivência com o filho advindo de uma relação sexual traumática. (CABETTE, 2009, on-line)

Além do mais, a corrente acima argumentada expõe que, sob o prisma ético, não há o que se discutir sobre o assunto, vez que a admissão de se conceder à mulher, que já violou a dignidade sexual de outra pessoa, a decisão de seguir ou não com uma gestação, seria como conceder a ela o direito de violar novamente outro direito, o da vida intrauterina, somente para que a mesma não se responsabilize pelos cuidados de um filho não desejado, fruto de sua própria atitude criminosa.

Não em sentido direto acerca da possibilidade de aborto pela mulher, autora do crime de estupro, mas no sentido de elucidar acerca da situação encontrada na causa excludente de punibilidade do artigo 128, II, do Código Penal, onde a lei não traz qualquer causa impeditiva, a pequena parte da doutrina explica que "não pode o intérprete restringir onde a lei não faz qualquer restrição [...]" (BITENCOURT, 2019, p. 244), concluindo que, como o artigo epigrafado não traz nenhuma causa impeditiva acerca da possibilidade da mulher, sujeito ativo do crime de estupro, praticar o aborto na forma legal, não haveria motivos para não se aplicar a causa de extinção de punibilidade à criminosa.

Portanto, evidente está a enorme divergência de entendimentos surgidos acerca da intepretação do chamado aborto legal após a vigência da Lei nº 12.015/2009, vez que uma grande parcela de doutrinadores entende pela não aplicação do instituto descriminalizador às mulheres estupradoras, porém, há juristas que entendem pela aplicação, e ambas as correntes explicam que, caso seja atendido o que a corrente contrária aduz, haveria possibilidades de se contrariar vários princípios que regem o direito penal.

8.CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aspiração pela reprodução natural humana relaciona-se ao desejo de um homem e uma mulher conceber um fruto por meio da relação sexual. Mesmo se tratando de uma gravidez não programada, é conhecido pelo casal o fato de que a prática de um ato sexual pode dar causa à uma gestação. Não obstante, apesar de se tratar de uma relação sexual, a gravidez resultante de um crime de estupro não é, nem no mais remoto pensamento, uma gravidez esperada, tampouco desejada pela vítima.

As alterações legislativas trazidas pela Lei nº 12.015/2009 ocasionaram diversos impasses acerca do crime em evidência, principalmente pelo fato de ter trazido à baila a possibilidade de a mulher ingressar no polo ativo do delito tipificado no artigo 213 do Código Penal, ante a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

No presente estudo foi apresentado todo um histórico dos crimes descritos anteriormente, com fito de esclarecer os motivos que ensejaram as diversas modificações apresentadas pela lei supra, como também foram expostas as novas interpretações acerca

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dos elementos objetivos e subjetivos da nova redação dada ao crime de estupro, considerando o fato de que o crime passou a ser um crime bicomum, ou seja, podendo ter em seus polos ativo e passivo qualquer pessoa, independentemente de seu sexo biológico. Em observância aos motivos que ensejaram tais modificações, chegamos à conclusão que os mais influentes deles foram as mudanças significativas dos costumes que regem a sociedade, considerando ainda o fato de que, corriqueiramente, a sociedade dava ao crime de atentado violento ao pudor o mesmo tratamento dado ao crime de estupro.

Ademais, em observância à nova rubrica dada ao artigo 213 do Código Penal, além da exposição de casos reais, notamos a possibilidade, apesar de insólita, de o homem ingressar no polo passivo do delito. Outrossim, com a apresentação de dados estatísticos, foi identificada a viabilidade, mesmo diante de um cenário violento, ou sob grave ameaça, de o homem, sendo vítima, atingir ereção capaz de possibilitar a consumação do crime de estupro mediante conjunção carnal, vez que a ereção não depende, necessariamente, da vontade do homem, seja por algum distúrbio erétil, seja pela utilização forçada de drogas que causem a rigidez peniana.

Sanadas as dúvidas acerca da probabilidade de o homem ser incorporado ao polo passivo do delito em estudo, foram apresentadas as hipóteses de gravidez da autora do crime, bem como da possível aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 234-A do Código Penal, onde pudemos inferir que, diante da possibilidade de o homem atingir ereção mesmo sob violência ou grave ameaça, é perfeitamente possível a eventual gravidez que porventura possa ocorrer com a prática do delito em exploração, bem como também, sem qualquer óbice, poderá ser aplicada à mulher criminosa a causa majorante de pena mencionada no artigo 234-A do Código Penal, posto que a norma, criada após as modificações aduzidas pela Lei nº 12.015/2009, dispõe a sanção de forma mais ríspida àqueles de executam um ilícito contra a dignidade sexual, e, além da repressão causada pela prática delituosa, ainda dá causa à uma gestação não esperada, que pode trazer consequências tanto psicológicas quanto patrimoniais à vítima, independentemente do sexo.

No ápice da pesquisa, foram apresentadas duas hipóteses de pleito pelo aborto em sua forma legal, em caso de gravidez da autora do delito de estupro.

Pelo exposto, restou considerar que não é possível que se exija da infratora a realização do aborto, tampouco que se conceda a ela a possibilidade do abortamento nos moldes legais, mesmo com a anuência do homem vitimado. Tais desfechos se dão pelas mesmas razões. As alterações dadas aos crimes contra a dignidade sexual não atingiram os dispositivos em discussão, e ao tempo de sua criação, a intenção do legislador era dar oportunidade à mulher vitimada de se desfazer do feto gerado a partir de um ato violento, com a finalidade de lhe poupar do sofrimento psicológico que a gestação e o pós-parto pudessem lhe causar. Além do mais, a causa de excludente de punibilidade é clara ao pontuar que o aborto legal somente poderá ser realizado em caso de consentimento da gestante, bem como a obrigatoriedade de um aborto à autora do delito seria capaz de acarretar em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, que proíbe a aplicabilidade de qualquer sanção de caráter cruel ou degradante no território nacional. Pontua-se, portanto, que jamais houve a intenção do legislador de conceder ao homem vitimado ou à mulher estupradora a realização de aborto de um feto gerado a partir de um crime desejado pela autora.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em se tratando de uma norma penal, e em submissão ao princípio da taxatividade, que reza que a lei deve ser clara e precisa, salutar que o legislador se atente às divergências causadas após as transformações trazidas pela Lei nº 12.015/2009, com fito de estabelecer uma interpretação única e taxativa no sentido de restringir a possibilidade do aborto legal somente à casos onde a mulher seja a vítima do crime tipificado no artigo 213 do Código Penal, adequando-se aos desígnios preambulares da norma criminal.

9.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

13º ANUÁRIO de Segurança Pública. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP)**, 21 out. 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Infogr%C3%A1fico-2019-FINAL_21.10.19.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 711 p. v. 4.

Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 656 p. v. 2.

BITTAR, Neusa. **Medicina legal descomplicada**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2011. 224 p.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **Coleção das Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1890. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 29 mar. 2020.

Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 21 abr. 2020.

ei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Codigo Criminal. **Collecção das Leis do Imperio do Brazil**, Rio de Janeiro, 1830. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 21 abr. 2020.

Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 29 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm>. Acesso em: 27 mai. 2020.

Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º

da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 21 abr. 2020.

Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 25 set. 2018. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 21 abr. 2020.

Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 jul. 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 21 abr. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 212.305/DF. Relatora: Min. Marilza Maynard. Sexta Turma. Brasília, 24 abr. 2014. **Diário da Justiça**, Brasília, 05 mai.

2014..Disponível.em:.<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22MA
RILZA+MAYNARD+%28DESEMBARGADORA+CONVOCADA+DO+TJ%2FSE%29%2

2%29.MIN.&processo=212305&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURID ICO&p=true>. Acesso em: 21 abr. 2020.

Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 608. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 29 out. 1984. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=608.NUME.%20NA O%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 21 abr. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências do resultado gravidez.** Âmbito Jurídico, São Paulo: 01 out. 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-mulher-como-sujeito-ativo-do- crime-de-estupro-e-as-consequeencias-do-resultado-da-gravidez/>. Acesso em: 27 mai. 2020.

Direito penal: parte especial I. São Paulo: Saraiva, 2012. 189 p. v. 6.

MARINO, Aline Marques. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro**: aspectos doutrinários, possíveis hipóteses médico-legais e consequências nas esferas civil e penal. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, 24 out. 2012. v. 2. p. 263-288.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212, 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 807 p. v. 2.

Curso de direito penal: parte especial: arts. 213 a 359-H, 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 807 p. v. 3.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 32. ed., rev. e ampl. por equipe coordenada pelo Prof. Huggino de C. Hercules. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

v. 3. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/4021/154-Rogrio-Greco-Cdigo-Penal-Comentado- 2017.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio.

Comentários ao Código Penal: Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940: arts. 197 a

249. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 508 p. 8 v.

JESUS, Damásio de *et al*. **O aborto sentimental e a interrupção da gravidez da autora do crime de estupro.** Migalhas, 10 mar. 2011. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/128200/o-aborto-sentimental-e-a-interrupcao-da- gravidez-da-autora-do-crime-de-estupro>. Acesso em: 27 mai. 2020.

Direito penal: parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 456 p. v. 3.

LADRÃO tenta assaltar cabelereira, mas é dominado e vira escravo sexual. **G1**, 13 jul. 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2011/07/ladrao-tenta-assaltar- cabeleireira-mas-e-dominado-e-vira-escravo-sexual.html>. Acesso em: 27 mai. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial (arts. 213 a 359-H). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2020. v. 3. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530989590>. Acesso em: 21 abr. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza *et al*. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). **Revista dos Tribunais** (São Paulo. Impresso), v. 902, 2010.

Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12- 01509>. Acesso em: 27 mai. 2020.

Curso de direito penal: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530983239>. Acesso em: 21 abr. 2020.

Manual de direito penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530988333>. Acesso em: 27 mai. 2020.

SILVER, Katia. Penetração forçada: se uma mulher obriga um homem a fazer sexo, isso é estupro? **BBC News**, Brasil, 26 jul. 2019. Disponível em:

<https://www.bbc.com/portuguese/geral-49104969>. Acesso em: 27 mai. 2020.

WEARE, Siobhan. **Forced to penetrate cases**: Lived experiences of men. Lancaster University, 2017. Disponível em: <http://wp.lancs.ac.uk/forced-to-penetrate- cases/files/2016/11/Project-Report-Final.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RACISMO E INJÚRIA RACIAL: FORMAS DISTINTAS DE DISCRIMINAÇÃO, ENRAIZADAS NO PRECONCEITO.

PORTILHO JOSÉ SALDANHA DOS SANTOS:
Centro Bacharelando em Direito pelo Universitário UNA (CAMPUS Betim).

JARDEL MARCOS DA SILVA

(orientador)

RESUMO: Considerando que a questão racial é um assunto extremamente importante e discutido na realidade fática e jurídica, que gera várias acepções no que tange à sua forma de aplicação bem como suas derivações, este artigo tem como objetivo o estudo do racismo e da injúria racial à luz das normas brasileiras, utilizando-se métodos de definição dos termos racismo e injúria racial para, assim, tecer uma análise sobre a forma que é aplicado o racismo e a injúria racial, e as relações sociais que estão em interligadas a essas formas de discriminação racial. O presente artigo, além disso, esclarece quanto ao real conceito de raça, o qual possui diversas interpretações, utilizadas de maneiras diferentes pela população, além de compreender a correlação dos ramos do direito acerca do tema, e entender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à definição do conceito de racismo. Por fim, visa investigar e analisar a prática dos crimes de racismo e injúria racial em âmbito virtual, aspecto este cada vez mais presente na realidade brasileira.

Palavras chave: Racismo. Injúria Racial. Crimes. Discriminação.

I. INTRODUÇÃO

O presente artigo foi elaborado visando dar condições de discernir acerca da definição científica jurídica sobre o racismo e injúria racial. Dessa forma, pretende-se abordar apenas os assuntos considerados relevantes, que serão exigidos para o desenvolvimento do trabalho.

Assim, a busca por uma visão bem próxima da realidade social e jurídica brasileira motivou o estudo sobre a altercação existente entre os conceitos de Injúria Racial e Racismo, pois tais termos diferem-se quanto à aplicabilidade. A Injúria Racial consiste ao ataque direcionado à honra de um indivíduo, lhe ferindo a dignidade ou o decoro, valendo-se de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, de acordo com a qualificadora expressa pelo Artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal, incluída pela Lei nº 9.459, de 1997. Enquanto o racismo atinge uma coletividade de indivíduos, como prescrita na Lei nº 7.716 de 1989. Ressalta-se que, ao contrário da injúria, o racismo é inafiançável e imprescritível.

Configura também entre os objetivos deste artigo tratar o crime de racismo e o de injúria racial à luz da dignidade da pessoa humana, entender a ampliação do conceito de raça, compreender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no processo Habeas Corpus nº 82.424 sobre a definição do conceito de racismo, apontar a correlação dos ramos do direito a respeito do tema em análise e analisar como ocorre a prática do Crime de Racismo e Injúria Racial em âmbito virtual.

A necessidade de compreensão da questão racial e sua juridicidade torna-se extremamente relevante, não só pela característica universal daquela, mas também pelos quesitos humanitários e sociais envolvidos.Por visão deturpada, acredita-se que o crime de racismo protege apenas as pessoas de cor negra, quando, em realidade,

o sentido é bem mais amplo.

Ao longo dos anos, logrou-se em virtude principalmente da intolerância racial, uma atenção especial proveniente dos legisladores relativa à produção de normas que presidem a convivência em sociedade, ora em âmbito geral, ora em âmbito privado. A título de exemplo, há o código penal brasileiro de 1940 e a constituição da república brasileira de 1988. Há a necessidade de se desenvolver métodos para compreensão e interpretação de tais normas, para que sejam aplicadas com maior efetividade possível.

O equívoco que surgiu em relação a "injuria qualificada" e "racismo", tornou pertinente que houvesse a preocupação com relação a dificuldade de coadunar as normas em prol de uma efetiva aplicação. Não obstante, hoje a matéria tornou-se mais abrangente, mas ainda deve-se fazer muito em prol da necessidade da sociedade por uma aplicabilidade legal que reduza a opressão de pessoas e direitos em ocasião de sua raça. Dessa forma, percebe-se a relevância do assunto para a construção do conhecimento acadêmico.

Trata-se, ademais, a respeito da compreensão das implicações do assunto nos diversos campos cabíveis ao estudo do Direito e, pois, da formação do operador. Além disso, abordar o crime de racismo e injúria racial de modo a analisar, em especial, sua decorrência no ramo Penal.

2.O CONCEITO DE RAÇA

É imprescindível que, para tratar dos crimes de Racismo e Injúria racial tipificados no Código Penal brasileiro de 1940, primeiramente, seja compreendido o que se entende como raça, além de seus desdobramentos históricos, sociais e jurídicos. É necessário ressaltar que não há um único conceito, diferentes autores abordam o tema de distintas maneiras, mas possuem um núcleo comum constituído como uma consequência da transição do pensamento humano.

Simone Maria de Souza, cita que, segundo o Dicionário Aurélio (1999), o conceito de raça é definido como:

> Conjunto de indivíduos cujos caracteres somáticos, tais como a cor da pele,a conformação do crânio e do rosto, o tipo de cabelo, etc., são semelhantes e se transmitem por hereditariedade, embora variem de indivíduo para indivíduo. Ou como uso restrito da Antropologia, referente a cada uma das grandes subdivisões da espécie humana, e que supostamente constitui uma unidade relativamente separada e distinta, com características biológicas e organização genética próprias. Diversos autores, seguindo critérios distintos de classificação, propuseram diferentes classificações da humanidade em termos raciais. A mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> básica e difundida é a das três grandes subdivisões: caucasóide (raça „branca"), negróide (raça „negra") e mongolóide (raça amarela"). Como conceito antropológico, sofreu numerosas e fortes críticas, pois a diversidade genética da humanidade parece apresentar- se num contínuo, e não com uma distribuição em grupos isoláveis, e as explicações que recorrem à noção de raça não respondem satisfatoriamente às questões colocadas pelas variações culturais. Pode ser utilizado ainda, como o conjunto dos ascendentes e descendentes de uma família, uma tribo ou um povo, que se origina de um tronco comum (SOUZA, apud FERREIRA, 2011, p.1)

Assim, pode-se perceber que se trata de uma definição geral, para que em um primeiro contato com o assunto haja um direcionamento do interlocutor ou ouvinte sobre o que se refere. Nota-se, contudo, que é ampla e demanda maior esclarecimento.

Dessa forma, em perspectiva histórica, Schwarcz (2000) afirma que, a raça é uma construção histórica e social, e desenvolve sua constatação esclarescendo que durante o período medieval, o termo "raça" foi empregado para mencionar sobre linhagens e descendência. O mesmo vocábulo, no século XVII, foi utilizado nas relações sociais do período a fim de classificar a diversidade humana presente em grupos fisicamente contrastados. Com o decorrer do tempo, foram buscados critérios para que fosse possível explicar a diferença entre raças. Assim, utilizaram-se de instrumentos científicos como a frenalogia e craniologia,sendo usadas para justificar a existência do racismo, a colonização e o domínio sobre o que se denominava na época como "raças inferiores". Além disso, a Medicina Legal buscou construir uma associação entre aparência e caráter, por meio de observações do formato de partes do corpo como o nariz, boca e queixo.

> A versão poligenista, permitia (...) o fortalecimento de uma interpretação biólogica na análise dos comportamentos humanos, que passaram a ser crescentemente encarados como resultado imediato de leis biológicas e naturais. Esse tipo de viés foi encorajado sobretudo pelo nascimento simultâneo da frenologia e da antropometria, teorias que passavam a interpretar a capacidade humana tomando em conta o tamanho e proporção do cérebro dos diferentes povos. Simultaneamente, uma nova craniologia técnica, que incluía a medição do índice cefálico (...) facilitou o desenvolvimento de estudos quantitativos sobre as variedades do cérebro humano. Recrudescia, portanto, uma linha de análise que cada vez mais se afastava dos modelos humanistas, estabelecendo rígidas correlações entre o conhecimento exterior e interior, entre a superfície do corpo e a profundeza do espírito (SCHWARCZ, p.48, 2000)

Em razão de análises biológicas como estas, foram difundidas entre as populações, que os homens de raça branca eram seres superiores, belos e titulares de uma moralidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

positiva, associando assim a aparência física com qualidades subjetivas. Por causa disso, foi concluído que eles tinham maior capacidade de aprender mais e dominar outros sujeitos, os quais foram apontados como inferiores e destituídos da potencialidade de se desenvolverem como pessoas.

Roberto da Matta também aborda teorias que afirmam essa ideia de superioridade, revelando que,

> (...) teorias racistas europeias e norte-americanas, não eram tanto contra o negro ou o amarelo (o indio, genericamenre falando, também discriminado como inferior), que eram nítida e injustamente inferiorizados relativamente ao branco, mas que também eram vistos como donos de poucas qualidades positivas enquanto "raça". O problema maior dessas doutrinas, o horror que declaravam, era, isso sim, contra a mistura ou miscigenação das "raças". É certo, diziam elas, que havia uma nítida ordem natural que graduava, escalonava e hierarquizava as "raças humanas" (...) é certo também, afirmavam tais teorias, que o branco da Europa Ocidental assumindo indiscutível posição de liderança (...). Mas era também seguro que amarelos e negros tinham qualidades que a mistura denegria e levava ao extermínio (DAMATTA p.30.)

Assim, além de existir o errôneo pensamento da diferença entre os seres humanos e da possibilidade de classificá-los, segundo a linha de raciocínio dos racistas, não poderia haver, de nenhuma maneira, a mistura entre indivíduos que não foram qualificados da mesma forma, deveria haver a segregação, e o repúdio à criança que nascesse como fruto de uma miscigenação. Logo, cada classe deveria ter um contato restrito em relação aos outros, e ter relação social somente com aqueles que são comuns a si.

Semelhantemente, Roque de Barros Laraia aduz sobre teorias quanto a raças, ensinando que,

> São velhas e persistentes as teorias que atribuem capacidades específicas inatas a "raças" ou a outros grupos humanos. Muita gente ainda acredita que os nórdicos são mais inteligentes do que os negros; que os alemães têm mais habilidade para a mecânica; que os judeus são avarentos e negociantes; que os norte-americanos são empreendedores e interesseiros; que os portugueses são muito trabalhadores e pouco inteligentes; que os japoneses são trabalhadores, traiçoeiros e cruéis; que os ciganos são nômades por instinto, e, finalmente, que os brasileiros herdaram a preguiça dos negros, a imprevidência dos índios e a luxúria dos portugueses. (LARAIA, pag.7,2009)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Pensamentos racistas como esses sustentaram e justificaram a ocorrência de conflitos e ações políticas extremas, a exemplo do holocausto, na Alemanha, e genocídios na América e no México, além dos povos indígenas que foram escravizados e mortos em razão da certeza que havia no modelo universalista do homem branco ocidental. Isso reflete o juízo etnocêntrico em considerar como valores universais somente aqueles que são próprios da sociedade a que se pertence, partindo de particularidades e generalizações, as quais os indivíduos se posicionam como superiores em comparação a aqueles que se distanciam dos seus valores. Não restando dúvida de que essa afirmação de superioridade resulta em exclusão, ódio profundo e duradouro, além de mortes.

Foi em razão da existência de conflitos motivados por questões raciais, que estudiosos se aprofundaram no assunto a fim de produzir esclarecimentos sobre a impropriedade cientifica da noção de raça, propondo que esta ideia desaparecesse.

Dessa forma, cientificamente foi comprovado que raça não é uma verdade biológica relacionada ao DNA, existindo apenas a espécie Homo Sapiens oriunda da África, sendo o termo "raça" empregado única e exclusivamente para justificar a dominação político-cultural, denunciando, assim, a existência da discriminação, do racismo e de outras formas de preconceito. O racismo, portanto, é compreendido como uma ideologia, que afeta os cidadãos de uma maneira em geral.

> Raça é um conceito que não corresponde a nenhuma realidade natural. Trata-se, ao contrário, de um conceito que denota tão somente uma forma de classificação social, baseada numa atitude negativa frente a certos grupos sociais, e informada por uma noção específica de natureza, como algo endodeterminado. A realidade das raças limita-se, portanto, ao mundo social. Mas, por mais que nos repugne a empulhação que o conceito de "raça" permite - ou seja, fazer passar por realidade natural preconceitos, interesses e valores sociais negativos e nefastos - tal conceito tem uma realidade social que ele enseja é impossível de ser travado sem que se lhe reconheça a realidade social que só o ato de nomear permite (GUIMARÃES, 1999,
>
> p. 9)

Norberto Bobbio (1998) concorda com essa concepção, quando afirma que pelo vocábulo racismo

> (...) se entende, não a descrição da diversidade das raças ou de grupos étnicos humanos, realizada pela Antropologia Física ou pela Biologia, mas a referência do comportamento do indivíduo à raça a que pertence e,principalmente, o uso político de alguns resultados aparentemente, científicos para levar à crença da superioridade de uma raça sobre as demais.Este uso visa justificar e consentir atitudes de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> discriminação e perseguição contra as raças que se consideram inferiores (BOBBIO, 1998, p. 1059).

No Brasil, no ano de 1950, com o apoio da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciências e Cultura (UNESCO), foram feitas pesquisas tendo como tema as relações raciais, com o objetivo de demonstrar a realidade dessas relações, pois até aquele momento, havia a crença de que tais questões eram tratadas de forma harmônica e pacífica, sendo o Brasil um lugar que une as diferenças de maneira exemplar e democrática. Ocorre que, a verdade mostrada pelas pesquisas era a de que, a sociedade brasileira é marcada pelo preconceito e discriminação racial, que determinam vigorosamente a posição social e econômica dos brasileiros.

> Já se tornou senso comum na literatura sobre as relações raciais no Brasil, conceber o ciclo de estudos patrocinado pela Unesco, no início dos anos 50, como momento de ruptura com a tradição "culturalista" acerca das interações entre brancos e negros no país.(...) Evidenciou - se uma forte correlação entre cor ou raça e status socioeconômico. A utopia racial brasileira foi colocada em questão.(...) (MAIO, p.116, 2000)

Complementando o parecer sobre a pesquisa, SCHWARCZ (1999) diz que,

> Tudo isso indica que estamos diante de um tipo particular de racismo, um racismo silencioso e sem cara que se esconde por trás de uma suposta garantia de universalidade e da igualdade das leis, e que lança para o terreno do privado o jogo da discriminação. Com efeito, em uma sociedade marcada historicamente pela desigualdade, pelo paternalismo das relações e pelo clientelismo, o racismo só se afirma na intimidade. E da ordem do privado, pois não se regula pela lei, não se afirma publicamente (...) (SCHWARCZ,1999, p.182)

Até recentemente, o Brasil não reconhecia a existência das desigualdades e da discriminação racial, sendo um preconceito velado e, por causa disso, o Estado se manteve omisso frente as injustiças e exclusão resultantes delas. Ressalta-se que, somente com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988, o racismo, em suas variadas manifestações, foi legalmente criminalizado, visando o combate de práticas como essas.

A Lei Maior brasileira de 1988 defende a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Além disso, proíbe o preconceito e qualquer outra forma de discriminação, expressa a repulsa ao racismo no âmbito das relações internacionais, prevê que a lei punirá qualquer forma de discriminação que viole os direitos e garantias fundamentais, criminaliza a prática do racismo, proíbe a diferença de salários e de critério de admissão por motivo de cor, e atribui ao Estado o dever de colocar a criança a salvo de toda a forma de discriminação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.1 Racismo e Injúria racial: À aplicação criminal sob a ótica brasileira

O racismo e a injúria racial são dois tipos de discriminação racial extremamente presentes na realidade brasileira, e que geram uma série de impactos à sociedade quando se diz respeito à sua incidência no cotidiano populacional.

Porém, em razão de possuírem radicais semelhantes em suas grafias, a altercação presente entre estes dois vocábulos não é percebida pela maioria dos indivíduos, dessa forma o senso comum tornou-se elemento caracterizador e unânime no momento de classificação do conceito do que é o racismo, e o que é injúria racial, fazendo com que não haja distinção propriamente dita entre estes dois vocábulos, tendo o mesmo significado. Entretanto, o que a maioria da coletividade não tem conhecimento, é que existe uma distinção fundamental entre o termo racismo e o termo injúria racial quanto à sua aplicabilidade e quanto á juridicidade que lhe são conferidas. Desta feita, importa-se primeiro definir o que significa cada um deles seguindo a ótica doutrinária e legalista brasileira.

A injúria racial está tipificada, como uma qualificadora do crime de Injúria, no Art. 140 § 3º no título I, capítulo V da parte especial do Código Penal Brasileiro vigente desde 1940, e expressa que será qualificadora "Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência". (BRASIL, 2015, p.364)

Assim, estabelece este dispositivo que, caso o crime de Injúria tenha cunho racial, será cominada pena, para o infrator, de reclusão de um a três anos e multa. Ressalta-se que à ação penal aplicável a este crime tornou-se, recentemente, pública condicionada à representação do ofendido, sendo o Ministério Público detentor de sua titularidade.

Além disso, encontra-se definições precisas sobre injúria qualificada pelo preconceito racial também na doutrina, como conceitua Mirabete,

> O crime de injúria por preconceito consiste como já se tem decidido em ultraje a outrem, por qualquer meio, em especial de palavras racistas e pejorativas, deixando-se patenteada a pretensão de, em razão da cor da pele, por exemplo, se sobrepor à pessoa de raça diferente (MIRABETE, 2003, p. 169).

Com efeito, no delito de injúria preconceituosa, a finalidade do agente, ao fazer uso de elementos que estão ligados à raça, cor, etnia, origem, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, é atingir a honra subjetiva da vítima. Sendo este um bem jurídico protegido pelo Estado, por meio da previsão legal do crime em questão.

Ao contrário do delito previsto no Art. 20 da Lei nº 7716/89, denominada como Lei de Crimes Preconceito, Raça ou Cor, na qual está tipificado o crime de racismo. Destaca-se que o mesmo será tratado e especificado com fontes doutrinárias bem como jurídicas neste tópico.

O Art. 20 da lei 7716/89 prevê: "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" (BRASIL, 2015, p.1024). Como doutrina ou ideologia, entende-se que o racismo defende uma hierarquia existente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

entre os grupos humanos, assim, definidos em raça, numa escala de superior à inferior, segundo critérios formulados em diversas bases: científicas, sociais, culturais ou religiosas.

Portanto o crime de racismo implica em conduta discriminatória dirigida a um determinado grupo ou coletividade. É um crime considerado mais grave pelo legislador do que a injúria qualificada pelo quesito racial, pois trata-se de ação penal pública incondicionada, ao contrário da injúria que é condicionada à representação do ofendido. E também caberá ao Ministério Público a legitimidade para processar o ofensor.

A doutrina tem alertado para o fato, de que como também mencionado anteriormente, a conduta relativa ao tipo de injúria qualificada é confundida com o crime de racismo, mais grave, já que além de ser crime de ação penal pública incondicionada, é imprescritível e inafiançável.

Dispõe Cezar Roberto Bitencourt sobre o assunto:

> Desde o advento da presente lei, têm-se cometido equívocos deploráveis, pois simples desentendimentos, muitas vezes, sem qualquer comprovação do elemento subjetivo, têm gerado prisões e processos criminais de duvidosa legitimidade, especialmente quando envolvem policiais negros, e se invoca, sem qualquer testemunho idôneo, a prática de "crime de racismo", ou, então, em simples discussões rotineiras ou em caso de mau atendimento ao público, independentemente do que de fato tenha havido. (BITENCOURT, Cezar Roberto, 2007 p. 321).

Definidos o crime de racismo e injúria racial devidamente conforme a legislação brasileira bem como seus doutrinadores, nota-se que a distinção entre os crimes é imperceptível no que tange à forma da sociedade analisar e muitas vezes até pelos órgãos julgadores.

Deixando de lado as conceituações dos delitos, nota-se que a sociedade brasileira anseia por um tratamento mais rigoroso contra os autores de crimes que envolvem preconceito. A atual legislação prevê essa diferença mais acentuada de tratamento entre o crime de racismo e de injúria racial, sendo recomendável uma alteração legislativa para conferir uma punição mais enérgica e severa àquele que comete delito motivado em preconceito de raça, ainda que com uma mera ofensa, sobretudo, numa sociedade orientada por uma Constituição que, em seu art. 3º, determina que é objetivo do Estado "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

2.2 As Repercussões constitucionais e de Direitos Humanos dos Crimes de Racismo e Injúria Racial

O pensamento ideal de sociedade, é que ela possa se constituir uma universalidade construída com base no valor individual de cada pessoa. Tal concepção se dá uma vez que o homem é "o ente cujo sentido de universalidade é impensável sem o reconhecimento concomitante do valor singular intocável de cada subjetividade" (REALE, 1999).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Porém, as pessoas partindo de concepções firmadas em um "modelo ideal", compreendendo este como uma forma perfeita e genérica – padronizada – de ser humano, direciona, assim, seus pensamentos de igualdade. Ressalta-se que, a igualdade pode ser vista como matéria de regulamentação dos Direitos Humanos, - e por isso trazem enormes críticas por parte de movimentos antirracistas – mas indiretamente tendem a avultar as intolerâncias inclusive raciais, de forma a oprimirem e segregarem quem é considerado incomum.

Em relação a isso, Kabengele Munanga (2004), em um discurso à Comissão Nacional de Direitos Humanos, aduz:

> (...) Existe, sim, uma identidade humana, mas essa identidade é sempre diversificada segundo os modos de existência e de representação e as maneiras de pensar, de julgar e de sentir próprias das comunidades culturais e de língua, de sexo, às quais pertencem os indivíduos, e que são irredutíveis a outras comunidades;

Além de Ricardo Franklin (2004): "Aqui no Brasil, sabe-se da discriminação, mas não se fala a respeito. Para nós, brasileiros, a discriminação é considerada um problema do outro."

Dessa maneira é possível perceber o quão mitigadas são as igualdades ao se chocarem com a comunidade diversificada que Munanga diz pertencerem os indivíduos, e que são irredutíveis a outras comunidades. Em função disso há uma dificuldade ao se tratar de conflitos raciais. Uma vez que, em uma sociedade na qual se deve unir as pessoas sem as segregar, utilizando de suas diferenças como um aspecto real e concreto de forma a se alcançar um status de complemento que deve ser tratado com respeito, é mais necessário que entender sobre discriminação ou racismo, que as pessoas utilizem de tal conhecimento para auxiliar na tutela efetiva do ser humano.

Em prol de um combate ao racismo e outros atos racistas e discriminatórios, de forma a resguardar os direitos individuais de cada pessoa mediante o Princípio da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, a Constituição da República traz em si dispositivos tais como o artigo 3º "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." (BRASIL, 2015, p.19)

Mais adiante, no art 5º, XLII

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à prosperidade, nos termos seguintes:
>
> XLII – A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. (BRASIL, 2015, p.22)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para os princípios e regras constitucionais serem concretizados a fim de resguardar os direitos fundamentais de cada cidadão, houve a criação pelo legislador, da lei nº 7.716, de 5 de Janeiro de 1989, com alteração feita pela Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Por não haver uma definição de preconceito, discriminação e racismo na Constituição Federal, logo, é de encargo da doutrina ou da jurisprudência fazê-la, dessa forma pôde-se nomear juridicamente tal lei como uma "norma em branco".

Uma vez que o Estado, mediante seu poder de legislar, encontrou razão para a proteção de direitos e garantias individuais, como cláusulas pétreas que nem mesmo podem ser abolidas, é válido ressaltar que a responsabilização de quem realiza a ofensa ao bem jurídico (honra) demonstra uma forma de se efetivar o cuidado que impulsiona a convicção de que é possível a tutela necessária à cada pessoa na medida de suas diferenças.

2.3 O direto à indenização Criminal para os crimes de Racismo e Injúria Racial

Em decorrência do advento da Constituição da República de 1988, a qual apresentou como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, o instituto dano moral tornou-se relevante, e, a partir dele, foi possível perceber a notável necessidade e o interesse próprio do Estado de garantir o direito à reparação pelo dano moral sofrido em decorrência de algum fato específico capaz de ferir subjetivamente o indivíduo. Com a finalidade, pois, de determinar a proteção jurídica, a Lei Maior, em seu Art.5º, inciso X, expressa o direito à indenização por referidos danos, sendo estes conceituado como

> (...) práticas que constrangem, injustamente, outrem, causando-lhe sofrimentos na esfera moral. São os que atingem à honra, nome, reputação; são também, os que ferem os sentimentos mais profundos da pessoa humana.(NADER, p.30).

Salienta-se que, a violação aos direitos da personalidade é um ato ilícito que pode ser confirmado pelo Art.186 do Código Civil de 2002. Nesse caso, é cabível danos morais, suscetíveis à indenização. Esta, de acordo com o autor civilista Paulo Nader (2010), assume duplo papel, o primeiro, de propiciar à vítima uma compensação pelo mal sofrido ou, o segundo, a finalidade de evitar condutas dessa natureza. Essa compensação, conforme explica Rosenvald (2014), refere-se a bens extrapatrimoniais, que são equivalentes a danos morais sendo, portanto, sinônimos.

Segundo este mesmo doutrinador, existem fatos que possuem consequências tanto civis como penalistas, nesse caso o sistema é de relativa independência. O código de processo penal, em seu artigo 64 determina que "sem prejuízo no disposto do artigo anterior, a ação para o ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil". (BRASIL, 2015, p.406)

Diante disso, pode-se fazer um paralelo entre o que foi acima exposto e o crime de Racismo e de Injúria Racial, uma vez que estes ilícitos são puníveis tanto no direito civil como também na esfera penal, em razão de existirem confluências entre eles e porque, em ambos os casos, trata-se de um contrato social não pacificado que reclama a intervenção do

ordenamento jurídico. Os fatos tipificados nos âmbitos civil e criminal, pois, compartilham a mesma essência: um ato antijurídico praticado por uma pessoa imputável. A jurisdição brasileira, com o propósito de operar o direito, divide-se em competências distintas, a fim de potencializar seu objetivo de expressar e garantir eficácia do seu dever ser. Dessa maneira, há divisão entre juízos cível, este deverá reparar os danos, e juízos criminais, o qual deve apurar processos penais.

O crime de racismo, Lei 7716/89 e o Art. 140 do Código Penal, portanto, exemplifica o presente raciocínio sobre esse assunto, uma vez que o racismo é conceituado como "uma atitude depreciativa, que não se baseia em criações científicas, em relação a grupos sociais e étnico".

É possível perceber, nesse crime, a configuração de outro fato contrário ao direito além do prejuízo à honra, o dano moral, pois ao proferir ofensa a uma pessoa em razão de sua raça, etnia ou religião, a dignidade é ferida, gerando consequências danosas ao sujeito e alteração de seu estado psíquico. Dessa forma, a responsabilidade civil é centralizada na pessoa da vítima e em um fato passado que causou danos a esta, possuindo, portanto, uma finalidade reparatória a cargo do ofensor. Assim, objetiva a tutela de interesses privados do autor da demanda, sendo a ação judicial promovida pelo próprio titular do direito. Ressalta-se que, a reparação civil pode ser transferida aos herdeiros, que se responsabilizam até o montante que recebam na herança (Art. 174 CC)" (Rosenvald, p. 132, 2014).

Destaca-se também que, a indenização devida ao caso será estimada pelo poder judiciário e deverá ser paga em dinheiro. Assim, nessa perspectiva, a indenização somente irá ter o caráter delimitado de compensar à vítima, porque entende-se que o valor monetário é incapaz de corrigir e restaurar, integralmente, a condição anterior da pessoa antes do fato como se ele nunca tivesse acontecido.

Complementando o assunto, o Art. 935 do Código Civil diz que "a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal". (BRASIL, 2015, p.180)

> Mediante o exposto, um dos possíveis efeitos de uma condenação criminal será a obrigação de indenizar a vítima, se esta provocar o juízo cível.

2.3 O caso Ellwanger e a decisão do STF sobre o crime de racismo

Em dezembro de 2002, houve o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de um habeas corpus, que é um meio de garantia que protege com rapidez todo aquele que sofre violência ou ameaça de constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção, por parte de qualquer autoridade legítima. Logo, é uma medida utilizada para a proteção de garantias fundamentais de forma a limitar a ação arbitrária do Estado.

Siegfried Ellwanger era escritor e, segundo a Folha de São Paulo, dedicava- se de maneira sistemática e deliberada a publicar livros notoriamente anti-semitas, como os "Protocolos dos Sábios de Sião", e a denegar o fato histórico do Holocausto, como autor do livro "Holocausto - judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século". Por esse motivo foi processado pelo crime de Racismo e a medida (HC 82424) foi interposta em favor dele,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mas levou nove meses para ser concluída. Em 12 de dezembro de 2002, o ministro Maurício Corrêa ao pedir vista ao voto do ministro Moreira Alves, que defendeu a tese que os judeus não podem ser considerados uma raça, suspendeu o julgamento ao questionar a sua interpretação semântica. Em abril de 2003, o recurso voltou ao Plenário e o mesmo salientou:

> Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam no planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou mulçumanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem. (MIN. MAURÍCIO CORREA)

Em junho, a votação alcançou indeferimento em sua maioria de ministros por 7 votos a 1, mas o Ministro Marco Aurélio pediu vista no recurso. Em 17 de setembro de 2003 o julgamento foi encerrado pelo ministro Sepúlveda Pertence negando o pedido de habeas corpus alegando "A discussão me convenceu de que o livro pode ser instrumento da prática de racismo. Eu não posso entender isso como tentativa subjetivamente séria de revisão histórica de coisa nenhuma"

O voto do ministro Maurício Corrêa foi fundamental para a ampliação da interpretação constitucional de forma a obter melhor alcance da norma ao se levar em consideração fatores históricos, sociológicos, etc. Houve o entendimento que a discriminação contra os judeus feita por Ellwanger, buscava dar certa credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista e que houve dolo manifesto na publicação de seus livros ao considerar os judeus como um segmento racial tradicionalmente inferior. O Estado Democrático de Direito tem como base padrões éticos e morais de igualdade e respeito, que são definidos na Constituição da República Federativa do Brasil como pode ser observado em seu artigo 5º, inciso XLII: "A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei." (BRASIL, 2015, p.22)

Logo, pode-se perceber que a liberdade de expressão não é absoluta, uma vez que frente à dignidade da pessoa humana, não lhe é permitido ultrapassar os limites de modo que fira os princípios e garantias constitucionais.

2.4 Os Crimes de Racismo e Injúria Racial na internet: histórico e nova situação jurídica.

Os séculos XX e XXI são marcados por um forte avanço tecnológico no mundo. Por causa disso, são inúmeras as inovações nos diversos campos de desenvolvimento humano podendo ser percebido desde à área militar e de defesa, até em invenções de uso civil e doméstico. Entre as diversas novidades proporcionadas por essa terceira Revolução

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Industrial, pode-se destacar duas ferramentas que transformaram não somente a vida profissional, mas também as relações sociais, quais são o computador e a internet.

As máquinas que viriam a dar origem aos computadores, primariamente, eram usadas exclusivamente para operações matemáticas - o termo computador já foi usado no passado para descrever uma pessoa responsável pela realização de algum cálculo - sendo atribuído, por muitos anos, a invenção da primeira máquina a Blaise Pascal, no século XVII. Entretanto, descobertas recentes atribuem a Wilhelm Schickard o crédito da criação de uma máquina que podia somar, subtrair, multiplicar e dividir, ainda em 1623, mas perdida durante a Guerra dos Trinta Anos. Com os avanços na indústria, mais especificamente na área têxtil, surgiu a necessidade de que as máquinas de tecer produzissem padrões de cores diferentes. Joseph Marie Jacquard cria assim, em 1801, um tear mecânico que realiza a leitura automática de cartões. Esta ideia inspirou Charles Babbage, que pretendia calcular polinômios por meio de diferenças, criando uma máquina de calcular que funcionasse através de cartões, e realizasse cálculos de até 50 números. Com base nesse calculador analítico de Babbage, a Marinha americana, junto a universidade de Harvard, desenvolveu o Harvard Mark I, abrindo caminho assim àqueles que viriam a ser os primeiros computadores atuais.

Como uma invenção mais tardia, a internet surgiu na década de 60, por meio de pesquisas militares no período da Guerra Fria. Este conflito entre os dois blocos, o capitalista e o comunista, representados respectivamente por Estados Unidos e União Soviética, estimulava os avanços nas mais diversas áreas com a intenção de pudessem se sobressair em relação ao rival, ambos, portanto, entendendo a enorme importância, cada vez maior, dos meios de comunicação. Em razão de temer o vazamento e a destruição de informações sigilosas que os tornariam vulnerável a ataques soviéticos, os Estados Unidos começaram a desenvolver uma tecnologia de armazenamento e troca de informações que permitisse descentralizar as mesmas, não sendo elas afetadas em caso de ataque a uma base. Foi criada assim a rede ARPANET, desenvolvida pela ARPA, que dividia as informações em pequenos pacotes que continham os dados, endereço do destinatário e trechos da informação, permitindo sua remontagem. Dessa forma, em 29 de Outubro de 1969 é enviado o primeiro e-mail na história, que consistia apenas na palavra “login”, que parou de enviar as informações após a letra “o”.

Com a diminuição da tensão entre os dois blocos, a chamada “coexistência pacifica”, o governo americano consentiu que as universidades pesquisassem e desenvolvessem a rede devido ao aumento no número de acessos, criando, pois, a MILNET, voltada a área militar, e a nova ARPANET, com localidades não militares. Em razão da maior liberdade proporcionada, o desenvolvimento da rede pôde acontecer. Destaca-se que, em âmbito atual que, até maio de 2015, o número de pessoas conectadas, ao que atualmente é chamado de Internet, já chegava a 3,2 bilhões.

Com o surgimento dessas duas invenções, foi possível favorecer a praticidade, a qual vem sendo oferecida aos indivíduos, em maior potencialidade com o decorrer dos anos. Além disso, por meio de estímulos governamentais, um número em crescimento exponencial de pessoas começou a usar tais ferramentas visando diversos fins, desde a pretensão profissional até à utilização como forma de lazer.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ocorre que, apesar da tecnologia ter apresentado muitas vantagens como essas, surgiu, como produção de efeitos negativos e repudiados, a divulgação de manifestações pessoais indevidas e absurdas direcionadas a outrem, ofendendo-lhe a dignidade e a honra subjetiva. Tais expressões impróprias são proliferadas rapidamente por meio da rede alterando, com isso, as relações em sociedade, pois provém de um novo ambiente, o qual tem como aliada à privacidade e anonimato, além da possibilidade de hospedar site em países diferentes, criaram um ambiente fértil para a criação de locais onde se discutem e promovem ideias e atitudes torpes. Tudo isso, levou ao surgimento de uma situação jurídica peculiar.

Portanto, os crimes de xenofobia, homofobia, intolerância religiosa e incitação à violência são apenas poucos dos vários exemplos de conteúdo preconceituoso presentes na rede. Devido a isso, chega a ser aconselhado que, aquele que deseja navegar tenha certa discrição para evitar se tornar um alvo de indivíduos de má índole.

São muitos os casos de injúria racial praticados com o uso da internet, tanto em sites como nas redes sociais. Pode-se dar como exemplo as agressões sofridas pela repórter Maria Júlia Coutinho, na rede social Facebook, a mesma foi chamada de "preta imunda" e acusada de somente conseguir o emprego por meio de cotas. Até mesmo o atual presidente americano Barack Obama se viu vítima de ofensas raciais, chegando a receber ameaças contra a sua vida, que se mantém até hoje em meio a opositores políticos mais radicais. Percebe-se, dessa forma, que referida situação de anonimato e comodidade possibilita que agentes criminosos, incluindo aqueles que não exibem nenhum comportamento intolerante no seu dia a dia, expressem seus pensamentos, pois o ambiente virtual cria uma ilusão de inatingibilidade.

Apesar de se pensarem inatingíveis, os crimes de injúria racial cometidos na internet, no Brasil, são condenados penalmente, sendo aplicado o parágrafo 3º, artigo 140 do Código Penal, que dispõe sobre a citada infração, e a Lei Nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, mas sendo recomendado que a vítima tenha em mãos provas do crime, já que se tem uma grande facilidade em apagar conteúdo e impossibilitar que se leve à justiça aquele que violou a lei. Essa possibilidade de atuação da justiça em ambiente virtual é reforçada pela lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, o chamado Marco Civil da Internet, que promove entre outros valores, a honra e a dignidade da pessoa humana na internet.

Um exemplo de prática do crime de racismo, resultando em uma condenação, ocorreu no dia 18 de abril de 2007, quando um indivíduo que se auto intitulava um "skinhead" proferiu declarações preconceituosas relacionadas a judeus, negros e nordestinos, no site do fórum de discussões do Correioweb. O acusado teria escrito: *"Na verdade não sou apenas antissemita. Sou skinhead. Odeio judeus, negros e, principalmente, nordestinos"*. O réu prosseguiu, reafirmando sua postura: *"Não, não. Falo sério mesmo. Odeio a gentalha a que me referi"*. Apesar da defesa do agente ter alegado não haver o dolo especifico para caracterização do crime de racismo, o juiz Fernando L. de L. Messele, na sentença condenatória, citou o parecer do Ministério Público: *"Propagar por meio de comunicação social esse tipo de 'opinião' configura, sim, o crime de racismo objeto do art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89. A conduta, portanto, foi dolosa e apresentou o elemento do preconceito de raça e procedência, tal como ressaltado na jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal"*. O réu foi condenado a pena de 2 anos de reclusão e multa no valor de

10 salários mínimos, com a conversão da pena restritiva de liberdade em restritiva de direito, conforme o previsto pela legislação.

A situação tende a se complicar quando o indivíduo usa dos meios proporcionados pelo caráter descentralizado da internet, aliados ao seu anonimato e a privacidade, bem como instrumentos que ocultem sua identidade para praticar seus atos. Não é incomum que uma página usada para dirigir uma injúria racial a certa pessoa esteja hospedada em um servidor de outro país, muitas vezes aqueles onde a investigação seja mais dificultada ou o controle mais ineficaz, lesando o processo de esclarecimento do caso. A situação pode se agravar ainda quando alguém de um país hospeda seu site no servidor de outro, dirigindo suas ofensas àquele de uma nação diferente das duas últimas. Estratégias como essas são utilizadas majoritariamente por aqueles envolvidos em crimes dispostos na Convenção de Budapeste, que é um tratado internacional ratificado por 19 países (o Brasil não tem participação), e que dispõe sobre crimes praticados na internet, sendo o único tratado internacional de combate aos crimes cibernéticos. Vale ressaltar que esse tratado não tem em seu conteúdo nada que se refira a injuria racial.

No Brasil, seguindo os termos do Inciso V, artigo 109 da Constituição da República, não é de competência federal a investigação dos casos de injúria racial com o uso da internet, já que esses não ofendem bens, interesses ou serviços da União e não violam tratados que o Brasil é signatário, bem como o fato da injúria racial não ser dirigida a um grupo de pessoas, ficando a competência a cargo da Justiça estadual. Essa situação faz com que indivíduos que desejem usar da internet para injuriar racialmente alguém, usem dos meios disponíveis, dificultando assim que a vítima consiga realizar alguma ação legal contra o infrator ou grupo de infratores.

3.CONCLUSÃO

Este artigo trouxe uma reflexão e análise sobre os crimes de Racismo e Injúria Racial. Visando que se desse de forma otimizada, tratou-se também do conceito de raça, em foi possível perceber o significado genérico, além do desenvolvimento da errônea ideia de diferenciação dos serem humanos em raças classificadas de maneira hierárquica.

Foi abordada também sobre a diferenciação jurídica do racismo e da injúria racial, uma vez que não pode haver confusão entre esses ilícitos, pois ao longo da presente exposição foram pontuadas as suas discrepâncias e sua ocorrência, inclusive em ambiente virtual. Neste, há uma nova realidade social advinda com a evolução tecnológica e que, por isso, demanda uma regulamentação diferenciada pelo ordenamento, que anteriormente não poderia ser prevista, sendo ainda um âmbito propicio para a consumação dos crimes de racismo e injúria racial, uma vez que o anonimato alimenta essas condutas contrárias a lei. Dessa forma, os crimes foram tratados em âmbito legal, observou-se assim a forma com que o mundo jurídico acompanha e reage frente as discriminações.

Além disso, o presente trabalho interdisciplinar não restringiu sua reflexão apenas à luz do Código Penal, mas refletiu também sobre o âmbito de atuação de outros ramos do direito em pontos interligados, e como o Supremo Tribunal Federal compreendeu o objeto desse estudo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com essa conjuntura, pretendeu-se o entendimento sobre a manifestação dos crimes de racismo e injúria racial. Foi possível concluir apesar de serem duas formas de discriminação racial distintas quanto à aplicabilidade e forma de punição, porém essa distinção é muitas vezes imperceptível pela população.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Mariana de Cássia. **A reparabilidade do Dano Moral transindividual.** Revista Jurídica: Orgão Nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 57.n.379. p.77-111. Abril de 2009

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de direito Penal**, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 321.

BOBBIO, Norberto et all. **Dicionário de Política.** Vol 1. Brasilia: Editora Universidade de Brasília. 11ª edição, 1998.

BORRI; Luiz Antonio, Competência **nos Crimes Contra a Honra Cometidos na Internet.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2012-out-09/luiz-borri- competencia-crimes-honra-cometidos-internet > . Acesso em 05 mai.2020

BRASIL. Código Civil (2002). **Código civil.** In: ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum acadêmico de direito RIDEEL. 20.ed. São Paulo: RIDEEL, 2015. p.145-231.

BRASIL. Código de processo penal (1941). **Código de processo penal.** In: ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum acadêmico de direito RIDEEL. 20.ed. São Paulo: RIDEEL, 2015. p. 403-446.

BRASIL. Código Penal (1940). **Código penal.** In: ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum acadêmico de direito RIDEEL. 20.ed. São Paulo: RIDEEL, 2015. p. 353-382.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** In: ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum acadêmico de direito RIDEEL. 20.ed. São Paulo: RIDEEL, 2015. p.19-80.

BRASIL. **Lei 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. In: ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum acadêmico de direito RIDEEL. 20.ed. São Paulo: RIDEEL, 2015. p.1024- 1025.

BRASIL. **Lei nº. 12.965** de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Seção 1, p. 1-3. Disponível em: < http://www.jusbrasil.com.br/diarios/69354783/dou-secao-1-24-04-2014-pg-1

> Acesso em 05 mai. 2020

BRASILIA. Tribunal de Justiça. **Processo 2012.01.1.098316-9.** Ação Penal - Procedimento Ordinário. Crimes Resultante de Preconceito de Raça ou de Cor (DIREITO PENAL, Crimes Previstos na Legislação Extravagante), autor: Ministério Público, réu: Leonardo Licio do Couto. Incidência Penal. Denúncia. Disponível em: <

http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNU PROC=20120110983169 > Acesso em 5 mai.2020

DAMATTA, Roberto. 1936. **O que faz o brasil, Basil?.** / Roberto DaMatta. Rio de Janeiro: Rocco: 1986. 111 p.

FACHINELLI CAVALCANTE; Waldek, C**rimes Cibernéticos: Noções Básicas de Investigação e Ameaças na Internet.** Disponível em: < http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj054548.pdf > Acesso em 05 mai. 2020

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: volume 3 : responsabilidade civil**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo, SP: Atlas, 2015. 936 p.

KRAEMER ABREU; Karen Cristina, **História e Usos da Internet.** Disponível em: < http://www.bocc.ubi.pt/pag/abreu-karen-historia-e-usos-da-internet.pdf > Acesso em 05 mai.2020

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico.** 24.ed. Rio de Janeiro, RJ: J Zahar, 2009. 117 p.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Manual de Direito Penal**, vol. II, 20ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 169.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil : volume 7 : responsabilidade civil.** 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2013

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias**. 2. ed. 1999. Saraiva

RIO GRANDE DO SUL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2.** Tribunal Pleno. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência Costitucional. Liberdade de expressão. Disponível em: < http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms > Acesso em 14 abr. 2020

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica.**4. Rio de Janeiro Forense 2015

SAMPAIO DUARTE; Rosana Beatriz, **A Internet Como Meio de Propagação do Racismo Afro-Brasileiro.** Disponível em: < http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/1669/2/20214751.pdf. > Acesso em 05 mai.2020

SARLET, Ingo Wolfgang**. A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015

SCHWARCZ, Lilia Moritz, **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil- 1870-1930**, São Paulo, editora Schwarcz LTDA, 1993.

SILVA, Marcus Vinícius de Oliveira. (Org) CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (BRASIL). **Psicologia e direitos humanos: subjetividade e exclusão.** São Paulo:

Casa do Psicólogo, Brasília, DF: Conselho Federal de Psicologia, 2004. 242 p. (Psicologia e direitos humanos)

SOUZA, Simone Maria de. **O conceito de Raça na sociologia contemporânea**. Etnicidade e Raça . XII Congresso brasileiro de sociologia.

- VAZ, Daniel Ribeiro. **Racismo x Injúria Racial: Uma análise sob a ótica do Direito Civil Constitucional.** Artigos JusBrasil. 2012. Disponível em

<http://danielvaz2.jusbrasil.com.br/artigos/121816638/racismo-x-injuria-racial-uma-analise-sob-a-otica-do-direito-civil-constitucional> Acesso em 12 abr. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ELEIÇÕES 2020 E A SEGURANÇA PÚBLICA MUNICIPAL. E AÍ?

WILLIAM SÉRGIO ANTUNES DE CAMPOS: Bacharel em Gestão Pública para o Desenvolvimento Econômico e Social- UFRJ; Pós-graduado especialista em Políticas e Gestão de Segurança Pública- UNESA; Pós-graduado especialista em Gestão Pública Municipal- UFF; Servidor policial da Guarda Municipal do Rio de Janeiro- GMRIO; e ex-Corregedor Geral da Secretaria Municipal de Segurança , Ordem Pública e Defesa Civil da cidade de Guapimirim- RJ.

Resumo: As eleições 2020 estão as portas e notamos um direcionamento quanto a previsão dos municípios assumirem a sua parcela de responsabilidade no sistema de segurança pública criado na Carta Magna de 1988 e que passa pelo debate da real função que as Guardas Civis Municipais devem ocupar nesse cenário. O presente artigo procura através das legislações pertinentes responder a seguinte questão: a Guarda Municipal é polícia? E assim ajudar a construir uma perspectiva e direcionamento político que contemple uma nova filosofia de segurança cidadã para os municípios, especialmente no Estado do Rio de Janeiro.

Palavras- chave: Eleições, Polícia, Segurança Pública. Guarda Municipal.

Estamos vivenciando um momento crucial, as portas do pleito municipal e temos acompanhado os debates, lives, reuniões utilizadas para fazer chegar as propostas dos candidatos ao cargo de prefeito e vereador aos eleitores, e nesse bojo trataremos de um tema específico: a segurança pública municipal. Há muitas dificuldades de interpretação e especialmente compreensão da filosofia que os municípios devem adotar diante de um assunto tão importante para a sociedade, ou seja, a sua efetiva proteção e a redução dos índices criminais em seu território. Notamos um direcionamento em comum no tocante ao pensamento de que os municípios devem assumir a sua parcela de responsabilidade no sistema de segurança criado pela Constituição Cidadã em 1988, porém, e aqui jaz a problemática, como? Dúvida que paira, principalmente quanto a percepção e concepção das Guardas Civis Municipais e sua função policial. Acreditamos que respondendo a questão básica: a Guarda Municipal é polícia? Podemos dirimir a dúvida e assim conferir um novo enfoque sobre essas instituições, dando segurança nos argumentos utilizados e possibilidades de, seja candidato ou políticos em exercício, nortearem suas propostas e diretrizes políticas que visem fortalecer um sistema de segurança cidadã[90] municipal autônomo, integrado e compartilhado com as demais forças de segurança estaduais e federais, e não apenas conceber

[90] Modelo de segurança que objetiva cuidar do ser humano promovendo o controle na esfera da prevenção, sempre procurando a integração e compartilhamento de informações entre as instituições policiais responsáveis pela segurança pública e/ou ainda propõe uma gestão articulada, com políticas de repressão e prevenção qualificada visando reduzir a incidência de crimes propondo de forma pontual e efetiva através de diálogo e cooperação interinstitucional e participação social o melhor meio de gerir questões relacionadas à proteção dos direitos e garantias do cidadão. CAMPOS, William Sérgio Antunes de. **A segurança cidadã e a garantia do policiamento preventivo pelas guardas civis municipais: Guapimirim. Um projeto modelo para o futuro.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 nov. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50047/a-seguranca-cidada-e-a-garantia-do-policiame nto-preventivo-pelas-guardas-civis-municipais-guapimirim-um-projeto-modelo-para-o-futuro>. Acesso em: 08 nov. 2020.

os municípios como mero cofinanciador de programas privados que oneram ainda mais a sociedade e tornam inefetivas a filosofia e as práticas de polícia cidadã, preventiva, que é a essência e função institucional das Guardas Civis Municipais previstas em lei como veremos.

Sem delongas, a Guarda Municipal é polícia? A resposta é simples, SIM. Para ser polícia, ao contrário do que muitos pensam, não necessariamente uma instituição deva possuir essa nomenclatura, o que define o "ser polícia" são as funções constitucionais e institucionais que direcionam a execução de atividade policial, ou seja, na sua função precípua conforme previsto no caput do artigo 144 da CF/ 1988, **preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio** e as funções específicas, por exemplo, o **policiamento ostensivo** para as Polícias Militares e a função de **polícia judiciária** para as Polícias Civis dos Estados, e aqui reside a questão da inovação que a Carta Magna de 1988 proporcionou ao estender aos municípios essa responsabilidade na tentativa de romper com o que chamamos de *organização concorrente histórica*[91], não de forma obrigatória, mas a partir da possibilidade de criação das guardas municipais. Estas são as instituições com prerrogativas do exercício da atividade policial nos municípios conforme disposto no § 8º da CF/ 1988: "(...) ***os municípios poderão constituir*** guardas municipais ***destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações,*** conforme dispuser a lei" (grifo nosso). Tal dispositivo gerou, no Estado do Rio de Janeiro, especialmente, uma *interpretação reducionista*[92] na forma de conceber e direcionar as guardas municipais como meros vigilantes patrimoniais e desarmados nas ruas, interpretação de lei não seguida em várias outras cidades brasileiras, e que, a evolução jurídica ao longo dos anos provou não ser a correta. Hoje através das leis promulgadas ao longo dos anos percebemos a real interpretação que o constituinte imaginou para essa previsão constitucional e para as guardas, ou seja, os municípios não são obrigados a criarem suas guardas municipais, porém, a partir do momento que assim o fazem, devem criar condições para estas assumirem a sua função de polícia municipal.

Pois bem, o § 7° da Constituição Cidadã/ 88 dispõe: "***A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública,*** de maneira a garantir a eficiência de suas atividades" (grifo nosso), dessa forma em 2014 foi promulgada a Lei Federal nº 13.022/2014 que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais que disciplina o § 8º do artigo 144 da CF/1988. A lei logo no seu artigo 2º aponta: *"Incumbe às guardas Municipais,* ***instituições de caráter civil, uniformizadas e armadas*** *conforme previsto em lei, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito federal"* (grifo nosso). Esta lei faz ainda mais, e aqui reside o cerne da resposta a supracitada indagação realizada neste breve artigo, quando define a interpretação da previsão constitucional do que significa proteger bens, serviços e instalações na Constituição Federal no momento que expressa as competências gerais em seu artigo 4° e

[91] Organização das polícias em âmbito estadual e federal. CAMPOS, William Sérgio Antunes de. **A GUARDA MUNICIPAL NO CONTEXTO DA SEGURANÇA PÚBLICA INTEGRADA: desafios e perspectivas no exercício funcional frente a demanda por segurança e proteção do cidadão.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 nov. 2020. Disponível em:<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Monografias-TCC-Teses- E-Book/ 38738/a-guarda-municipal-no-contexto-da-seguranca-publica-integrada-desa fios-e-perspectivas-no-exercicio-funcional-frente-a-demanda-por-seguranca-e-protecao-do-cidadao>. Acesso em: 08 nov. 2020.

[92] Interpretação simplista de alguns autores que entendem que a Guarda Municipal é somente responsável pela proteção dos próprios municipais. CAMPOS, William Sérgio Antunes de. **A importância dos fundos públicos na concepção da segurança cidadã municipalizada e efetiva.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 nov. 2020. Disponível em:<https://conteudo juridico.com.br/consulta/Artigos/55122/a-importncia-dos-fundos-pblicos-na-concepo-da-segurana-cidad-municipaliza da-e-efetiva. Acesso em: 08 nov. 2020.

específicas em seu artigo 5°, a real função policial da Guarda Municipal no direcionamento do exercício do **policiamento preventivo**, e para isso apontamos apenas dois incisos do artigo 5°:

> "(...) inciso II- prevenir e inibir, pela presença e vigilância, ***bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais*** que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais (grifo nosso); Inciso III- ***atuar, preventivamente e permanentemente,*** no território do município, ***para a proteção sistêmica da população*** que utiliza os bens, serviços e instalações municipais (grifo nosso)

e essencialmente no inciso III se desvanece a dúvida que pairava sobre o poder de polícia relativo às instituições policiais que estão elencadas no capítulo da segurança pública da CF/ 1988 e a as Guardas Municipais, ou seja, hoje não há nenhuma diferença legal, a que não seja a previsão da função específica de cada órgão. Assim, a Guarda Municipal e seus policiais ficam responsáveis pelo **policiamento**[93] **preventivo,** a Polícia Militar e seus policiais ficam responsáveis pelo **policiamento ostensivo**, e assim, cada órgão policial com sua competência no sistema de segurança pública vigente.

Para corroborar com a ideia acima exposta, em 2018 o governo federal promulgou a Lei Federal nº 13. 675/02018 que disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, além de outras providências, a lei institui o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) e reafirma em seu artigo 2º a premissa disposta no caput do artigo 144 da CF/ 1988: "a ***segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos,*** compreendendo a União os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito das competências e atribuições legais de cada um" (grifo nosso). Notemos que aqui o legislador especifica bem o termo "dever do Estado", que compreende os três entes federativos e o Distrito Federal. Para completar a obra, a lei do SUSP em seu capítulo III- DO SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA, artigo 9º, § 2º vai dispor: " são integrantes operacionais do Susp: (…) inciso VII- ***guardas municipais;*** (grifo nosso).

Do exposto não resta dúvidas da responsabilidade dos municípios pelo sistema de segurança pública no Brasil, e também a visão de que não há que se falar em segurança pública municipal sem alimentar a perspectiva do fortalecimento da função policial das Guardas Municipais (GM) e principalmente das peculiaridades de se fazer segurança em nível local, e por isso conjugar a iniciativa de se implantar uma filosofia diferenciada que trabalhe a transição do que entendemos por segurança pública para o conceito de segurança cidadã[94], pois esta se adéqua em sua concepção com as práticas e filosofia de polícia cidadã, e aqui mudamos somente a terminologia, pois esta está intrínseca na filosofia de policiamento comunitário que tem como premissa a ação preventiva da polícia convergindo assim com a

[93] Diferente de patrulhamento. CAMPOS, William Sérgio Antunes de. **A GUARDA MUNICIPAL NO CONTEXTO DA SEGURANÇA PÚBLICA INTEGRADA: desafios e perspectivas no exercício funcional frente a demanda por segurança e proteção do cidadão.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 nov 2020. Disponível em:<https://conteudo juridico.com.br/consulta/Monografias-TCC-Teses-E-Book/38738/a-guarda-municipal-no-contexto-da-seguranca-publica-integrada-desa fios-e-perspectivas-no-exercicio-funcional-frente-a-demanda-por-seguranca-e-protecao-do-cidadao>. Acesso em: 08 nov. 2020.

[94] FREIRE, Moema Dutra. **PARADIGMAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL: DA DITADURA AOS NOSSOS DIAS**. v3, n. 1, 2009. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index .php/aurora /article/view/1219>. Acesso em: 08 nov. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

função constitucional e institucional das Guardas Civis Municipais, o policiamento preventivo.

Precisamos institucionalizar a segurança municipal e isso só acontecerá pelo viés político que privilegie a valorização, qualificação, concessão das prerrogativas policiais aos servidores GMs e equiparação desta corporação as demais forças policiais, e assim possamos construir um sistema de segurança cidadã municipal autônomo e compartilhado e que seja realmente efetivo com as guardas exercendo o seu verdadeiro papel: de proteção sistêmica da população de sua cidade. As eleições estão as portas, no entanto aqueles que lograrem êxito na disputa eleitoral terão 4 (quatro) anos para avaliarem e viabilizarem as prioridades de seus respectivos planos de governo e direcionamento das políticas públicas que estarão em seus planos plurianuais, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Leis Orçamentárias, lembrando que uma cidade realmente segurança promove desenvolvimento socioeconômico, turístico, etc.

Que nossos gestores técnicos e políticos possam conjugar o tripé valorização policial-política- cidadão e reconhecer as Guardas Civis Municipais como nossas polícias de fato, pois de direito já são— que pese alguns projetos que visam pacificar definitivamente o assunto como a PEC 534/2002 e PEC 275/ 2016 por exemplo— e que também possamos ter no Rio de Janeiro os resultados que diversas cidades brasileiras alcançaram com uma política de segurança levada a sério, que obtém os menores índices de criminalidade[95], pois concebem suas Guardas Civis Municipais como instituição policial, civil, uniformizada e armada. Voltemos ao título desse breve artigo: eleições 2020 e a segurança pública municipal. E ai?

Dedicado a todos os guardas municipais do Brasil que não perdem a esperança e motivação na luta pelo devido reconhecimento .

REFERENCIAS

BRASIL. **Constituição (1988).** Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto. gov.br. Acesso em: 03 nov. 2020;

BRASIL. Lei nº. 13. 022 de 08 de agosto de 2014. **Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais**. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto. gov.br/ccivil _03/_ato2011-2014/2014/lei/l13022.htm >. Acesso em: 01 nov. 2020;

BRASIL. Lei nº. 13.675 de 11 de junho de 2018. **Disciplina a organização e o funcionamen to dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp); altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, a Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e a Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007; e revoga dispositivos da Lei nº 12.681, de 4**

[95] FERREIRA, Luís Roberto Cintra. **O PAPEL DAS GUARDAS MUNICIPAIS NA REDUÇÃO DE HOMICÍDIOS:** EVIDENCIAS EMPÍRICAS PARA O BRASIL. Fundação Getúlio Vargas. Escola de economia. Monografia, 2012. 44f. Disponível em: <https://bibliotecadigital .fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9948/O%20Papel%20das%20Guardas%20Municipais%20na%20Redu%C3%A7%C3 %A3o%20de%20Homic%C3%Addios%20Evid%C3%Aancias%20Emp%C3%Adricas%20para%20o%20Bra sil.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

de julho de 2012. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/_Ato 2015- 2018/2018 /Lei/L13675.htm >. Acesso em: 01 nov. 2020;

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. **Marco Regulatório das Guardas Municipais.** Brasília, DF, 2014;

CAMPOS, William Sérgio Antunes de. **A GUARDA MUNICIPAL NO CONTEXTO DA SEGURANÇA PÚBLICA INTEGRADA: desafios e perspectivas no exercício funcional frente a demanda por segurança e proteção do cidadão.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 nov 2020. Disponível em: <https://conteudo juridico.com.br/consulta/Monografias-TCC-Teses-E-Book/38738/a-guarda-municipal-no-contexto-da-seguranca-publica-integrada-desafios-e-perspectivas-no-exercicio-funcional-frente-a-demanda-por-seguranca-e-protecao-do-cidadao>. Acesso em: 08 nov. 2020;

_____. **A segurança cidadã e a garantia do policiamento preventivo pelas guardas civis municipais: Guapimirim. Um projeto modelo para o futuro. Conteúdo** Jurídico, Brasília-DF: 08 nov 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50047/a-seguranca-cidada-e-a-garantia-do-policiame nto-preventivo-pelas-guardas-civis-municipais-guapimirim-um-projeto-modelo-para-o-futuro>. Acesso em: 08 nov. 2020;

_____. **A importância dos fundos públicos na concepção da segurança cidadã municipalizada e efetiva. Conteúdo** Jurídico, Brasília-DF: 08 nov 2020. Disponível em: https://conteudo juridico.com.br/consulta/Artigos/55122/a-importncia-dos-fundos-pblicos-na-concepo-da-segurana-cidad-municipaliza da-e-efetiva. Acesso em: 08 nov. 2020;

FERREIRA, Luís Roberto Cintra. **O PAPEL DAS GUARDAS MUNICIPAIS NA REDUÇÃO DE HOMICÍDIOS:** EVIDENCIAS EMPÍRICAS PARA O BRASIL. Fundação Getúlio Vargas. Escola de economia. Monografia, 2012. 44 f. Disponível em: <https:// bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9948/O%20Papel%20das%20Guardas%20Mun icipais%20na%20Redu%C3%A7%C3%A3o%20de%20Homic%C3%Addios%20Evid%C3%Aancias%20Emp%C3%Adricas%20para%20o%20Brasil.pdf>.Acesso em: 08 nov. 2020;

FREIRE, Moema Dutra. **PARADIGMAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL: DA DITADURA AOS NOSSOS DIAS**. v3, n. 1, 2009. Disponível em: <http ://www2 .marilia. unesp.br/revistas/index .php/aurora /article/view/1219>. Acesso em: 08 nov. 2020;

AS RESOLUÇÕES E OS REGULAMENTOS PRÉVIOS AO EDITAL DO CONCURSO PÚBLICO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

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

Ao se tratar de concurso público é consagrado no meio jurídico o pensamento segundo o qual o edital do certame faz lei entre as partes. Com isto se quer dizer algo bastante objetivo, ou seja, as normas jurídicas veiculadas no instrumento convocatório vinculam tanto a Administração Pública quanto os candidatos96.

Esse princípio da vinculação ao instrumento convocatório se traduz numa forma de garantir a segurança jurídica. Os candidatos precisam entender previamente como se dará o comportamento da Administração Pública no decorrer do certame.

E esse modo de atuar – ao se gerir a coisa pública de que trata o concurso público – desperta uma confiança legítima nos atos administrativos que serão praticados, em outras palavras, uma justa expectativa de coerência estatal em relação aos cidadãos destinatários das normas jurídicas do certame.

O *poder confiar na Administração Pública* se traduz em postulado inquebrantável. Não se pode admitir, sob qualquer ótica, a ilusão, a desfaçatez, a simulação, a má-fé ou o descompromisso com o pactuado. Principalmente se a Administração Pública suscitou no outro (cidadão-candidato) o sentimento real de que este poderia nela confiar.97

A promessa traz consigo a consequência. Se o ato administrativo cria a trilha do esperado, não pode a Administração Pública caminhar pela floresta da contradição. É dizer que a participação democrática dos cidadãos nos processos se admissão no serviço público precisa de elevada previsibilidade.

96 MOTTA, Fabrício. (Coord.). **Concurso público e constituição.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.
97 COUTINHO, Alessandro, FONTENELE, Francisco. **Concurso Público: os direitos fundamentais dos candidatos.** São Paulo: Editora Método, 2014.

Quem presta concurso público não merece – nem espera – ter surpresas indesejadas.

Sob essas premissas, é comum na praxe forense e na jurisprudência a acepção segundo a qual o sistema jurídico se funda exatamente na base da confiabilidade:

> **Porque o que é combinado não é caro nem barato** e porque o prévio orçamento da ré, entidade hospitalar, tal qual a proposta, vincula, no seu valor e nas circunstâncias fixa-se o da dívida da autora, cuja consignatória julga-se procedente na íntegra. Mantém-se, porém, a rejeição à pretendida indenização moral. (TJSP; Apelação Cível 0135987-82.2012.8.26.0100; Relator (a): Celso Pimentel; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 38ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/11/2014; Data de Registro: 17/11/2014) (grifou-se)

Sendo essa a dimensão que se extrai da relevante vinculação que há no edital do concurso público entre a Administração Pública e os candidatos, vale pontuar um tema pouco explorado no campo jurisprudencial e doutrinário, qual seja a extensão da vinculação às resoluções e aos regulamentos prévios ao efetivo edital.

Tem se tornado bastante comum, notadamente em concursos públicos de maior complexidade em sua execução, a elaboração preliminar de resoluções e regulamentos prévios ao edital. Às vezes, com vários meses antes da publicação deste último. São atos administrativos que veiculam verdadeiros comandos para os administrados (candidatos), impondo normas jurídicas, prevendo comportamentos e suscitando, assim, a confiança na manutenção de determinadas situações administrativas.

Essa realidade é bastante sentida, por exemplo, nos concursos públicos de ingresso em carreiras jurídicas de Estado como a Advocacia Pública, a Defensoria Pública, o Ministério Público e a Magistratura, haja vista o elevado número de fases e a própria complexidade da função pública a ser exercida, a qual exige um modo rigoroso de seleção.

Como ignorar que esses regulamentos e resoluções acabam por despertar nos candidatos uma previsibilidade de comportamentos da Administração Pública? Como dizer, por exemplo, que seria possível o regulamento prever um cadastro de reserva além do número de cargos públicos a serem ofertados no futuro edital, suscitando essa justa expectativa na preparação para o certame, vindo, ao final, a frustrar os candidatos com a exclusão do referido cadastro na elaboração do edital?

Outros exemplos também podem ser dados, como a alteração abrupta no edital quanto ao conteúdo programático divulgado previamente na resolução ou regulamento do certame. A aplicação de prova oral não prevista inicialmente. A mudança do quantitativo máximo de candidatos no balizador da cláusula de barreira de uma etapa para outra do certame. A alteração dos títulos passíveis de pontuação. Entre outras diversas situações que poderiam ocorrer.

A par disso, seria adequado dizer que apenas o edital cria vínculos? Poderia, então, a Administração Pública praticar atos completamente contraditórios apenas porque só o edital poderia vinculá-la a se manter coerente, íntegra e estável?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sem embargo das posições divergentes, entende-se que quaisquer atos administrativos são aptos a gerar a confiança legítima nos administrados, inclusive e principalmente as resoluções e os regulamentos prévios ao edital. Até porque não se pode presumir a existência de atos administrativos inócuos, sem finalidade e desprovidos de responsabilidade por parte da Administração Pública.

Nesse sentido, já se posicionou a jurisprudência:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. REVISÃO DA PROVA DISCURSIVA PELA COMISSÃO EXAMINADORA. CABIMENTO. **VINCULAÇÃO AO EDITAL E À RESOLUÇÃO DO REGULAMENTO DO CONCURSO.** SEGURANÇA CONCEDIDA. I - A prática de atos relacionados a certame público deve ser materializada de acordo com as normas constantes do edital, sendo vedado interpretação extensiva. II - A competência para receber e decidir os recursos administrativos das correções das provas discursivas do Concurso Público para provimento de cargo de Juiz de Direito substituto do Estado do Maranhão, regulado pelo Edital n. 02/2008 e pela Resolução n. 22/2008-TJMA, é da Comissão Examinadora do Concurso. Segurança concedida. (TJ/AM, MS 0091632009, Rel. Desembargador (a) CLEONICE SILVA FREIRE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 22/07/2009, DJe 30/09/2009) (grifou-se)

Frente a essas ideias é necessário que a Administração Pública analise o princípio da vinculação ao instrumento convocatório de modo mais amplo, consentâneo com os seus deveres de coerência comportamental, garantindo aos administrados (candidatos) a segurança jurídica. Porque independentemente de resoluções, regulamentos ou editais, o sistema jurídico visa a proteger a confiança.

O *poder confiar* vai além da mera nomenclatura *edital*. A confiança é elemento de conduta. Ao se portar de dado modo a Administração Pública conduz o cidadão a crer nesse viés. E é impossível, assim, abandonar os rumos do comportamento anterior num giro contraditório baseado na acepção superficial de que apenas o edital vincularia. O vínculo, na realidade, advém da essência da mensagem e do conteúdo emanado dos atos administrativos (inclusive pretéritos ao edital), e não da mera chancela do ato administrativo ser caracterizado como *edital*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA TELEVISIVA NAS ESCOLHAS POLÍTICAS DA SOCIEDADE BRASILEIRA

ARTHUR QUINTANILHA DE OLIVEIRA CAVALCANTE:
Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins

ALANA CARLECH CORREIA

(orientadora) [98]

RESUMO: A mídia brasileira passou por algumas evoluções desde a criação do primeiro jornal até os dias atuais com o surgimento da internet; mas a televisão ainda é o maior meio de comunicação no Brasil, dada a presença nas casas, bem como o hábito de acompanhar a programação. Por isso mesmo, a televisão é um meio de formação cultural relevante e sua influência em relação as escolhas políticas da sociedade são discutidas, tanto por cientistas políticos, quanto pela própria sociedade que vive isso, quando precisa escolher uma determinada ideologia e percebem estarem sendo bombardeados por informações com intuito de esclarecer, mas também influenciar nessa escolha. O direito da imprensa é expresso em lei, havendo a liberdade para publicarem as informações, sem direcionamento, sem posicionamento. A realidade do Brasil é diferente do código de ética do jornalismo, em que existem jornalistas que não mantêm posicionamento neutro em suas colocações.

Palavras-chave: Mídia; Influência; Informação; Televisão.

1 INTRODUÇÃO

A mídia brasileira é um meio presente e amplo para propagar qualquer tipo de informação, seja ela de alta relevância, seja ela de baixa importância. Por estar diariamente na vida das pessoas, a sociedade acaba sendo facilmente manipulada por aquilo que vê e ouve, acredita naquilo que considerou interessante e acaba não indo mais a fundo da informação para confiar no que viu preliminarmente. Há uma crença do senso comum de que se foi publicado é verdade.

O meio de comunicação que o cidadão da sociedade brasileira tem o acesso mais alcançável, sendo ele de baixo poder econômico como alto poder econômico é o aparelho de televisão, o qual transmite informações a todo momento, assim atingindo a maior parte da população do país por ser o meio mais utilizado ainda existente, tornando alguns telespectadores dependentes de um só tipo de informação transmitida, sendo que por vezes essa informação é comprometida com algum interesse não evidenciado.

Segundo o site Agência Brasil (2002), o meio que a sociedade brasileira mais tem acesso a informação é pelo meio televisivo. Segundo pesquisas feitas em 2016, existem no país cerca de 68 milhões domicílios com TV instaladas, algumas casas contendo ate mais de uma totalizando 103 milhões televisores no Brasil. A porcentagem de pessoas que não têm

98 Doutora em Direito pela PUC-MG, Professora de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogada. E-mail: alana.correia@p.catolica-to.edu.br.

televisão em casa é muito baixa, um numeral de 2,8% que não chega a ser 1,9 milhões de brasileiros sem acesso as informações transmitidas pela mídia televisiva.

Ainda segundo o site Agência Brasil (2002), no território brasileiro temos redes de televisão que transmitem a programação que é guiada pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), sendo elas mais de 545 redes geradoras que são as que geram as programações e programas, havendo mais de 13.630 redes retransmissoras as quais transmitem a programação das redes geradoras. Das redes de televisão se destacam 3 geradoras que atingem a maior parte do público do Brasil, sendo elas a Rede Globo, Rede Record e Rede Bandeirantes atingindo mais que 90% da sociedade todas elas.

Em meio ao aclive da internet no mundo pode-se dizer que as informações chegam em uma velocidade surpreendente ao telespectador, de uma forma que o transforma em transmissor de notícias instantaneamente sem ao menos uma intervenção do criador da notícia. Muitas vezes criada intencionalmente, mas outras vezes sem intenção alguma, o que torna o efeito mais alcançável e fácil de transmitir, pois uma pessoa confiável a outra pode encaminhar notícias falsas sem saber que assim são.

Assim torna-se muito plausível a discussão sobre o tema citado, a notícia falsa é muito abrangente a influenciar a sociedade em período eleitoral ou mesmo fora destes períodos, levando e trazendo informações que no caso não seria certo, tratando-se de envolvimento partidário ou de concorrentes pode haver muitas injustiças criadas para destruir moralmente outro candidato ou outro grupo.

Sendo muito importante para a comunidade acadêmica o estudo sobre este caso para a não informação parar de ser gerada. Tornando cada vez mais difícil entender o que é verdadeiro ou falso, cada dia mais difícil identificar o golpe da notícia fresca, assim a influência da mídia se torna eficaz e atinge a maior parte da população.

Também sendo muito importante este trabalho para a sociedade, transformar o objetivo como acadêmico em movimentação para que a mídia interesseira e desnecessária para de transformar notícias inverídicas em uma informação que a sociedade inteira adota e confia.

No Brasil vê-se muito a relação da sociedade com a mídia que lhe é de alcance, a proximidade e facilidade com o meio televisivo e da internet torna cada vez mais fácil a transmissão de notícias montadas ou falsas, com a facilidade e alcance da sociedade com a informação se espalha rapidamente e em pouco tempo chega a um público muito grande sem chance da informação ser cortada e corrigida a tempo de não influenciar quem viu a notícia falsa. Muitas vezes a mídia televisiva por ser apoiada por determinado grupo político, influencia em seus noticiários ao telespectador pensar de igual forma que eles pensam.

A não imparcialidade das notícias são claras e torna o publico refém de notícia e informação, não havendo chance de formar seu próprio conceito sobre quaisquer outros pensamentos que não seja o transmitido pela mídia. No entanto como a mídia televisiva influencia nas escolhas políticas da sociedade brasileira?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ao analisar as pesquisas feitas e os assuntos abordados neste trabalho, se desvenda a precariedade da sociedade ao que diz respeito a informação e meios para comprovações de noticiários.

A mídia televisiva influencia a sociedade a partir do momento em que transmite uma reportagem, notícia ou propaganda de um determinado produto, no caso do tema deste trabalho o produto ao qual se utiliza é o candidato político, a coligação ou o partido, desenvolvem informações as quais muitas vezes podem ser burladas e alteradas, levando para o erro a escolha da sociedade, por serem influenciadas a fazer o que acredita que seja verdade, sem saber que pode estar sendo enganada.

Assim, este artigo tem como finalidade apresentar o impacto que a mídia tem ao se tratar de influência na política, em observação aos telejornais e noticiários, transmissões de informações e direcionamento a alguma forma de pensar dos telespectadores.

Como obtenção de resultados e aprendizado para este projeto e de conhecimento geral sobre o tema abordado, foram abordados quatro tipos de pesquisa: a bibliográfica, a descritiva, a exploratória e o estudo de caso.

Adotando estes quatro métodos de pesquisa possuirá resultados efetivos aos problemas e objetivos propostos nesta pesquisa

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MÍDIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

A partir do telégrafo de Morse a mídia vem evoluindo constantemente, foi o código de Morse que trouxe a imprensa para a idade moderna. Nesta época as notícias chegavam à sociedade com dias ou até semanas de atraso, deixando mais fácil a circulação de notícias, mas ainda em uma velocidade que não tinham como temos atualmente.

A evolução foi se dando com o decorrer das descobertas na sociedade, começando pela mídia impressa com a forma utilizada de comunicação sendo a escrita que era utilizada pelos antepassados baseada na oralidade das gerações que os sucederam juntamente com símbolos. Para Milanesi (2002) desde os tempos pré-históricos, a natureza dava aos homens possíveis materiais para assim criarem registros, como a pedra, barro, folhas, areia, madeira, dentre tantos outros.

Logo após a criação do modo de mídia ser inovado, tiveram mais evoluções com a imprensa pré-industrial com os chamados “jornais pré-tipográficos”, os quais eram vendidos por gorjetas a cada edição impressa. Sousa (2004) acredita que os gregos com Efemérides e os antigos romanos que moldaram uma espécie de jornalismo pré-tipográfico. A idade média foi marcada pela tradição das crônicas históricas e relatos sobre o presente como viagens e aventuras.

A informação chegava cada vez mais fácil à sociedade que foram deixando a preservação histórica em memórias de lado, sendo substituídas pelas memórias escritas. Havendo também o aumento no número de pessoas alfabetizadas tendo as informações disponíveis e o acesso a informações mais facilmente, conseguindo abranger o ensino uma quantidade maior de pessoas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em 1892 o Padre Landell de Moura foi o primeiro a patentear o instrumento em experimento de transmissão de voz humana sem fio, Sampaio (1984) diz que Brasil e Estados Unidos simultaneamente foram os primeiros a concretizarem este experimento, sendo no Brasil tendo a publicação na Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão ABERT em dezembro de 1982.

Na cidade do Rio de Janeiro foi relatado que chegou ao território brasileiro a Radiodifusão no ano de 1922 durante as comemorações do Centenário da Independência. Diversos alto-falantes montados na Grande Exposição do Centenário, logo após já estavam à disposição da sociedade e diversas publicações que ensinavam a montagem dos receptores (SITE GUIA DA CARREIRA, 2019).

Já na Alemanha o primeiro equipamento de televisão estava sendo patenteado pelo alemão Paul Nipkow (1885), um aparelho capaz de transmitir além da voz humana também transmitir imagens em movimento por meio de fio condutor. Após alguns anos começou a se espalhar pelo mundo, sendo primeiramente sendo publicadas somente informações esportivas, entrevistas com políticos e líderes militares.

Somente no final da década de 1940 que o empresário Francisco Assis Chateaubriand Bandeira de Melo providenciou o aparelhamento para a instalação de uma emissora de televisão no Brasil, na cidade de São Paulo. Em setembro de 1950 inaugurava-se a Tupi Difusora, sendo o primeiro país da América Latina a ter uma televisão em caráter regular instalada. Apesar da rádio ter uma boa audiência a televisão foi uma forte concorrente (SITE GUIA DA CARREIRA, 2019).

A televisão foi evoluindo com o passar dos anos, tendo a chegada da televisão a cabo, fitas de vídeos e a resolução da imagem cada vez melhor tornava compatível com os sistemas de informação.

Logo após houve a chegada da internet, com o primeiro sistema civil compartilhado em 1962 e era o maior e mais resistente exemplo de um sistema de tempo compartilhado, tendo agentes de viagens a um computador central via modens e linhas de telefone, fazendo assim um controle central de reservas e emissão de passagens aéreas. Os cientistas de computadores deixavam a fazer a comunicação de dados ficar cada vez mais rápida (SITE GUIA DA CARREIRA, 2019).

A internet representa a evolução que reúne o rádio, a televisão e o jornal em um só ambiente. Sendo um meio que pode transmitir a imagem, áudio, notícias e informações.

A evolução da mídia se deu com o passar dos anos da forma que apresenta o Quadro 1, a seguir:

Quadro 1: Evolução da mídia

MÍDIA IMPRESSA	13 DE MAIO DE 1808

TELÉGRAFO DE MORSE	11 DE MAIO DE 1852
RÁDIO	7 DE SETEMBRO DE 1922
TELEVISÃO	18 DE SETEMBRO DE 1950
EMISSORA DE TV	20 DE JANEIRO DE 1951
COMPUTADOR	1957
INTERNET	SETEMBRO DE 1988

Fonte: Site Kantar Ibope Mídia (2016).

A modernidade demorou cada vez menos a se adaptar e abranger mais usuários, no Quadro 2 abaixo irá apresentar em quantos anos cada módulo de imprensa atingiu o número de 50 milhões de usuários:

QUADRO 2: Tempo médio para alcançar 50 milhões de usuários.

RÁDIO	38 ANOS
TELEVISÃO	13 ANOS
INTERNET	4 ANOS
FACEBOOK	3,5 ANOS
TWITTER	9 MESES
INSTAGRAM	6 MESES

Fonte: Tracto (2012).

A cada vez que a tecnologia avança atinge mais rápido um número de pessoas mais alto, tornando o sucesso do meio de transmissão de notícia muito mais veloz em sua criação e adaptação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.2 EVOLUÇÃO NA TELEVISÃO

A televisão vem de vários âmbitos se tornado uma potência em relação aos outros meios de comunicação existentes, em pouco tempo pôde se tornar a principal transmissora da mídia no país e no mundo (FROTA, 2017).

Após passados seis anos de sua inauguração no Brasil, houve uma evolução em diferentes aspectos, foram criados mais canais, tiveram mais telespectadores, houveram mais receptores e recebeu o maior volume de verbas publicitárias.

Frota (2017), no ano de 1956, garante que seis anos após a inauguração da TV, já existia cerca de um milhão e meio de telespectadores, um número maior que todas as treze estações de rádio no país. As mudanças que houveram na televisão não foram somente em suas programações, mas também sua resolução de imagem e com os sistemas de informação.

Os japoneses propuseram em 1981 um novo padrão da resolução original para uma imagem mais clara e detalhada, a conhecida HDTV (high-definition television), permitindo assim o aspecto televisivo mais retangular como o de cinema, o que anteriormente era quadrada (FROTA, 2017).

A televisão nos seus treze primeiros anos lutou com a aceitação de seus telespectadores, alcançando uma marca de 50 milhões de usuários. No ano de 2020 um programa de TV onde tem participação dos telespectadores, em um de seus episódios atingiu uma marca maior de um bilhão e meio de acessos em participação na escolha de quem continuaria e quem sairia do programa televisivo (SITE GUIA DA CARREIRA, 2019).

Queiroz (2012), com o passar do tempo a facilidade que a sociedade tem com o meio televisivo é grandioso, assim se tornando muito mais ágil a movimentação de informações. Quanto mais pessoas acessam a informação, mais pessoas repassam, tornando o “telefone sem fio” imenso, tornando quase impossível de ser quebrado o repasse da tal informação.

Abaixo existe o quadro da evolução da televisão e o aumento de emissoras existentes no país. Quadro 3, a seguir:

QUADRO 3: Evolução de emissoras na TV

1 EMISSORA	ANO DE 1950
72 EMISSORAS	ANO DE 2020

Fonte: Kantar Ibope Mídia (2019).

Tornando mais amplo a rede de transmissão para a população do país, havendo mais emissoras a sociedade consegue ter acesso a maiores informações e mais amplo campo de notícias.

2.3 EVOLUÇÃO DO JORNALISMO

A origem exata do jornalismo não se sabe, nem mesmo qual foi o primeiro jornal do mundo, mas de acordo com alguns historiadores vangloriam o lendário Imperador Romano Júlio César a invenção desta mídia. Além de Júlio César ser um ótimo general e comandante, se destacava por ser um excelente profissional de marketing.

O Imperador Romano criou a chamada Acta Diurna, o primeiro jornal de que se tem notícia no mundo, para obter divulgação de suas eximias conquistas militares e informar também a expansão do Império ao povo. Com a criação do seu próprio jornal suas conquistas eram vistas por todos que ele queria atingir, que ficassem sabendo de suas conquistas e vitórias (FROTA, 2017).

Frota (2017), para que o jornal Acta Diurna fosse escrito, surgiram profissionais para serem os primeiros jornalistas do mundo, os chamados então Correspondentes Imperiais, sendo enviados à todas províncias e regiões Romanas para assim escrever as noticias do que acompanhavam durante as idas e vindas das viagens aos redores, a mando do Imperador Júlio César.

Site Guia da Carreira (2019), no decorrer da Idade Média o jornalismo juntamente com os jornais tiveram uma evolução grandiosa, criando a nova tecnologia, a prensa de papel inventada pelo Alemão Johannes Gutenberg, assim facilitando o trabalho dos que anteriormente realizavam manualmente as escritas, passando a publicação de livros e jornais serem mais ágeis e mais barato sendo feitos em máquinas.

A invenção foi tão inovadora e revolucionária que tirou o mundo da idade média levando para a Era da Renascença, despertando definitivamente a ciência e o jornalismo profissional. Ouve o primeiro livro lançado por Gutenberg, a Bíblia de Gutenberg, sendo considerada a obra prima do Alemão (SITE GIUA DA CARREIRA, 2019).

A medida que a tecnologia da prensa de papel ia sendo disseminada e copiada pela concorrência, a população ia vendo publicações de livros e jornais mais facilmente, isto no início do século XVII. Se tornando popular a publicação e lançamentos para assim serem conhecidos por todos.

Logo após a atividade conhecida como jornalismo começou a se tornar mais profissional com o surgimento de alguns cursos nas Universidades da Europa. Com a profissionalização do jornalismo começou a ser regulamentada a profissão e a atividade, sendo criada na época o conceito de Liberdade de Imprensa na Suécia, através de uma lei criada no ano de 1766 (LADEIRA, 2015).

Ladeira (2015), foi garantindo mais espaço com essa lei, para que os profissionais pudessem publicar mais qualquer tipo de notícia, desde que fosse real e não houvesse difamação nas matérias.

Em 1844 o jornalismo deu um salto tecnológico, com a criação do Telégrafo, que é um aparelho considerado o pai de toda a comunicação moderna, tornando as redações que levavam horas e dias para serem transportados mais rápidas sendo repassados pelos jornalistas em questão de minutos, podendo uma notícia do que aconteceu pela manhã ser publicada à tarde em um jornal do mesmo dia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Chegando ao século XX foi o auge da popularidade dos jornais e jornalismo, pesquisas da época afirmam que 1 em cada 2 norte-americanos adultos lia os jornais pelo menos uma vez ao dia. Os anos entre 1890 e 1920 ficaram conhecidos como a Era de Ouro dos Jornais (SITE GUIA DA CARREIRA, 2019).

Site Guia da Carreira (2019), começando em 1920 a decadência dos jornais tradicionais com a chegada do rádio, se tornando a mídia concorrente, atacando de maneiras diferentes os jornais, roubando anunciantes e a preferência do público e também os próprios profissionais de jornalismo, passando a trabalharem nas rádios, sendo o primeiro concorrente de peso dos jornais tradicionais.

Os jornais não querendo perder para a concorrência lançam algumas medidas se tornando mais modernas e populares, adotaram a publicação em grande escala de fotos grandes e coloridas, usando também a linguagem mais popular em seus artigos, criando mais espaços para o esporte e humor, apesar de ficar mais caro foi o que levou aos jornais tradicionais até os dias atuais.

Mesmo com a modernidade criada pelos jornais, apareceu mais um concorrente de peso: a televisão. A TV logo se tornou o principal canal de mídia do mundo inteiro, ultrapassando os jornais e a rádio, a posição que ocupa durante muito tempo (KANTAR IBOPE MÍDIA, 2016).

Havendo cada vem mais evoluções na mídia, surge a popularização dos computadores em 1980, juntamente com a internet, reinventando mais uma vez o jornalismo clássico, surgindo então o chamado Web Jornalismo, sendo praticado pela internet, sendo ágil, veloz e de atualização constante, sendo também de baixíssimo custo de produção.

Kantar Ibope Mídia (2016), apesar do Web Jornalismo ser inovador, não ultrapassa a TV como principal mídia, mas a internet vem crescendo bastante podendo um dia alcançar ou ultrapassar a televisão em seu meio de mídia. A WAN que é a associação que cuida da atividade de jornalismo no mundo informa que aproximadamente 900 milhões de pessoas leem jornais não importa de onde vincula a mídia, 7 entre os 10 jornais mais lidos do mundo são orientais.

Confira abaixo uma tabela com os 10 jornais mais antigos do mundo ainda em circulação. Alguns deles tem quase 360 anos de tradição. Quadro 4, a seguir:

QUADRO 4: Jornais mais antigos do mundo

Nome do Jornal	**País**	**Ano de Fundação**	**Idade***
Post och Inrikes Tidningar	Suécia	1645	366 anos
Haarlems Dagblad	Holanda	1656	364 anos

La Gazzetta di Mantova	Itália	1664	356 anos
The London Gazette	Inglaterra	1665	355 anos
Wiener Zeitung	Áustria	1703	317 anos
Hildesheimer Allgemeiner Zeitung	Alemanha	1705	315 anos
Worcester Journal	Inglaterra	1709	311 anos
The Newcastle Journal	Inglaterra	1711	309 anos
The Stamford Mercury	Inglaterra	1712	308 anos
Hanauer Anzeiger	Alemanha	1725	295 anos

*idade calculada com base no ano de 2020.
Fonte: WAN – World Association of Newspapers (2016).

O jornalismo evoluiu desde seu início e não para de evoluir cada vez mais, cada dia mais rápido, cada dia mais amplo e cada dia mais forte. Atingindo um público muito grande em comparação aos outros recursos utilizados para a transmissão de noticias e informações, recebem a informação rápido da mesma forma que as transmitem.

2.4 DIREITO À LIBERDADE DE IMPRENSA

A liberdade de imprensa cria um ambiente que, sem censura ou medo, as opiniões e ideologias são manifestadas abertamente e contrapostas, assim elaborando um processo de formação do pensamento, levando a sociedade a opinião e informação da forma que o receptor e transmissor pode absorver.

O direito à liberdade de imprensa somente poderá se tornar uma luta por isto se a sociedade assim conhecê-la. Por isso, como diz Rui Barbosa, “a palavra aborrece tanto os Estados arbitrários, porque a palavra é o instrumento irresistível da conquista da liberdade. Deixai-a livre, onde quer que seja, e o despotismo está morto”. A população tendo palavras e direito de expressar é o conjunto ideal para quem que uma luta contra o estado (QUEIROZ, 2017).

Feliz é o povo que pode usufruir deste direito fundamental, pois durante bastante tempo e gerações, em troca de suas vidas, eram obrigados a se submeter ao poder dos mais

abastados, que os impediam de revelar a verdade. A Constituição Federal ao garantir expressamente os direitos fundamentais pressupõe certo controle dos órgãos estatais, assim podendo afirmar que estes direitos são mais democráticos sem que o estado constitucional não interfira (TAVARES, 2017).

Queiroz (2017), houve momentos na história em que ocorreram momentos ruins, quando as comunicações e a publicidade dos atos eram vigiadas bem rigorosamente e não permitindo o acompanhamento público. Um dos casos mais históricos foi do pensador Sócrates, que foi condenado judicialmente por defender seus pensamentos, sendo acusado de irreverência e imoralidade. Irreverência por ter negado deuses reconhecidos pelo estado e imoralidade por ter suas doutrinas e pensamentos eu segundo o estado corrompiam a juventude.

Ladeira (2015), um dos aspectos que distingue os regimes democráticos dos regimes autoritários e totalitários é a noção de liberdade de expressão e de imprensa. Um filósofo influente do Direito na atualidade, Ronald Dworkin defende que todos os direitos fundamentais devem ser respeitados, por serem essenciais para a proteção da dignidade da pessoa humana. A sociedade não devendo intervir na liberdade de expressão para que não viole a dignidade da pessoa humana.

> O homem não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo, que sua natureza é a de um ente social. Ele tem a tendência e necessidade de expressar e trocar suas ideias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações. Seria impossível vedar esta conduta, porque para isso seria necessário dissolver e proibir a sociedade (BUENO, 2010).

A consideração de que ninguém é dono da verdade absoluta tem que ser levada em conta, pois nenhum pensamento é perfeito que não haja necessidade de aparos e opiniões para ser magnifico, não existe pensamento que não admita questionamento, assim tornando a relação de expressão fundamental para que qualquer consenso veja o lado em comum entre pensamentos diversos (LADEIRA, 2015).

> Goethe disse que o pintor só pinta com êxito aquelas belezas femininas cujo tipo ele tenha amado como indivíduos vivos, alguma vez. A liberdade da imprensa também é uma beleza embora não seja precisamente feminina que o indivíduo deve ter amado para assim poder defendê-la. Amado verdadeiramente, isto é, um ser cuja existência sinta como uma necessidade, como um ser sem o qual seu próprio ser não pode ter uma existência completa, satisfatória e realizada (KARL MARK).

A liberdade de imprensa é um instrumento de democracia, podendo com ele conter abusos de autoridades públicas, a muito tempo vem sendo o principal motivo que a sociedade cobrava em seus direitos fundamentais para então conseguirem se defender contra eles. As opiniões se divergiam muitas vezes e a imprensa precisa sempre se informar, quando é publicado uma corrente única de opinião se torna vazio o conteúdo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Mas atualmente percebe-se facilmente que a situação se inverteu, a imprensa está formada por opiniões únicas para alavancar assim tanto progressos para si, quanto instabilidade em um país. Deve sempre tratar-se com muita diligência quais são as responsabilidades e obrigações que a imprensa deve ter.

Rui Barbosa, em brilhante passagem, afirmou que: "A imprensa é a vista da nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonegam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça. (…) Um país de imprensa degenerada ou degenerescente é, portanto, um país cego e um país miasmado, um país de ideias falsas e sentimentos pervertidos, um país que, explorado na sua consciência, não poderá lutar com os vícios, que lhe exploram as instituições" (LADEIRA, 2015).

Havendo a medida que se protege o direito individual de livremente se expressar, também existe os deveres que são expressos em leis que devem ser tomadas e seguidas, segundo:

> Lei nº 2.083/1953 que regula a liberdade de imprensa:
>
> Artigo 1º - É livre a publicação e a circulação no território nacional de jornais e outros periódicos.
>
> Dos abusos e penalidade: Artigo 8º A liberdade de imprensa não exclui a punição dos que praticarem abusos no seu exercício.
>
> Do direito de resposta: Artigo 17 - É assegurado o direito de resposta a quem for acusado em jornal ou periódico.

De acordo com a lei da liberdade de imprensa não poderão ser impressos, nem expostos à venda ou importados, jornais ou quaisquer publicações periódicas de caráter obsceno, como tal declarados pelo Juiz de Menores, ou, na falta deste, por qualquer outro magistrado. Assim os jornais e os periódicos já existentes, como as oficinas impressoras em funcionamento, serão obrigados a atender às exigências contidas nesta lei, dentro no prazo de noventa (90) dias da sua publicação, salvo se previamente o tiverem satisfeito.

Conforme José Afonso da Silva, acredita na liberdade de informação jornalística concentrado na liberdade de informar, é nela que realiza o direito coletivo à informação. A liberdade de imprensa se difere da liberdade de expressão, sendo a de expressão o objetivo de manifestar o pensamento e ideias, já a de imprensa tem o objetivo a difusão de fatos e notícias (SILVA, 2016).

A liberdade de expressão subdivide-se em direito de informar, direito de se informar e direito de ser informado. Por direito fundamental de informar entende-se que é assegurado ao seu titular a prerrogativa de poder divulgar fatos ou notícias que sejam de interesse coletivo (SILVA, 2016).

Tavares (2017), no Brasil foi necessária uma luta enorme para que a imprensa se tornasse livre e fosse exercida, portanto deveria ser honrada a conquista, mas um exemplo de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

falta de responsabilidade foi um caso que aconteceu em 1994, quando uma mídia paulistana denunciou seis pessoas por envolvimento no abuso sexual de crianças. Basearam em fontes de pessoas próximas às crianças, posteriormente foi provado que o fato simplesmente não existiu.

A Carta Magna estabelece a regra e ao mesmo tempo dita as exceções, isso porque a liberdade demanda responsabilidade, e a Constituição confirma essa dinâmica chamando determinados veículos da comunicação social a assumir plenamente o seu efetivo papel na sociedade na qual se inserem e da qual participam (TAVARES, 2017).

O sistema de restrições constitucionais aos direitos fundamentais é baseado na premissa de que nenhum direito fundamental é absoluto. Por este motivo, a Constituição Federal prevê a possibilidade de minorar o conteúdo material de um direito fundamental para salvaguardar outro. toda manifestação do pensamento que agrida outrem deve ser contida, pois não faz parte da liberdade de expressão, ao contrário torna-se uma ameaça a este direito constitucional (LADEIRA, 2015).

O art. 5º, IX da Constituição Federal: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". De acordo com a Carta Magna, a regra é a liberdade para o exercício do direito à expressão, sendo que a restrição é exceção. Deve-se atentar independentemente da fundamentação, a restrição sempre deverá apoiar-se na Constituição para que seja legítima (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

2.5 NOMEAÇÃO DO QUARTO E QUINTO PODERES

Em destaque por estar sempre de forma atuante tentando ser de forma invisível, a mídia de imprensa torna-se um importante meio para a sociedade, permanentemente influenciando no governo e também ao povo brasileiro. A matéria prima para o político é a sua credibilidade, sendo a mídia o meio de produção deste capital, podendo tanto quanto construir como também destruir, o nome dado à mídia de Quarto Poder pode também ser um poder usurpado, por não ser um poder escolhido pelo povo, como se é dado em um país democrático (CIOTOLA, 2015).

O também tido como um dos poderes foi o meio de comunicação das redes sociais, tendo adquirido o novo jargão em São Petersburgo, na Flórida. Tendo como a imprensa tradicional como o quarto poder, vieram os meios sociais da internet trazendo o quinto poder, ao contrário dos outros quatro poderes este não é uma instituição formal e que provavelmente nunca será. Este meio foi criado com o intuito de ser informado de forma totalmente informal e influenciar outras pessoas através de posts e twits (CASTILHO, 2010).

O Quarto Poder é formado por indústrias e empresas ligadas a produção jornalística, já o Quinto Poder vem de uma forma meio difusa de aglomerado de informações e opiniões expostas. Diferenciando um meio de comunicação do outro é a forma com que é exposta a opinião e o material, no Quinto poder não existe a imparcialidade, divulgando assim a opinião e o pensamento diretamente da pessoa que quer mostrar o que pensa e a informação que pode ser verídica ou não ser verídica, o que é chamada de Fake News (CASTILHO, 2010).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sendo praticamente impossível peneirar a seriedade do quinto poder, ele não é levado muito em consideração para comprovações de carreiras políticas ou de determinados políticos, isso não exclui a influencia que este meio de comunicação traz nas escolhas da sociedade. Ambos ainda são possibilidades, o que deixa aberta a conversa sobre o quarto e o quinto "poderes" (CASTILHO, 2010).

2.6 INFLUÊNCIA MIDIÁTICA PARA FERNANDO COLLOR DE MELLO

A primeira eleição presidencial pelo voto direto no Brasil foi no ano de 1989, após um longo período ditatorial. Com esse modo de votar nas eleições veio a modernidade para se conseguir o tão almejado voto, a utilização dos meios de mídia começou a serem vistos e reconhecidos como uma forma muito forte para se utilizar em campanhas eleitorais.

O então candidato à presidência do país, Fernando Collor de Mello utilizou a mídia para se eleger, com seus planejamentos e projetos para se tornar o chefe do estado federal conseguiu um apoio da imprensa, tornando-o eleito, mostrando a força e influência que a mídia tem nas escolhas políticas da sociedade. Passando-se tempos a mesma mídia que elegeu Collor vinha a fazer o oposto, desta vez inverteu-se o lado e começaram a ter como objetivo que o presidente não ocupasse mais o cargo (LUZ, 2004).

Uma grande força influente para que o processo de Impeachment fosse levado a diante foi de uma grande revista que se dedicou para conseguir que fosse efetiva a saída de Collor do poder, quando se aproximou do julgamento para o resultado do afastamento, Collor renunciou seu cargo, antes mesmo de ter sofrido o impeachment, mostrando que a influencia de marketing faz um movimento grandioso no país e no mundo.

3 INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

A sociedade em sua maioria absoluta acompanha pelo menos uma rede de mídia, sendo a mais assistida o meio de comunicação televisivo. A população brasileira escuta todos os dias em pelo menos um programa na televisão, opiniões, pensamentos, algumas acusações a determinados poderes ou poderosos, causando assim influencia em pensamentos e escolhas da sociedade.

Sim, a mídia é um poderoso instrumento de manipulação, influentes como Adorno e Horkheimer, concluem que os meios de comunicação em larga escala moldam e direcionam as opiniões dos telespectadores. O cidadão é frágil frente aos grandes conglomerados da comunicação, ficando muito atrativa a informação transmitida pela poderosa mídia (LADEIRA, 2015).

Ladeira (2015), no livro *Televisão e Consciência de Classe*, Sarah Chucid Da Viá afirma que o vídeo apresenta um conjunto de imagens trabalhadas, cuja apreensão é momentânea, de forma a persuadir rápida e transitoriamente o grande público. O psicólogo Gustav Le Bom diz que o indivíduo deixa de ser ele mesmo quando passa a ser um autômato mesmo sem perceber, com os juízos aceitos pelas multidões sendo sempre impostos e nunca discutidos.

Mas as relações entre o público e a mídia são complexas, não sendo somente uma simples análise de estímulo, as mensagens passadas pelos veículos de comunicação não são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

recebidas da mesma forma por todos os ouvintes e telespectadores. Cada pessoa está em um tipo de bolha ideológica, o que leva a cada um interpretar de sua própria maneira sobre cada assunto (LADEIRA, 2015).

Cada cidadão tem uma forma de ver a respeito dos vários âmbitos do que é real, seus acontecimentos, personagens, assim consequentemente acreditam e correspondem conforme a sua verdade do que acredita. Dificilmente alguém que é de esquerda deixará seu posicionamento político após ler a revista Veja, ou alguém de direita mudará de opinião ao ler publicações da CartaCapital e Caros Amigos (QUEIROZ, 2017).

A mídia não manipula quem já tem opiniões formadas, mas sugere pautas para que aqueles em dúvidas ou ainda não têm opiniões, como o estudo *The Attention Factor in Recalling Network Television News* revelou, que um grupo composto por pessoas de bom nível educacional (às quais se pediu que prestassem atenção especial ao noticiário de uma noite específica na televisão) não foram capazes de recordar 25% das matérias assistidas, apenas alguns minutos depois de encerrada a emissão, o que nos leva a considerar que a maioria das informações transmitidas por um telejornal não fica retida na mente dos telespectadores formados nem por uns poucos minutos (LADEIRA, 2015).

O que leva a sociedade a ser passiva ou não da informação são fatores subjetivos e, sendo alguns destes, história familiar, predisposição intelectual, trajetória pessoal, ou até mesmo o contexto social: renda, grau de instrução, etnia, religião, idade e sexo, podendo também ser o ambiente informacional como no trabalho ou igreja.

Para ALDÉ (2015) *"*A construção da política: democracia, cidadania e meios de comunicação de massa". Já para LINS (1985, p.87) "A síntese e as conclusões que um telespectador vai realizar depois de assistir a um telejornal não podem ser antecipadas por ninguém; nem por quem produziu o telejornal, nem por quem assistiu ao mesmo tempo que aquele telespectador".

Como afirma SODRÉ (2002, p.172) "a mídia não manipula, mas sugere determinadas pautas e, em última instância, cabe aos seus receptores aceitarem ou não". Muitos dizem que a imprensa manipula e outras dizem que não, ao certo não sabem se a influência sai da mídia ou só chega ao telespectador, decidindo por si só ser influenciado pela pauta exposta.

Se perguntarem então que as mídias não são influenciadoras por afirmar que os conteúdos presentes nos grandes veículos de comunicação são neutros, logo vem a resposta sem titubear que não, não são neutras as pautas expostas nas imprensas televisivas, assim como não existe discurso despretensioso. Bakhtin já nos alertava que todo emprego de signo é ideológico e todo recorte do real envolve julgamento (QUEIROZ, 2017).

Para Bourdieu (1980, p.327) "um bom cidadão crítico deve considerar os jogos de poder e interesse que estão por trás dos grandes veículos da imprensa. A mídia influencia e é influenciada por outros campos (política, economia, ciência, religião)".

Os veículos comunicativos em grande proporção podem nortear as conversões cotidianas, como contribuir para criação de modismo e tendências ou até alterar a agenda política de uma nação, as mídias condicionadas são condicionadas por outras áreas. Em uma

sociedade capitalista como a brasileira o conteúdo é condizente aos interesses das classes dominantes.

O Pensador esloveno Slavoj Zizek afirma que “a mediação ideológica atinge os fins colimados quando as pessoas não a percebem”. No Brasil os grandes veículos de comunicação estão concentrados nas mãos de apenas onze famílias, mesmo sem a força de escolha das informações de antes, continuam decidindo o que os brasileiros devem receber de notícias ou não devem receber (LADEIRA, 2015).

Sendo algumas dessas famílias importantes em nosso país e donos das emissoras a seguir explicitas no quadro:

QUADRO 5: Famílias donas das maiores emissoras do país

FAMÍLIA ROBERTO MARINHO	REDE GLOBO
FAMÍLIA ABRAVANEL	SBT
FAMILIAS MACEDO E BEZERRA	RECORD TV
FAMÍLIA SAAD	TV BANDEIRANTES
FAMÍLIAS DALLEVO E CARVALHO	REDE TV

Fonte: BBC news Brasil (2011).

É necessário que, questões como a democratização dos meios de comunicação, restrição de propriedades cruzadas de veículos midiáticos, regulamentação da programação e o incentivo ao surgimento de rádios comunitárias sejam colocadas em pauta.

Como diz Jorge Queiroz (2017) “Muitos cidadãos bem informados perceberam que estamos atualmente passando por uma guerra global de informação que está crescendo tanto aberta quanto secretamente muito além do que o público em geral está ciente”. Afirma também “a manipulação de informações pode ter vastas implicações para as pessoas que tentam dar sentido ao mundo”.

No Brasil é fácil observar declarações e notícias tendenciosas voltadas para a opinião pública, se estendem nas propagandas, telejornais, programas de entrevistas e até mesmo em telenovelas. Tendo a imprensa o total controle do que está sendo transmitido aos telespectadores.

Queiroz (2017), manipulação e propaganda através da mídia levaram a quase todas as guerras desde a segunda Guerra Mundial, como o incidente do Golfo de Tonkin/Guerra do Vietnã, Iraque e outros. Tornou-se uma questão importante uma vez mais durante as eleições

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dos EUA em 2016 que incluiu vazamentos dos arquivos Podesta e foram popularizados pela mídia convencional dos EUA como "*fake news*", notícias falsas.

Há também notícias falsas para histórias, como afirma o premiado jornalista COCKBURN "Todas as guerras sempre produzem falsas histórias de atrocidade, juntamente com atrocidades reais". Como no caso do Iraque, a coalizão afirmou que apenas um em 157 de seus 14 mil ataques aéreos no Iraque desde 2014 causou uma morte civil, mas a evidência de campo mostra que a taxa real é uma em cada cinco (COCKBURN, 2016).

A rapidez da disseminação da informação aumentou dramaticamente; indecentes afirmações falsas podem ser espalhadas pelo mundo de forma muito rápida independente do fato da capacidade das pessoas em detectar notícias falsas haver também aumentado (QUEIROZ, 2017).

Queiroz (2017), no ano de 1997, o filme "o quarto poder" retratou bem o poder que a mídia exerce sobre a sociedade e até onde ela é capaz de chegar para aumentar a sua audiência. Sendo o quarto poder brasileiro a mídia, que consegue com a sua força e poder o que almeja, conseguindo levar ao público o que quer e ser recebido pelos telespectadores da forma exata que transmitem.

Em seu livro afirma Gallo (2003) "a criação e o desenvolvimento dos meios de comunicação cada vez mais potentes tem contribuído tanto para alienação quanto para dominação e perpetuação de seu poder". Algumas novelas que mostram isso é as que existem a inversão de valores e banalização da moral, como querem ser apresentados pelo poder da imprensa.

Cortez (2000) "ignorância é o centro da miséria, e assim sendo, a população brasileira está quase toda formada por verdadeiros miseráveis". Também dizia ROUSSEAU "são os soberanos que fazem os miseráveis, e infelizmente estes soberanos contam com este quarto poder para a efetivação de seus intentos".

Portanto a mídia expõe seu conteúdo com o intuito de levar para a sociedade as pautas necessárias para que fiquem informados, mas não conseguindo ser neutro apresentam de formas que a opinião aparece levando sempre para um lado da balança. A sociedade não é completamente de receptores que aceitam de tudo, são difíceis de serem manipulados, mas de certa forma são induzidos a escolher o que a mídia poderosa oferece.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. Reflexão sobre o mundo do trabalho. **Jornal da Unicamp. Publicada em 11 out. 2011.** http://sintpq.org.br/index.php/blog/item/1354-ricardo-antunes-reflexao-sobre-o-mundo-do-trabalho-outubro-2011-jornal-da-unicamp**. Acessado em 13 maio 2020.**

BRASIL, **Presidência da República Casa Civil, lei nº 2.083, de 12 nov. 1953, a liberdade de imprensa**. **Publicada em:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L2083.htm. Acessado em: 22 mar. 2020.

CASTILHO, Carlos. Depois do quarto, surge agora o quinto poder. **Observatório da imprensa.** Publicada em 6 maio 2010. http://www.observatoriodaimprensa.com.br/codigo-aberto/depois-do-quarto-surge-agora-o-quinto-poder/ . **Acessado em 04 out 2020.**

CIOTOLA, Gennaro Portugal. A mídia e o quarto poder. **Brasil escola. Publicada em 25 jun 2015.** https://meuartigo.brasilescola.uol.com.br/historia-do-brasil/a-midia-quarto-poder.htm **. Acessado em 04 out 2020.**

Constitucional. Saraiva. 7 ed. São Paulo: 2012. Disponível https://morumbidireito.files.wordpress.com/2016/04/curso-de-direito-constitucionalgilmar-mendes.pdf. Acessado em 09 mai. 2020.

FROTA, Adalgisa. Histórico do surgimento e evolução da mídia no contexto mundial. https://adgisakelly.jusbrasil.com.br/artigos/514868152/historico-do-surgimento-e-evolucao-da-midia-no-contexto-mundial publicado em 21 abr. 2017. Acessado em 09 abr. 2020.

GUTENBERG, Johannes. **A Origem dos Jornais e do Jornalismo. Guia da carreira.** Disponível em: https://www.guiadacarreira.com.br/profissao/jornais-jornalismo/. Acessado em: 20 mar. 2020.

GUTENBERG, Johannes. Curiosidades sobre o Jornalismo: Os Jornais mais Antigos do Mundo. **Guia da carreira.** Disponível em https://www.guiadacarreira.com.br/profissao/jornais-jornalismo/. Acessado em: 20 mar. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** Saraiva. 2 ed. São Paulo:

2012. Acessado em 12 mai. 2020.

LIMA, Álvaro Teixeira. **Comarca de Salvador subdistrito de bom Jesus.** Publicado em 04 mai. 2017. https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/461651531/editais-de-proclamas-04-05-2017-do-tjba. Acessado em 15 abr. 2020.

MATTOS, Alessandro Nicoli de. **O que é democracia?** Disponível em

https://www.politize.com.br/democracia-o-que-e/ acessado em 25 mar. 2020,

publicado em 05 jan.2017.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Brasília: Revista Jurídica Consulex, 2002, Nº. 141. p. 16/18. **Entrevista concedida a Revista Consulex.** Acessado em: 28 mar. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito**

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da**

Metodologia Científica. Atlas. 5 ed. São Paulo: 2003. Disponível https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-eindia. Acessado em 08 mai. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** Atlas. 13 ed. São Paulo: 2003. Disponível em https://jornalistaslivres.org/wpcontent/

uploads/2017/02/DIREITO_CONSTITUCIONAL-1.pfdf. Acessado em 12 mai.2020.

Não autenticado. **Dados de audiência nas 15 praças regulares com base no ranking consolidado.** Publicado em 06 abr. 2020. https://www.kantaribopemedia.com/dados-de-audiencia-nas-15-pracas-regulares-com-base-no-ranking-consolidado-06-04-a-12-04-2020/. Acessado em 12 abr. 2020.

Não autenticado. **Imprensa no Brasil**. Publicada em 07 mai. 2016. https://pt.wikipedia.org/wiki/Imprensa_no_Brasil. Acessado em: 02 abr. 2020.

Não autenticado. **Sistema Brasileiro de Televisão**. Publicada em 26 jul. 2017. https://pt.wikipedia.org/wiki/Sistema_Brasileiro_de_Televis%C3%A3o. Acessado em: 02 abr. 2020.

ROSPA, Aline Martins. O papel do direito fundamental à liberdade de imprensa no estado brasileiro. Publicada em: 01 nov. 2011. Postada em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-papel-do-direito-fundamental-a-liberdade-de-imprensa-no-estado-brasileiro/ Acessado em: 20 mar. 2020.

TELLES, Renato. **A efetividade da matriz de amarração de Mazzon nas pesquisas em Administração**. https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/829428/mod_resource/content/1/Matriz%20de%20Mazzon.pdf Acessado em 03 mai. 2020.

TUMELERO, Naína. Pesquisa quantitativa: entenda como utilizar essa abordagem de pesquisa. Publicada em 04 fev. 2018. https://blog.mettzer.com/pesquisa-quantitativa/#:~:text=A%20pesquisa%20quantitativa%20tem%20o,quantific%C3%A1veis%2C%20isto%20%C3%A9%2C%20n%C3%BAmeros. Acessado em 02 jun. 2020

ZISMAN, Célia Rosenthal. **A liberdade de expressão na Constituição Federal e suas limitações: os limites dos limites.** São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 124. Acessado em : 28 mar. 2020.

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO E LINGUAGEM: A INFLUÊNCIA DA SEMIÓTICA NO DIREITO

JOÃO HENRIQUE DE AMORIM SOBRINHO. Advogado. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Bacharel em Direito pela UNIFIEO.

RESUMO: Este artigo analisa a importância da linguagem no estudo do Direito e traz uma análise histórica da influência da semiótica e do papel da *virada linguística* na mudança de paradigma na interpretação e estudo da ciência jurídica.

Palavras-chave: Semiótica, Virada Linguística, Direito, Linguagem

ABSTRACT: This article analyzes the importance of language in the study of law and brings a historical analysis of the influence of semiotics and the role of the *linguistic turn* in the paradigm shift in the interpretation and study of legal science.

Keywords: Semiotics, Linguistic Turn, Law, Language

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. Círculo de Viena e suas consequências. 3. O Direito e a linguagem. 3.1. Civil Law. 3.2. Commom Law. 4. Dimensões da Semiótica. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1.INTRODUÇÃO

Já faz algum tempo que as ciências vêm dando relevância extraordinária ao estudo da linguagem como ponto de partida para o desenvolvimento científico no âmbito de seus respectivos territórios acadêmicos. Com o Direito não foi diferente. Mas o que é linguagem? Porque ela é tão importante no estudo do Direito?

A linguagem é a capacidade do ser humano para se comunicar por intermédio de signos cujo conjunto sistematizado é a língua. A linguagem não se limita à fala ou à escrita. É multiforme. "*É ao mesmo tempo física, fisiológica e psíquica, ela pertence além disso ao domínio individual e ao domínio social*."99. A mais importante forma de expressão da linguagem é a fala, que, na maioria das vezes, constitui-se base de qualquer outra linguagem.

A partir dessa observação, podemos constatar o aspecto sígnico da linguagem e, por consequência, a importância do estudo epistemológico dos signos e de seu uso. E a ciência que estuda os signos é a semiótica.

A semiologia, ciência apresentada à Sociedade por *Ferdinand de Saussure (Curso de linguística geral – 1916)*, voltando-se para a linguagem verbal, uma vez que o autor era linguista. Todavia, o projeto foi concebido para a pesquisa de todo e qualquer sistema sígnico. Quase simultaneamente, *Charles Sanders Peirce* (escritos datados de 1886), filósofo americano, fundava a semiótica como disciplina independente, tendo por objeto, também, os signos dos mais variados sistemas. De caráter mais acentuadamente filosófica, a teoria de

99 SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. Organizado por Charles Bally, Albert Sechehaye, com a colaboração de Albert Riedlinger. Prefácio da Edição Brasileira Isaac Nicolau Salum. Tradução de Antonio Chelini, José Pauo Paes, Izidoro Blikstein. 27ª ed. São Paulo. Cultrix, 2006.

Peirce teve, desde o início, o mesmo campo objetal que a Semiologia de Saussure, a exceção do fato de que para *Peirce* a semiótica deveria abranger um cálculo lógico.

Boa parte dos autores, contudo, e nós assim também faremos, emprega os dois nomes como sinônimos para designar a teoria geral dos signos.

2.CÍRCULO DE VIENA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Quando a semiótica surgiu como um discreto campo de pesquisa nos escritos de Charles Sanders Peirce e na Semiologia de Ferdinand de Saussure, permaneceu nos limiares da Filosofia. Contudo, em meados do século XX, houve um ressurgimento de interesse na semiótica e uma tentativa foi feita para fundir o pragmatismo americano e a semiótica com o empirismo lógico (Neopositivismo lógico) do Círculo de Viena.

O Neopositivismo Lógico ou, simplesmente, Positivismo Lógico - além de Filosofia Analítica, Empirismo Contemporâneo ou Empirismo Lógico - são os nomes pelos quais dá a conhecer uma corrente do pensamento humano que adquiriu corpo e expressividade em Viena, na segunda década do século XX, quando filósofos e cientistas se encontravam, sistematicamente, para discutir problemas relativos à natureza do conhecimento científico. Tratavam, portanto, de Filosofia das Ciências, mais preocupados, porém, com uma Epistemologia Geral, na medida em que cada um dos participantes lá estava movido pelos interesses específicos do seu campo de indagações.

O grupo era heterogêneo, reunindo filósofos, físicos, sociólogos, matemáticos, psicólogos, lógicos, juristas (Kelsen esteve presente em alguns encontros), etc., profundamente interessados nos fundamentos das respectivas Ciências. Mantiveram intenso intercâmbio de ideias, num regime de cooperação intelectual poucas vezes registrado, circunstância que possibilitou uma série de conclusões tidas como válidas para os diversos setores do conhecimento. É daí que se pode falar de uma Epistemologia Geral, isto é, de uma teoria crítica voltada para o estudo e a análise dos conceitos básicos, dos princípios e dos objetivos do conhecimento científico em geral, bem como dos resultados de sua efetiva aplicação.

Ludwig Wittgenstein pode ser considerado um dos idealizadores da virada linguística. Isso pode ser compreendido a partir das ideias presentes em seus primeiros trabalhos de que os problemas filosóficos surgem de uma falta de compreensão da lógica da linguagem *(Tractatus Logico-Philosophicus - 1921),* e suas observações sobre os jogos de linguagem em seu trabalho posterior *(Investigações Filosóficas – 1953, publicação póstuma)*. É dele a famosa frase "Os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo".

Wittgenstein não chegou a pertencer efetivamente ao grupo (Círculo de Viena). Entretanto seu livro *Tractatus logico-philosophicus* influenciou diretamente os integrantes do movimento, havendo quem afirme que sem as ideias contidas nesses escritos, os Neopositivistas jamais teriam alcançado os níveis de profundidade a que chegaram. O autor define “jogo de linguagem” como uma combinação de palavras, de atos, de atitudes ou de formas de comportamento que possibilita a compreensão do processo de “uso” da linguagem em sua totalidade. É por meio de “jogos de linguagem” que os indivíduos aprendem, na infância, a usar certas palavras ou expressões. Na verdade, o indivíduo não aprende apenas uma palavra ou uma expressão, mas um “jogo de linguagem”, em outras palavras, aprende

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

como usar determinada palavra ou expressão linguística, num contexto determinado, visando obter fins.

Pouco tempo depois, a *Teoria dos atos de fala* (*speech acts*) foi formulada pelo filósofo inglês da Universidade de Harvard, *John Langshaw Austin*. Seu livro, publicado em 1962, *How to do things with words* (Como fazer coisas com palavras), que reúne doze conferências pronunciadas em 1955, enuncia a hipótese de que dizer é também fazer, no sentido de que se tenta, pela linguagem, agir no comportamento do interlocutor. Para o filósofo de Oxford, a linguagem não tem apenas uma função constatativa, ou seja, ela não é utilizada apenas para descrever o mundo das coisas e dos acontecimentos, ela também é uma forma de ação intencional. Ao usar a linguagem, não apenas dizemos alguma coisa, mas também fazemos algo. Para Austin, *todo dizer é um fazer*.

Na década de 1970 as humanidades reconheceram a importância da linguagem como um agente estruturador. Foram decisivas para a virada linguística nas humanidades os trabalhos de outra tradição, especificamente o estruturalismo de *Ferdinand de Saussure*.

Saussure sustentava que o conceito de algo não pode existir sem ser nominado. Portanto as diferenças entre os significados de uma palavra estruturam a nossa percepção. Uma cadeira é definida como uma específica coleção de características que são definidas elas mesmas em certas maneiras, e assim por diante, e tudo isso no sistema simbólico da linguagem. Portanto, tudo que nós pensamos como 'realidade' é na verdade uma convenção de nomes e características, uma convenção que ela mesma é chamada de 'linguagem'. De fato, tudo fora da linguagem é por definição inconcebível (sem nome e significado) e portanto não pode invadir ou entrar na realidade humana, pelo menos não sem ser imediatamente apreendido e articulado pela linguagem.

3.O DIREITO E A LINGUAGEM

O ponto de vista que exsurge desse movimento é o de que a linguagem constitui a realidade, posição essa contrária à intuição e grande parte da tradição ocidental de filosofia. A visão tradicional via as palavras a funcionar como rótulos vinculados a conceitos. De acordo com essa visão tradicional, existe algo como "a cadeira *real"*, que existe em alguma realidade externa e corresponde aproximadamente com um conceito no pensamento humano chamado "cadeira" ao qual a palavra linguística "cadeira" se refere (essa é a tradicional teoria da verdade como correspondência).

A este respeito, disse *Warat "...existe uma importante distinção na teoria do conhecimento subscrita por Sausure: o plano do real concreto e o plano do real reconstruído pelo ato do conhecimento. O primeiro é a matéria empírica bruta, um todo amorfo, sem significação; o segundo é o processo de elaboração teórica que confere aos dados amorfos o seu sentido e a sua função"*100.

Acrescenta o autor: *"Para distinguir o signo, como dado empírico, de sua manifestação, como dado da Ciência, Saussure nos propõe as categorias Fala e Língua. Esta distinção fundamental do pensamento de Saussure permite verificar que, para ele, o objeto*

100 WARAT, Luiz Alberto. O Direito e sua linguagem. 2ª versão. 2ª Edição aumentada. Ed. Sergio Antônio Fabris Editor. 2000. pág. 20

da linguística é a língua e não as linguagens, vistas apenas como manifestações ontológicas do real. A oposição entre língua/fala permite a Saussure aspirar por uma ciência dos signos, estrita ou pura."101

E arremata: "A língua é definida por sua função como método de abordagem dos fatos linguísticos e a fala como os fatos sígnicos que obtém sua significação, mediante sua inscrição na língua."102

Finalmente, salienta *Warat* que língua "não se confunde com a linguagem, mas é somente uma parte, determinada, essencial dela. É, ao mesmo tempo, um produto social da faculdade de linguagem e um conjunto das convenções necessárias, adotadas pelo corpo social para permitir o exercício dessa faculdade nos indivíduos."103.

Paulo de Barros Carvalho, ao expor a dicotomia língua/fala, explica que *"consiste esta última num ato individual de seleção e de atualização, em face da primeira, que é instituição e sistema: o tesouro depositado pela prática da fala nos indivíduos pertencentes a uma mesma comunidade"104.*

Seguindo essas linhas, podemos trazer à baila as lições de *Wittgenstein* que ensinava que o mundo é a quintessência dos "fatos", os quais são retratados pelos fatos sígnicos da linguagem, ou são projetados no espaço lógico como fatos ou como estado das coisas. Essa retratação ou projeção dos fatos do mundo por meio dos fatos sígnicos da linguagem é possibilitada de forma lógica, comum ao mundo e à linguagem.

E os fatos sígnicos se manifestam em dois planos, sejam eles o individual e o social. No plano social, manifesta-se a fim de compreender e se fazer compreender, cada uso sígnico, exigindo um sistema supra-contextual de regras que estabeleçam a ordem de sua enunciação. Esta é a língua.

Em oposição, a fala, que é o plano individual da manifestação dos fatos sígnicos, Desenvolve-se no interior dos fatos sígnicos, que são reconstruídos como objeto da ciência da linguagem.

Ainda, é importante assinalar que para *Saussure*, o signo linguístico possui quatro propriedades, quais sejam a arbitrariedade, a linearidade, a imutabilidade e a mutabilidade. A arbitrariedade se refere ao fato do signo estar atrelado ao significado convencional vigente no seio social. A linearidade, ao fato de que os seus elementos formam uma cadeia que dispõe da linha do tempo. No discurso, as palavras, em virtude do seu encadeamento, excluem a possibilidade de dois elementos ao mesmo tempo. A imutabilidade revela o caráter relativo da arbitrariedade, pois um signo é arbitrário unicamente em razão da relação significante/significado. Finalmente, a mutabilidade indica a necessária e inevitável evolução a que está sujeita a língua, no que tange à relação significante/significado.

101 Ibidem. Pág. 20
102 Ibidem. Pág. 23
103 Ibidem. Pág. 17.
104 CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 7ª edição. Ed. Noeses. São Paulo, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No intuito de demonstrar a importância da linguagem no estudo do Direito, tomemos os seguintes conceitos de Direito:

3.1 Civil Law

Para *Kelsen "...o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo 'norma' se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. (...) Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido objetivo é um ser."105.*

3.2 Commom Law

Para *Hart*, o direito é visto como uma instituição social e, sendo assim, como um fenômeno cultural constituído pela linguagem. Por isso, é que o autor pretende privilegiar o uso da linguagem normativa como o segredo para que se compreenda a normatividade do direito. Assim, a necessidade de aceitação das regras de reconhecimento, alteração e julgamento como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos funcionários e a obediência às regras de comportamento são condições de existência do sistema jurídico e demonstram a existência de uma normatividade social.

Hart, defende que o sistema jurídico, além de fenômeno constituído pela linguagem, é um sistema aberto e auto-referencial (autopoiético), existindo nele uma zona de textura aberta. Em algum momento, o conteúdo normado não será suficientemente explícito, pois há limites naturais da linguagem, de modo que o intérprete terá que buscar uma complementação de significados para preenchimento de lacunas. Neste momento os tribunais exercerão uma função criadora do direito.

Notemos que em ambos os conceitos é inexorável a necessidade da linguagem para a transmissão da mensagem desejada aos destinatários, no intuito de efetivar a intervenção na ordem social (comportamento humano).

Aliás, em que pese as diferenças existentes entre os sistemas *Commom Law* e *Civil* Law, hoje se verificam similitudes que merecem atenção. De há muito se percebe a influência do sistema de precedentes no sistema da *Civil Law*, especialmente no Brasil e com o advento do Novo CPC, assim como se verifica na *Commom Law*, com o aumento expressivo da carga legislativa.

No sistema inglês há diversas camadas da legislação. A legislação primária são os Atos do Parlamento que são aprovados pelo Parlamento. A maioria dos Atos são "Atos Públicos Gerais", que se aplicam geralmente na Inglaterra.

105 KELSEN, Hans [1960]. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6a ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 5-6.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

E essa legislação primária é complementada por um vasto corpo de regulamentos e regulamentos, conhecidos genericamente como instrumentos estatutários. Normalmente, são feitos mais de 3.000 deles por ano, com milhares de páginas de texto, ou seja, igualmente se verifica a mensagem do direito sendo veiculada sob a forma de norma escrita, de caráter genérico e abstrato.

Neste aspecto, basta avaliarmos algumas das funções da lei, mencionadas por *Martin Partington* na obra *Introduction to the English Legal System106*, como, por exemplo, a resolução de problemas sociais, a regulação das relações humanas e a função educativa e ideológica da lei. Aliás, sobre o aspecto pedagógico da lei, a refletir um *status* social desejado pelo emissário da norma jurídica, vale mencionar o caso da vertiginosa mudança de atitude dos ingleses frente ao problema do alcoolismo. De acordo com o autor, diversas normas contribuíram para formar uma opinião geral no sentido de que beber e dirigir não seria mais considerado como um comportamento aceitável no plano jurídico, tendo em vista o número de acidentes existentes. Outro exemplo mencionado pelo autor foi a contribuição da lei para a eliminação do fumo em locais públicos, o que, de certa forma, acaba por disseminar uma política antitabagista do emissário da norma. Finalmente, podemos citar um terceiro exemplo mencionado por *Partington* que é a lei que proíbe diversas formas de discriminação. Em outras palavras, tais normas caracterizam o envio de um sinal mais generalizado, educativo, destinado aos membros da sociedade em geral que praticam esse comportamento discriminatório, para que deixem de praticá-lo.

4.DIMENSÕES DA SEMIÓTICA

O signo pode ser estudado sob três pontos de vista, quais sejam o sintático, o semântico e o pragmático.

A sintaxe é a parte da semiótica que estuda as relações dos signos entre si. Sempre teremos um conjunto de signos e um conjunto de regras, sejam elas de formação, quando indicam a maneira de combinar signos elementares visando formar signos mais complexos e permitindo a construção de expressões bem formadas, sejam elas de derivação, que permitem gerar novas expressões a partir de outras já dadas.

A semântica estuda os signos em suas relações com os objetos a que se referem. Estuda os modos e as leis segundo os quais as palavras se aplicam aos objetos. Em outras palavras, a relação significante/significado. Porém, no positivismo lógico, a verdade opera como critério ou condição de sentido, em outras palavras, um enunciado não será semanticamente significativo se não for empiricamente verificável (postulado da verificação).

De acordo com *Warat*, *"a análise da semântica não deve ser considerada relevante para o direito. No entanto, encontra-se, desde o normativismo kelseniano ao realismo de Alf Ross, uma profunda preocupação com os métodos de verificação da ciência jurídica. Kelsen, por exemplo, considera a possibilidade de efetuar um processo de verificação (estipular a verdade de uma proposição jurídica) quando o conteúdo desta corresponder ao conteúdo da norma. Assim, para Kelsen, os enunciados da ciência do direito teriam um sentido semântico – sujeitos à verificação de verdade – na medida em que afirmam a validade de uma norma. (...) Alf Ross, por sua vez, emprega como condição de sentido jurídico a vigência, que deve*

106 PARTINGTON, Martin. Introduction to the English Legal System. 2011-2012. Oxford University Press.

ser encontrada nas sentenças do judiciário, vistas como fatos sociais. Assim, a vigência, funcionando como condição de sentido, estabelece que a norma jurídica é vigente quando aplicada pelos tribunais."107.

Já a dimensão pragmática da semiótica estuda a relação dos signos com os usuários. Sua problemática central gira em torno da análise dos modos de significar, usos ou funções da linguagem. Parte-se da ideia de que fatores intencionais provocam alterações na relação designativa-denotativa dos significados das palavras ou expressões.

O processo comunicacional do Direito é realizado à partir da linguagem, essa última que é própria, escrita (fruto da linguagem falada) e prescritiva, no que concerne ao direito positivo. Logo, é importante que essa mensagem seja bem compreendida. Estamos falando de mais uma forma de interpretação (semiótica), que não anula às demais, mas as complementa.

Contudo, na compreensão do Direito podemos nos deparar com situações de vaguidade ou ambiguidade de expressões ou signos, os quais podem nos levar a um entendimento errôneo de determinada norma jurídica.

Em relação à ambiguidade discorre *Carrio* que *"Não é verdade que todas as palavras são usadas, em todos os contextos, para conotar as mesmas propriedades. Se um dos meus filhos me perguntar: "O que significa 'rádio?", Não tenho escolha a não ser responder com outra pergunta: "Em que frase ou frase?" Porque em alguns isso significará algo como "aparelhos elétricos usados para ouvir música e notícias"; em outros, "metal descoberto pelos cônjuges do Curie"; em outros "metade do diâmetro"; em outros, coisas tão imprecisas quanto o que indicamos ao falar sobre o raio de ação de uma certa influência política, ou o raio central da cidade. Este exemplo simples mostra-nos que o significado das palavras é uma função do contexto linguístico em que elas aparecem e da situação humana em que são usadas."108.*

Acerca da vaguidade, o mesmo autor diz que "Minha dúvida não decorre da falta de informações sobre o objeto; Eu sei tudo o que preciso saber sobre ele. Isso decorre do fato de eu não saber onde termina o campo de aplicação da palavra "X".(...) O uso atual da palavra não nos fornece um guia seguro, positivo ou negativo, para classificar casos duvidosos, porque é deliberadamente usado com imprecisão, palavras que cumprem uma função importante nas línguas naturais e também na linguagem do direito. Geralmente falamos de tempo razoável, erro substancial, culpa ou ferimento grave, perigo iminente, velocidade excessiva, etc. Para aludir a esse fenômeno, falamos da "imprecisão das línguas naturais".109

Movendo nossa atenção para a dimensão pragmática da linguagem, identificamos as *funções da linguagem*. Embora nenhuma manifestação linguística seja pura, exercendo uma

107 WARAT, Luiz Alberto. O Direito e sua linguagem. 2ª versão. 2ª Edição aumentada. Ed. Sergio Antônio Fabris Editor. 2000. pág. 43/44.
108 CARRIO, GENARO R. Notas sobre derecho y linguagem. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. 5ª Ed. 2006. pág. 28.
109 Ibidem. Págs. 29/30.

única função, pode-se falar em função dominante, tomando seu *efeito imediato* para fins de classificação, conforme ensinamentos de *Alf Ross.110*

Desta feita, temos que a linguagem do Direito Positivo é descritiva, que tem por objeto condutas intersubjetivas, que é técnica e deôntica, por exemplo, ao passo que a linguagem da ciência do Direito é descritiva, que tem por objeto o Direito positivo, que tem linguagem técnica e alética.

Portanto, em sendo a linguagem do Direito (positivo) prescritiva, *deôntica* (dever ser), caracteriza-se pelo uso dos modais deônticos *obrigatório, vedado ou proibido* e *permitido.*

5.CONCLUSÃO

O Direito é fruto de um processo comunicacional, onde as normas jurídicas (sejam elas abstratas ou concretas), independentemente do sistema a que pertençam, possuem o condão de regular o comportamento humano no âmbito das relações interpessoais, de sorte a implantar a conduta desejada pelo ente emissor da ordem normativa, que, ao editar/proferir uma norma emite uma mensagem ao destinatário, mensagem sob a forma de linguagem escrita e típica do direito positivo (prescritiva) sob pena de o não cumprimento acarretar uma sanção.

Tanto no *Civil Law*, regido pela lei, a comunicação (linguagem) acontece, quanto também na *Commom Law*, já que a decisão (sentença) é a norma jurídica individual e concreta que veicula uma mensagem. no caso da última a mensagem é aquela que advém do *sistema dos precedentes*.

Assim, entendemos, em consonância com o ilustre entendimento esboçado pela Professora Doutora *Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos* que "...qualquer ciência que empregue *linguagem* deve submeter à prova de validade seu próprio método, mas uma ciência como a jurídica e a política, que empregam *a linguagem como ferramenta*, não podem privar-se de estudar e analisar a estrutura de seu próprio objeto."111

6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRIO, Genaro R. Notas sobre derecho y linguagem. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. 5ª Ed. 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 7ª edição. Ed. Noeses. São Paulo, 2018.

110 ROSS, Alf. Lógica de las normas, Tradução José S.P. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.28. Hierro. Madrid: Editorial Tecnos, 1971.

111 Extraído do Trabalho apresentado no I Curso Internacional de Teoria Geral do Direito, de 18 a 22 de abril de 2016, em Veneza pela Professora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Professora Livre Docente em Direito pela USP, Doutora em Filosofia do Direito pela PUC/SP, Professora de Teoria Geral do Direito e de Filosofia do Direito nos cursos do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/SP e Professora Coordenadora do Curso de Graduação em Teoria Geral do Direito. https://www.ibet.com.br/hotsites/tgdveneza/artigos/maria-celeste-cordeiro-leite-dos-santos.pdf

KELSEN, Hans [1960]. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6a ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PARTINGTON, Martin. *Introduction to the English Legal System*. 2011-2012. Oxford University Press.

ROSS, Alf. Lógica de las normas, Tradução José S.P. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.28. Hierro. Madrid: Editorial Tecnos, 1971.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Trabalho apresentado no I Curso Internacional de Teoria Geral do Direito, de 18 a 22 de abril de 2016, em Veneza pela Professora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Professora Livre Docente em Direito pela USP, Doutora em Filosofia do Direito pela PUC/SP, Professora de Teoria Geral do Direito e de Filosofia do Direito nos cursos do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/SP e Professora Coordenadora do Curso de Graduação em Teoria Geral do Direito. https://www.ibet.com.br/hotsites/tgdveneza/artigos/maria-celeste-cordeiro-leite-dos-santos.pdf

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. Organizado por Charles Bally, Albert Sechehaye, com a colaboração de Albert Riedlinger. Prefácio da Edição Brasileira Isaac Nicolau Salum. Tradução de Antonio Chelini, José Pauo Paes, Izidoro Blikstein. 27ª ed. São Paulo. Cultrix, 2006.

WARAT, Luiz Alberto. O Direito e sua linguagem. 2ª versão. 2ª Edição aumentada. Ed. Sergio Antônio Fabris Editor. 2000.

www.conteudojuridico.com.br

O IMPACTO GERADO PELAS FAKE NEWS E SEUS EFEITOS NO MEIO POLÍTICO

ANTONIETA GIL CABRAL CAVALCANTE: Bacharelanda em Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus.

JOÃO CHAVES BOAVENTURA

(orientador)[112]

RESUMO: O objetivo do presente trabalho científico é trazer à existência, de que forma o partidarismo político que domina a sociedade brasileira atualmente, influencia na aceitação do fenômeno das Fake News e quais são seus efeitos na política brasileira. Tal fenômeno caracteriza-se na circulação de forma viral de notícias falsas de determinado grupo político, em benefício à outro grupo político. Por meio de uma pesquisa exploratória e descritiva, o artigo tratará brevemente de forma cronológica, iniciando a respeito da cultura Coronelista que ocorreu desde a Proclamação da República até a Revolução de 1930, porém, seguindo vestígios até os dias atuais nas veias brasileiras, embora muito mais explícito na política interiorana, tal fenômeno já pode ser observado facilmente em todas as esferas públicas, quer seja no legislativo ou executivo no Brasil. Trataremos ainda por meio de dados obtidos em pesquisas realizadas por agências especializadas, o nível de checagem de tais informações obtidas diariamente por meio das redes sociais e em que categoria de confiabilidade estas detém aos que as recebem. Contudo, mensurarmos se há algum grau de culpabilidade dos agentes beneficiários de tais falsas verdades.

Palavras-chaves: Política, Fake News, Informação, Redes Sociais.

ABSTRACT : The objective of this scientific work is to bring into existence how the political partisanship that dominates Brazilian society today, influences the acceptance of the Fake News phenomenon and what are its effects on Brazilian politics. This phenomenon is characterized by the viral circulation of false news from a given political group, to the benefit of another political group. Through exploratory and descriptive research, the article will briefly portray chronologically, starting with the Colonist culture that occurred from the Proclamation of the Republic to the 1930 Revolt, however, following traces to the present day in Brazilian veins, although very more explicit in the interior policy, such a phenomenon can already be easily observed in all public spheres, whether in the legislative or executive in Brazil. We will also portray, through data obtained in surveys carried out by specialized agencies, the level of verification of such information obtained daily through social networks and in what category of reliability they have to those who receive them. However, we will measure whether there is any degree of guilt in the agents who benefit from such false truths.

Keywords: Politics, Fake News, Information, Social Networks.

Introdução

[112] Professor Orientador. Formação em Ciências Econômicas - Universidade Federal do Amazonas - Direito - ULBRA , Universidade Luterana de Manaus.

O termo “Fake News”, apesar de ser relativamente novo em nosso vocabulário cotidiano, o comportamento deste se faz presente na vida social desde os primórdios descritos na história. Antes chamados de comentários, fuxicos e até mesmo fofoca, este comportamento de inferi malefícios verídicos ou não, com intuito de barganhar algum benefício, se faz cada dia mais presente nos trâmites políticos, principalmente em períodos próximos à campanha política ou pelos simples fato de que a melhor defesa é o ataque.

A falsa notícia faz com que a massa populacional seja convencido de fatos sem fundamentos algum, um grande exemplo disso eram as “jogadas” midiáticas que época tv ditava o que era aceitável, ou quais os assuntos a sociedade precisaria tratar no momento, entre outros. A tomada de consciência crítica da população com a popularização da internet, trouxe a baila a necessidade de checar as notícias por mais confiáveis que parecessem.

Por meio de levantamentos quantitativos, tem-se que 62% dos brasileiros não conseguem reconhecer a priori uma fake news, e ainda, 70% compartilham diariamente informações falsas sem sequer investigar a veracidade.

As últimas eleições presidenciais nos EUA e até no Brasil foram os maiores exemplos do poder informativo das redes sociais, e, o quão importante imaginar-mos para a realidade interiorana brasileira, onde o acesso à informação de qualidade é demasiadamente escassa ou facilmente corrompida.

Desenvolvimento

Para o melhor entendimento, o presente artigo trouxe um breve registro acerca da origem histórica de sociedade. Logo, tem se uma verdadeira imensidão de informações referente à este lapso temporal da humanidade, mas é fático constatar que há relatos de vida em sociedade a pelo menos 4.000a.C. A sociedade como temos hoje, nada mais é do que o fruto da evolução e desenvolvimento, de civilizações como a Grega e a Romana, as quais, por meio de influência sócio-cultural, podemos observar sua continuidade em pequenos detalhes da sociedade atual.

Segundo RODRIGUES (2019), a autora afirma que o desenvolvimento da civilização antiga, até o que nós chamamos atualmente de sociedade, se deu por intermédio de contatos, conflitos, religiosidade, entre outros.

> Considera-se no âmbito deste trabalho que as fake news são informações publicadas com a intenção de enganar, a fim de prejudicar indivíduos, coletivos, organizações, instituições com o fito de auferir ganhos econômicos ou políticos. (...) Em geral, nas fake news são utilizadas manchetes desonestas, sensacionalistas ou escritas de forma a aumentar as visualizações, os compartilhamentos online e os ganhos por cliques na internet (WILKE, s/data, p. 385)

O termo *Fake News*, foi consagrado no ano de 2017 pelo ilustre dicionário Cambridge, logo após a fatídica eleição norte americana de 2016, onde Hillary Clinton, fora alvo de uma das primeiras fake news de proporção global. Seu concorrente, o então candidato Donald Trump (o qual se orgulha em ser o “pai” do referido verbete), a fim de encobrir seus atos considerados não benéficos, acusava toda e qualquer notícia “falsa” a seu respeito, assim

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

utilizando do verbete em seu formato reverso (TARGINO & CAVALCANTE, 2019)

Desde então, podemos tomar como base, artigos onde diz que tal verbete se faz presente no cotidiano de grande parte da população global. A insegurança ao ler toda e qualquer notícia, o descontentamento com a atual forma tomada pelo jornalismo e também o significativo abuso na ignorância (falta do saber) de um determinado nicho da população, faz com que haja a preocupação exacerbada sobre a veracidade de tal fato, ou até, a não credibilidade generalizada de todo e qualquer meio de comunicação Recuero e Gruzd (2019).

Por muitos anos a mídia (meios jornalísticos), foram responsáveis pelas principais mudanças políticas no Brasil. Críticas nas entrelinhas do entretenimento, até a propagação massante de determinada notícia, ou caso em específico, fazem com que a sociedade com o passar do tempo, absorva isso como fato a ser considerado verídico, mesmo que não haja qualquer indício. Para Rodrigues (2019), a mídia exerce um papel de difusora ideológica.

> Os cidadãos foram transformados em consumidores e decisões coletivas em questões de necessidade e escolha individual, o que nos deu nada mais do que a ilusão de comunicação democrática: um tipo de mídia cujos editores jantam na mesma mesa que políticos de alto escalão, são educados nas mesmas instituições e compartilham muitos dos mesmos valores corporativos e agendas ideológicas; um tipo de mídia que é desagregada em teoria, mas centralizada na prática; um tipo de mídia cujas ferramentas podem ser acessadas livremente, mas cujas redes mais poderosas permanecem fechadas. **Este é um tipo de mídia marcado pelo comércio, cumplicidade e cautela, em vez de pensamento crítico, criatividade e jornalismo consciente**. (FENTOM; FREEDMAN, 2018, p.111)
>
> *(grifos nossos)*

Para o estudo suscitado, a mídia ao expor novas tendências com a finalidade de "contribuir com o processo de globalização", passa a influenciar a cultura, estilo de vida social, consumo e até visão política.

Neste sentido, em 2019 durante o Seminário Internacional, realizada pelo o Tribunal Superior Eleitoral, cujo tema: "Eleições e Fake News no Mundo", fora amplamente exposto que o fenômeno no qual o verbete "Fake News" se tornou, é atualmente um mal irreversível. Apontou ainda, que tal fenômeno só seria possível de se erradicar, por meio da "educação em face da desinformação".

Tratando deste assunto, pesquisas apontam a Dinamarca, Suíça e Singapura como países menos corruptos do mundo (Pragmatismo, 2020). Neste diapasão, em entrevista para o site UOL (2020), o então coordenador da pesquisa de Transparência Internacional do Brasil, Sr. Guilherme France, o alto grau de investimento em educação, e a confiança que a população destes países têm no trabalho desenvolvido pelos funcionários públicos, somados ainda com a quase inexistência diferença social, constituem uma fórmula quase mágica, levando desta maneira a galgar sempre colocações de destaque no que se refere a desenvolvimento sócio-econômico, educação e corrupção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Após todo escândalo envolvendo grandes nomes da política e empresários donos de empresas multinacionais, o Brasil teve mais uma queda na lista de Anti-Corrupção. Ainda, segundo a pesquisa acima, o Brasil configura a colocação 106º lugar do ranking.

Mídias sociais como Whatsapp, Twitter e Facebook, por conta de serem ferramentas de alto poder pulverizador de mensagens, constantemente são as ferramentas utilizadas pelos agentes "fabricadores de Fake News".

Segundo Easley e Kleinberg (2011), às cascatas de informação, como são chamadas as recorrências contínuas de determinadas informações (sejam elas verídicas ou falsas), a fim de que com a demasiada repetição de tal fato, este, comece a fazer sentido na consciência do receptor. Transformando essa cascata de (des) informação cada vez maior.

Muito provavelmente, em contraponto ao que acontece com países como Suíça e Dinamarca, a baixa confiança nos representantes políticos, a alta desigualdade social e a baixa qualidade de ensino, fazem com que o nosso país não tenha credibilidade externa, tampouco interna.

Atualmente, segundo dados do IBGE (2020), podemos perceber que 46,6 % dos brasileiros têm no máximo o ensino fundamental completo. Apesar de no art. 5º da Constituição da República de 1988, está designado ao Estado o poder-dever na responsabilização com a educação da população brasileira.

Hoje, aproximadamente apenas 17% dos brasileiros possuem ensino superior (cursando/completo). Tais dados chegam ser alarmantes, principalmente nos dias que vivemos hoje, com tantas desinformações e casos de corrupção que assola nossa sociedade hoje. Assim, facilitando pela falta de conhecimento desta parcela da população a pulverização das fakes news.

Depois de passado o marco global das Fake News em 2016, com o caso das eleições Norte Americanas, no Brasil apesar de que as falsas verdades e as imputações de fatos inexistentes, são artifícios já demasiadamente utilizados na política brasileira. Foi com o desenrolar da Força Tarefa da Lava-Jato que tal fenômeno teve seu ápice no Brasil.

Na ocasião houve o vazamento de conversas por meio de ligações de voz e mensagens de texto, nas quais foram expostos grandes personalidades, e de muita influência no país. Tendo como consequência a prisão de ex-presidente da república, dito como "imaculado", por alguns até os dias de hoje.O vazamento dessas informações, era época o assunto mais comentado e pesquisado no Facebook.

Neste sentido, para Lemos (2013) a cibercultura, focada no consumerismo digital, onde o comércio, as mídias jornalísticas e políticas, formam uma sociedade praticamente homogênea. Assim, possibilitando que cada grupo de similaridade, exerça poder de influência cada vez maior dentre seus afins. Aumentando a intolerância de ideias, políticas e até religiosas.

Lemos ainda afirma que a "*Indústria Cultural*", de especulações, fabricação de falsas verdades e suas recorrências contínuas, seja em questões de consumo ou questões políticas são facilitadas pela questão da falta de conhecimento e baixa confiabilidade dos governantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Pois segundo o autor, a não confiabilidade exerce caráter pré-analitico das fake news.

> **Vários levantamentos mostram que as notícias fraudulentas repercutem mais do que as verdadeiras.** E mais rapidamente. E arrebatam as amplas massas de um modo acachapante, num grau jamais atingido pelos meios jornalísticos mais convencionais. Em questão de um dia ou dois, a campanha de Trump conseguiu fazer com que metade dos Estados Unidos acreditasse que Barack Obama nasceu no Quênia. (Bucci, 2018, p. 27)
>
> *(grifos nossos)*

A ministra Rosa Weber, em palestra durante o Seminário Internacional, promovido pelo TSE (2019), defendeu a necessidade de estudos e ações de políticas públicas, com a finalidade de minimizar as consequências maléficas, trazidas pela cultura das Fake News. A aludida ministra diz ainda que, é necessário que haja parâmetros científicos para que tal fenômeno não continue a interferir no processo democrático no território brasileiro.

Por meio de dados da pesquisa feita por Recuero &Gruzd (2019), a procura por palavras chaves no Twitter são 10,9% mais prováveis quanto às empregadas nas falsas noticias. Em face de 2,07% são referentes à procura das palavras chaves empregadas às notícias verídicas. Para tal estudo, fora pego um determinado caso concreto, é, feito assim a comparação nas buscas das notícias, falsas e verídicas.

Visando controlar o fenômeno que mancha o trilhar da plena democracia, o Senado aprovou no dia 30/06/2020 o Projeto de Lei nº 2.630/2020 de autoria do Deputado Alessandro Vieira (SE), onde este, tem por objetivo " Instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet". Segundo a explicação no site do Senado:

> Estabelece normas relativas à transparência de redes sociais e de serviços de mensagens privadas, sobretudo no tocante à responsabilidade dos provedores pelo combate à desinformação e pelo aumento da transparência na internet, à transparência em relação a conteúdos patrocinados e à atuação do poder público, bem como estabelece sanções para o descumprimento da lei .

Estabelecendo desta feita, normas, penalidades (cíveis, penais e administrativas) e trazendo mecanismos de transparência para desta forma, desencorajar o abuso e manipulação das informações como já dissertado neste artigo. Contudo, a lei visa não somente o cuidado com o conteúdo publicado de forma inverídica ou abusiva, mas como, tem por finalidade assegurar a liberdade de expressão da sociedade nos devidos limites por ela impostos.

Das inúmeras inovações trazidas pelo aludido projeto de lei, o seu art. 13 tras modificações específicas e pontuais para reprimir a possibilidade de acontecer no Brasil, fato similar às eleições americanas, assim, no período eleitoral, e durante calamidade pública por exemplo, será limitada a propagação de no máximo 1 (um usuário) por vez. Assim dificultando a ação pulverizadora das Fake News.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Outra inovação é a não responsabilização dos meios midiáticos, e sim, a responsabilização do agente propagador da fatídica "nota falta". No §1º do art. 1º do LP em comento. Registra-se que, apesar de estar disposto de forma literal que o LP considerar-se-á como parâmetros a lei do Marco Civil da Internet e a LGPD. Também, em seu art. 30, o PL tem a finalidade de incluir o inciso XI no art. 11 da Lei nº 8.429/92 - lei de Improbidade. Acrescentando o trecho abaixo, no rol taxativo de atos de improbidade administrativa.

A informação sempre teve presente no trablhar na história da sociedade brasileira, assim como o famoso "boca a boca", hoje chamado de Fake news. Entretanto, com as facilidades tecnológicas, percebeu-se que tal fenômeno ganhou proporções gigantescas, a ponto de gerar finco so sistema democrático em nosso país.

Conclusão

O objetivo do presente artigo, foi trazer à baila, um breve registro histórico do surgimento das sociedades e a importância que a informação/comunicação teve e tem para o processo evolucional da sociedade.Até a chegada dos dias atuais, onde a sociedade está altamente conectada, chegando até ser neste aspecto um perigo para o sistema democrático, segundo a Ministra Rosa Weber, enquanto então Presidente do TSE.

Em uma sociedade, onde já adquiriu a cultura da pulverização de notícias por meio das mídias sociais, sejam ela verídicas ou não. A percepção de irreversibilidade de tal fenômeno se faz recorrente na mente dos que se preocupam com tal situação. Entretanto, utilizando as mesmas ferramentas de repetição, abordagem em todas as mídias existentes e a utilização de palavras chaves de forte impacto. O estado vêm buscando trazer conhecimento para o público já cativo da cultura da desinformação, o conhecimento referente ao comportamento errado da disseminação de fake news.

Ao passo que diariamente, ainda vemos em nosso dia a dia, fake news na seara política, como forma de prejudicar determinada figura pública. O Senado em junho de 2020 aprovou a PL 2.630, onde Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, com limitações e responsabilização na pessoa quer seja física ou jurídica que configure o polo ativo da disseminação das fake news.

Ficou claro por meio do exposto no presente artigo, que a questão da baixa qualidade da educação da massa da sociedade, somada com a frágil confiança nos agentes públicos e políticos, fazem com que a sensação de impunidade nos consuma, fazendo assim, da sociedade brasileira descredibilizada internamente em níveis talvez maiores que externo.

Diante de todo o exposto na presente pesquisa, é possível afirmar que o desgoverno que se instalou por décadas em nosso país nos renderam lugares longínquos ao pódio dos países com a melhor educação, e este fator contribui para todos os outros negativos que ainda temos em nosso país. Assim como nos rendeu a cultura corruptiva a qual vigora em nossa política. Assim como toda e qualquer mudança, começa-se aos poucos, como já iniciado na informação sobre o perigo das fake news disseminadas pelo próprio Estado, como o PL que limita´ra e responsabilizar tais agentes.

Referência Bibliográfica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BUCCI, E. (2018). **Pós-política e corrosão da verdade.** Revista USP, 116, 19-30. https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i116p19-30

Easley, D.; & Klleinberg, J. **Networks, Crowds, and Markets: Reasoning about a Highly Connected World.** Cambridge University Press, 2010. Disponível em: <http://www.cs.cornell.edu/home/kleinber/networks-book/>. Acesso em 28/09/2020.

FENTON, N.; FREEDMAN, D. **Democracia fake, más notícias**. Comunicação & Educação, v. 23, n. 1, p. 107-126, 2018.

HOLANDA, R. R. ; LAVOR FILHO, T. L. de ; ANTUNES, D. C. **Indústria cultural e (semi)informação: Mídias sociais e fake news nos entornos da política brasileira.** Id on Line Rev. Mult. Psic., v. 13, n. 46, p. 262-276, 2019.

LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

PROJETO DE LEI Nº 2630 DE 2020 Lei **Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet..** Disponivel em : https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110634&ts=1600365763642&disposition=inline. Acessado em 01/10/2020.

TARGINO, Maria das Graças; CAVALCANTE, Anderson Victor Barbosa. **Admirável mundo novo da ética da informação 2.0 em tempos de fake news.** Revista Informação em Pauta, Fortaleza (CE), v. 5, n. 1, p. 33-53, jan./jun. 2020.

RODRIGUES, Shirley Maria de Oliveira. **Fake News no Facebook: a desinformação no cenário eleitoral brasileiro de 2018**. 2019. 85f. - Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Ceará, Centro de Humanidades, Curso de Graduação em Biblioteconomia, Fortaleza (CE), 2019.

RECUERO, Raquel; GRUZD, Anatoliy. **Cascatas de Fake News Políticas: um estudo de caso no Twitter.** Galáxia (São Paulo) , São Paulo, n. 41, pág. 31-47, agosto de 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-25532019000200031&lng=en&nrm=iso>. acesso em 07 de outubro de 2020.

https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Maio/impacto-das-fake-news-em-eleicoes-mundiais-e-discutido-durante-seminario-no-tse

https://www.pragmatismopolitico.com.br/2020/01/os-10-paises-mais-e-menos-corruptos-do-mundo.html

https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/rfi/2020/01/23/educacao-e-confianca-fazem-da-dinamarca-pais-menos-corrupto-do-mundo.htm

https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html

www.conteudojuridico.com.br

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

MANOEL VICTTOR VIEIRA COELHO: Advogado. Graduado em Direito pela PUC/GOIÁS. Pós graduando em Direito Civil e Consumidor pela UNIAMÉRICA. Pós graduando em Direito Público pela UNIAMÉRICA.

MÁRCIO ROBERTO JORGE FILHO

(orientador)

RESUMO: O controle de constitucionalidade difuso e a ação civil pública são institutos que possuem procedimentos singulares. Sendo assim, averiguamos a viabilidade de eventuais inconstitucionalidades serem questionadas mediante utilização de ações coletivas. Ocorre que o efeito habitual do controle difuso é uma declaração *inter partes*, enquanto a repercussão usual da ação civil pública é uma decisão *erga omnes*. O corrente estudo assentou a possibilidade de conjugação dos instrumentos, contanto que sejam respeitadas algumas premissas teóricas e práticas. Palavras-chave: controle de constitucionalidade; questão prejudicial; ação civil pública; ação coletiva.

INTRODUÇÃO

Poderíamos introduzir o trabalho fazendo uma exposição sumária dos assuntos a serem abordados ao longo do texto.

No entanto, essa atitude seria reducionista, afinal, a missão daquele que lida com o fenômeno jurídico deve ser investigar os fundamentos próximos e remotos dos institutos, questionando o próprio sistema.

O estudo do Direito não deve se desvencilhar da Filosofia, não nos esqueçamos que a própria noção de justiça é filosófica.

A menos, é claro, que se pretenda um enfoque prático, imediatista e utilitarista, onde se faça uma medíocre aplicação automatizada das normas vigentes em determinada época.

No dizer de Miguel Reale (1988, p. 3):

> O filósofo autêntico, e não como o mero expositor de sistemas, é, como o verdadeiro cientista, um pesquisador incansável, que procura sempre renovar as perguntas formuladas, no sentido de atingir respostas que sejam "condições" das demais. A Filosofia começa com um estado de inquietação e de perplexidade, para culminar numa atitude crítica diante do real e da vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ademais, o exegeta deve se ater à realidade social, econômica e política do espaço em que se insere determinado ordenamento jurídico.

Devemos problematizar o Direito, filosofar, buscar respostas a seguidos questionamentos, buscar estabelecer verdades que implementem sentido ao ordenamento jurídico.

Ao atingir uma verdade geral, atingimos um pressuposto ou um princípio, verdades fundamentais que se põe como alicerce de um sistema particular de conhecimento (REALE, 1986, p. 60). Muito embora a verdade sempre se renove com o surgimento de teorias, posições pessoais, perspectivas diversas, etc.

Se todos concluíssem sempre no mesmo sentido não haveria que se falar em Filosofia. A Filosofia pode ser tida como a ciência dos princípios, pois estes surgem não para indicar algo, mas a razão de ser de algo.

Todo estudo científico é subordinado a um empenho de compreensão do real. Em que pese o conhecimento ser do próprio ser humano, nem todos conhecem de maneira equivalente. (REALE, 1988, p. 41).

Como se depreende das lições de Cretella Júnior (1995, p. 37-47), no processo humano de aquisição do conhecimento existe um escalonamento, onde cada grau representa um momento da operação de generalização.

Quanto maior a capacidade de generalização e abstração, maior a compreensão e o conhecimento do sujeito.

Nessa linha de raciocínio, fala-se em conhecimento vulgar, científico e filosófico.

No saber jurídico não poderia ser diferente, o que gera uma singela distinção entre o técnico, o especialista e o jurisconsulto.

Não basta interpretar a ordem jurídica de forma pontual e tecnicista, como se o sistema se resumisse num artigo de lei.

Na seara da hermenêutica, impenetrável ao leigo, os artigos jamais devem ser interpretados isoladamente. O artigo de lei só vale em função dos demais artigos do Código em que se inscreve, articulado este com outros diplomas legislativos e com o espírito geral do sistema. Logo, interpretar um artigo isolado, como faz o leigo, é cometer um erro elementar de hermenêutica jurídica. (CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 46).

É necessária uma análise interdisciplinar, como bem alerta Eros Grau (2009, p. 131-132) “o direito não se interpreta em tiras”.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme clássica lição de Hans Kelsen, o mundo do "ser" não se confunde com o do "dever ser", o Direito é a ciência do "dever ser", onde as normas jurídicas expressam permissões ou proibições.

Já na tradicional distinção de Robert Alexy, as normas são um sistema integrado por regras e princípios, sendo que ambos expressam um "dever ser". Para o referido autor, a diferença dos institutos é qualitativa, regras são feitas para serem cumpridas ou descumpridas, enquanto princípios são mandados de otimização, devendo ser aplicados na maior amplitude possível em busca de um valor.

Ocorre que, contemporaneamente, alguns paradigmas têm sido superados,

momento em que institutos jurídicos "clássicos" adquirem nova feição.

Os princípios, antes vistos como fonte subsidiário do Direito, estão ascendendo ao núcleo do sistema jurídico. (BARROSO, 2009, p. 203-204).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 451) bem definiu a ideia de princípio jurídico:

> Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Com efeito, "é até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico."

(ÁVILA, 2005, p. 15).

Diante desse quadro, nestas linhas introdutórias hão de constar as premissas teóricas que permeiam o texto, especialmente por serem elementares para um correto entendimento do trabalho.

Os princípios detêm força normativa, o valor tem superado a norma, a ponderação substitui a subsunção, o formalismo de outrora dá lugar à flexibilização.

Parafraseando Eduardo Couture, "o dever do jurista é lutar pelo Direito, mas diante de um conflito entre Direito e Justiça, deve-se lutar pela Justiça".

A Constituição pode ser invocada em diversas acepções ou significados. Aqui, será tratada em seu sentido normativo, sendo a Constituição o diploma com força vinculante capaz de estabelecer ordem e conformação à realidade social e política, conforme defendido pelo alemão Konrad Hesse (1991).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por conseguinte, podemos concluir que a Constituição é auto aplicativa, não se tem mais na lei a única fonte do direito, devendo-se aplicar a Constituição independentemente de regramento legal.

Foi com o pós-positivismo que a ciência do direito superou as ideologias naturalistas e positivistas. Assim, a dogmática da interpretação constitucional também vem adquirindo novas formas, com o reconhecimento do neoconstitucionalismo, invoca-se uma maior efetividade da Constituição, precipuamente na busca da dignidade da pessoa humana e na concretização dos direitos fundamentais.

Superados tais pontos, é possível notar que na experiência jurídica há três aspectos elementares: I) o fático, histórico ou de efetividade social; II) o valorativo, axiológico ou de justiça; e III) o normativo ou científico. (REALE, 1998, p. 64-68).

Neste passo, ante acontecimentos fáticos como a violação do texto Constitucional, conflitos cada vez mais massificados, a progressiva degradação do meio ambiente sadio, etc., o legislador percebeu que os mecanismos trazidos pelo constituinte originário não eram suficientes para manter a higidez constitucional, uma vez que valores importantes continuavam sendo infringidos.

Ao fazer tal valoração, o detentor do poder constituinte derivado reformador viu a necessidade de normatizar o quadro.

É a partir desse contexto que o legislador reformista criou mecanismos de retirada das normas incompatíveis com a Carta Magna, bem como idealizou um microssistema processual especial para proteger efetivamente direitos de grupo.

Nesse sentido, o presente estudo busca examinar, ao longo de três capítulos, como deve se dar uma tutela efetiva dos direitos coletivos à luz da Constituição Federal de 1988.

No primeiro capítulo, observaremos uma teoria geral do controle de constitucionalidade seguida da sistemática brasileira de controle, com todas as suas peculiaridades de um sistema único, que admite tanto o controle de constitucionalidade concentrado como o difuso.

Já no segundo capítulo, abordaremos a ação civil pública ou coletiva, mostrando a amplitude de direitos materiais que essa ferramenta tutela, bem como o regramento processual das demandas coletivas, estabelecendo a extensão e limites de sua coisa julgada.

Por fim, no terceiro capítulo, trataremos do cerne da discussão deste trabalho, indagaremos se é possível controle difuso de constitucionalidade no bojo da ação civil pública, sem que haja usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal quando do exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

Nosso objetivo primordial é estudar de maneira crítica e reflexiva as principais lições doutrinárias, assim como o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, de modo que ao final, por indução, chegaremos a uma conclusão geral sobre a temática.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CAPÍTULO I - A INCONSTITUCIONALIDADE E OS SEUS INSTRUMENTOS DE CONTROLE

1.1 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE

No pensamento de Aristóteles, a Constituição exprimia a ideia de ordenamento e unidade do Estado.

Após a Revolução Francesa (1789), o termo passou a ser utilizado como norma fundamental de um Estado.

A doutrina faz referência à obra Teoria da Constituição, de Carl Schmitt, como a origem de um estudo ordenado, sistematizado e dirigido ao estudo da Constituição. Também foi abordada por Ferdinand Lassalle, Hermann Heller, Hans Kelsen, Karl Loewenstein, entre outros.

> Ultrapassa a Teoria da Constituição o conhecimento normativo, a análise e descrição do que é uma Constituição, para abranger o domínio de indagações pertinentes ao que deve ser a Constituição. A Teoria da Constituição incorpora, neste contexto, dimensões racional-normativas, que se situam na seara da filosofia constitucional. [...] A Teoria da Constituição, neste horizonte, busca não só examinar as Constituições vigentes, como também incorporar uma dimensão filosófica, o que se dá na teoria constitucional reconstrutiva [...] que visa promover uma reconstrução da normatividade em vigor dando-lhe coerência e integridade [...] para a teoria reconstrutiva, a Constituição não pode ser concebida nem em termos unilaterais normativos, nem meramente político-sociológicos. O que ela visa é a integração dessas duas dimensões. (CARVALHO, 2015, p.54-59).

Sem pretensões de esgotar o tema, veremos a definição de Constituição em algumas acepções de pensamento.

Em atenção ao radicalismo político vivido atualmente, de início, cabe distinguir as noções de Carta e Constituição.

A primeira é aquele documento outorgado, imposto de maneira unilateral mediante ato arbitrário pelo governante revolucionário, ainda que “o Príncipe” (MAQUIAVEL, 1932) busque aparentar alguma legitimidade levando tal escrito à plebiscito ou referendo. Sublinhe-se, este folheto jamais poderá ser considerado uma autêntica Constituição.

De modo oposto, será considerada efetivamente uma Constituição, aquela decorrente do enfraquecimento do poder monárquico, da ascensão e afirmação do princípio democrático, obra resultante de um órgão constituinte escolhido pelo povo especificamente para esta missão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Invocando o sentido sociológico de Constituição, como a soma dos fatores reais de poder, o professor e desembargador Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 98) ensina que:

> A Constituição pode ser legítima e eficaz, ou ilegítima, tudo dependendo de representar ela o efetivo poder social, ou distanciar-se dele, como bem colocou Ferdinand Lassale, o mais expressivo representante do sociologismo constitucional.

Em seu significado jurídico, Hans Kelsen se referiu à Constituição como a norma superior, fundamento único de validade para as normas inferiores, a Constituição seria norma pura, sem nenhum fundamento filosófico, sociológico ou político, uma criação da vontade humana e não de leis da natureza.

A visão da Constituição em sentido político, teoria capitaneada por Carl Schmitt, promove uma distinção entre Constituição e leis constitucionais. Constituição seria apenas o conteúdo relativo à decisão política fundamental.

Um conceito cultural de Constituição a considera como "um conjunto de normas fundamentais, condicionadas pela Cultura total, e ao mesmo tempo condicionantes desta." (TEIXEIRA, 1991, p. 58-59).

O professor Marcelo Neves (2007, p. 91–96) teorizou um conceito de Constituição simbólica, assim considerada aquela que produz apenas efeitos políticos, nunca jurídicos, agindo apenas para maquiar problemas sociais e inibir grandes transformações no meio em que está inserida.

Segundo observações de Kildare Gonçalves de Carvalho (2015, p. 64-65) sobre a obra de Konrad Hesse (1983, p. 3-31) este concebe a Constituição como uma ordem jurídica aberta e fundamental da comunidade, dotada de uma força normativa capaz de impor ordem e conformação à realidade. A qualidade da Constituição seria garantir a liberdade do indivíduo, ao constituir e limitar o poder.

Louis Favoreu (1970) desenvolveu o conceito de bloco de constitucionalidade, entendido como a parte unitária e sólida do ordenamento jurídico que goza de status constitucional.

> O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao "texto" da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da Constituição, alargando o "bloco da constitucionalidade" a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas. CANOTILHO (1993, p. 982, apud CARVALHO, 2015, p. 333).

Nessa perspectiva teórica, no plano interno, tratados internacionais que o Brasil tenha aderido, integrarão materialmente o bloco de constitucionalidade, desde que tutelem direitos humanos ou direitos fundamentais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em função dos diversos conceitos de Constituição, a abrangência do bloco de constitucionalidade pode variar conforme o significado atribuído. (NOVELINO, 2018, p. 192).

Independentemente da definição de Constituição invocada, a chamada supremacia da Constituição evidencia sua posição hierárquica no cume do sistema jurídico. Da primazia do texto constitucional decorre a ideia de que todo o ordenamento jurídico deve conformar-se com os preceitos ali contidos.

Nesse diapasão, Enterría (2001, p. 49-50) citado por Carvalho (2015, p. 422) aponta que:

> A supremacia da Constituição, de qualquer modo, é a expressão de uma intenção fundacional, configuradora de um sistema inteiro que nela se baseia. A ideia de supremacia da Constituição determinou, em primeiro lugar, a distinção entre um poder constituinte, do qual surge a Constituição, e os poderes constituídos, de que emanam todas as normas ordinárias. Daí se deduz a chamada rigidez da norma constitucional, que lhe assegura uma superlegalidade formal impositiva de formas reforçadas de mudança constitucional frente aos procedimentos ordinários. A ideia de supremacia da Constituição leva também ao reconhecimento de uma superlegalidade material, que assegura uma preeminência hierárquica sobre todas as demais normas do ordenamento, obra do poder constituinte. Essas normas somente serão válidas se não contradizerem não apenas o sistema formal de sua produção, como ainda o quadro de valores e de limitações do poder, que se expressa na Constituição.

Ainda que revestida de supremacia, a Constituição não está integralmente imune a transgressões, reside aí a razão fundante de controlar-se a constitucionalidade.

"Enquanto a inconstitucionalidade é a doença que contamina o comportamento desconforme à Constituição, o controle é o remédio que visa restabelecer o estado de higidez constitucional". (BULOS, 2014, p. 186).

O ordenamento jurídico é um sistema, e como tal, deve existir harmonia entre seus setores, um dos meios de averiguação dessa conformidade é o controle de constitucionalidade.

Controlar a constitucionalidade é investigar a compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a Constituição, sempre que houver um dispositivo incompatível com este sistema ele deverá ser extirpado, pois nas palavras de Barroso (2006, p. 1) "aplicar uma norma inconstitucional é deixar de aplicar a Constituição".

Não é por outro motivo que Kelsen (p.139-140, apud Mendes, 2014, p.1027) afirmou que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória. [...] Indispensável, igualmente, a existência de sanção qualificada, isto é, do procedimento de anulação do ato inconstitucional por órgão competente. [...] A jurisdição constitucional é uma decorrência lógica da Constituição em sentido estrito.

A partir de tais preceitos, conceitua-se controle de constitucionalidade como o juízo de adequação da norma infraconstitucional (objeto) à norma constitucional (parâmetro), através de uma análise vertical, com o fim de impor a sanção de invalidade à norma que seja contaminada com uma incompatibilidade material ou formal frente à Constituição. (MORAES, 2014, p. 721-724).

No ordenamento constitucional pátrio, apenas as normas com valor constitucional são legitimadas a servir como paradigma para a aferição de constitucionalidade das leis e atos normativos estatais.

Vale lembrar que a teoria da inconstitucionalidade foi concebida levando em conta, precipuamente, os atos emanados dos órgãos de poder e, consequentemente, públicos por natureza.

Não são todos os defeitos que ferem os valores constitucionais que podem ser controlados.

Atos particulares violadores da Constituição são sanados por outros instrumentos.

É nos ordenamentos de Constituições rígidas que o controle de constitucionalidade assume maior importância, uma vez que em tais casos existe um sopesamento jurídico entre normas infraconstitucionais e normas constitucionais.

Já onde vigoram as Constituições flexíveis, uma norma infraconstitucional pode revogar a lei constitucional, não se podendo cogitar controle de constitucionalidade em tais casos.

Por todo o exposto podemos concluir que juízes ou tribunais, ao empregarem o direito infraconstitucional no caso concreto, estarão sempre aplicando indiretamente a Constituição, pois esta servirá de parâmetro para a atribuição de sentido e validade das demais normas.

1.2 NORMA INCONSTITUCIONAL, CATEGORIAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E IMPLICAÇÕES SANCIONATÓRIAS

Somente haverá constitucionalidade nas hipóteses em que a supremacia da Lei Maior for respeitada. Se houver violação, falar-se-á então em inconstitucionalidade.

Como bem alerta o constitucionalista português Jorge Miranda (1996, p. 11), constitucionalidade e inconstitucionalidade são conceitos de relação, ou seja, a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição - e outra coisa – um comportamento – que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe sentido. Não se cuida, porém, de uma relação lógica ou intelectiva, mas de uma relação de caráter normativo ou valorativo.

Cabe à doutrina identificar as diferentes manifestações de inconstitucionalidade e fixar quais seriam seus efeitos jurídicos.

Quanto às espécies de inconstitucionalidade, a primeira distinção é entre a que se dá por ação e a que decorre de uma omissão do Poder Público.

> A Constituição é uma norma jurídica. Atributo das normas jurídicas é a sua imperatividade. Normas jurídicas contêm comandos. A maior parte dos comandos constitucionais se materializa em normas cogentes, que não podem ter sua incidência afastada pela vontade das partes, como ocorre, no âmbito privado, com as normas dispositivas. As normas cogentes se apresentam nas versões proibitiva e dispositiva, vedando ou impondo determinados comportamentos, respectivamente. É possível, portanto, violar a Constituição, praticando um ato que ela interditava ou deixando de praticar um ato que ela exigia. (BARROSO, 2006, p. 31).

Ação inconstitucional é o ato do legislador que viola a Constituição praticando uma conduta positiva incompatível com as regras ou princípios constitucionalmente reconhecidos.

Por outro lado, a omissão inconstitucional decorre da mora legislativa ou de uma lacuna inconstitucional.

Fala-se ainda em estado de coisas inconstitucional, termo advindo da Corte Constitucional Colombiana, que considerou necessário em tais casos que o protetor da Constituição deve atuar como instaurador e fiscalizador de um diálogo institucional, promovendo diálogo para afetiva proteção dos direitos fundamentais desrespeitados. No Brasil, este tipo de inconstitucionalidade já foi exposta pelo Ministro Marco Aurélio, no voto da ADPF nº 347/DF, oportunidade em que se exigiu providências em relação ao caótico sistema penitenciário brasileiro.

Inconstitucionalidade total é aquela que macula a integralidade do diploma legal questionado; será parcialmente inconstitucional o vício que abranger um dispositivo, alguns dispositivos ou parcela deles.

A inconstitucionalidade se diz originária quando ao adentrar no ordenamento jurídico a lei já é incompatível com o texto constitucional em vigor, seja formalmente ou materialmente.

Já a inconstitucionalidade superveniente resulta da antinomia, do conflito de uma lei ou ato normativo infraconstitucional com a norma paradigma.

A inconstitucionalidade desvairada foi citada pelo Ministro Sepúlveda Pertence (ADI 2.527, ADI 3.715) em referência àquela clara, óbvia, evidente. É a ofensa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

flagrante aos ditames da Constituição, também chamada de inconstitucionalidade chapada ou enlouquecida.

Temos também a classificação que aparta o vício material também denominado orgânico, do vício meramente formal.

Fere materialmente a Carta Magna o dispositivo infraconstitucional que contraria o próprio conteúdo constitucional, ou seja, as normas constantes do ato.

Enquanto isso, ofende formalmente a Constituição o ato normativo que

decorre de autoridade incompetente ou aquele que não respeita o devido processo legislativo.

Por último, lembramos de uma modalidade de vício que tem sido suscitada (ainda que de maneira tímida) nos últimos anos, é a inconstitucionalidade por quebra do decoro parlamentar.

A tese pertence ao professor Pedro Lenza (2013, p. 273-274) e é digna de nota.

Explica-se, decoro parlamentar remete à ideia de ética, decência e

dignidade dos parlamentares.

> É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. (artigo 55, § 1 da Constituição Federal de 1988).

Ora, diante de comprovadas irregularidades (p.ex. Ação Penal nº 470), na fase de votação e aprovação de normas, por certo a moralidade e a essência da representatividade restam violadas, devendo a (in)constitucionalidade da lei ou ato normativo ser apurada.

No tocante aos efeitos ou consequências do reconhecimento de uma inconstitucionalidade, vale assentar que o regime sancionatório de inconstitucionalidades varia de acordo com o arranjo jurídico de cada Estado.

Em Kelsen (1934) não se diferencia validade, vigência e eficácia de uma norma, o que pode gerar, às vezes, problemas teóricos.

A partir de Zachariae von Lingenthal (1854) e posteriormente com Pontes

de Miranda (1974), começou-se a analisar a norma jurídica em diferentes planos: o da existência, o da validade e o da eficácia.

> Por força de infindáveis controvérsias havidas no âmbito do direito civil, essas categorias, que integram na verdade a teoria geral do Direito, não foram plenamente exploradas pelo direito público.

> Nada obstante, notadamente em tema de inconstitucionalidade, sua valia é inestimável. (BARROSO, 2006, p. 12).

Conforme a teoria da Escada Ponteana ou Escada Pontiana, norma existente é aquela que detêm todos os seus elementos constitutivos (agente, forma e objeto); norma válida é aquela que passou por uma verificação dos requisitos (competência, forma, licitude) e foi considerada um ato dotado de perfeição; e, norma eficaz é aquela apta a produzir efeitos, consequências jurídicas. (TARTUCE, 2014, p. 199-214).

Deste modo, como ensina o professor Ricardo Marcondes Martins, normas jurídicas podem ser existentes ou inexistentes. Quando existentes, serão válidas ou inválidas. Tanto as normas válidas como as inválidas podem ser eficazes ou ineficazes, tanto juridicamente como socialmente.

Reconhecendo-se o vício da inconstitucionalidade, a invalidade da norma (plano de validade) levará a sua não aplicação (plano de eficácia), via de regra, essa constatação levará a sentença a produzir efeitos retroativos no tempo.

Essa consequência não se confunde com a revogação formal de uma lei, que por sua vez, acarreta o sepultamento da lei no mundo jurídico (plano de existência).

Barroso (2006, p.12-15) ao discorrer sobre existência, validade e eficácia das leis, assevera que uma norma que contrarie a Constituição, em seu aspecto formal ou material, não é inexistente. Esta norma, afirma o ministro do STF, existe porquanto já entrou no mundo jurídico. Deve então ser considerada inválida, e por conseguinte, ineficaz por contrariar a Lei Maior.

No Brasil, digladiam sobre os efeitos da decisão de inconstitucionalidade as teorias da nulidade e da anulabilidade. "A natureza acerca da decisão do controle de constitucionalidade liga-se, umbilicalmente, à natureza do ato, seja este considerado inexistente, nulo ou anulável." (AGRA, 2007, p. 531).

Parte da literatura constitucionalista brasileira e da jurisprudência pátria entende que lei inconstitucional deve ser nula.

Afirmam que tal decisão teria caráter declaratório e efeito retroativo (*ex tunc*), alcançando o ato desde seu nascimento, tornando-o nulo. Como disse o ministro Celso de Mello em um de seus votos, "a lei inconstitucional nasce morta." (STF - RE 358.875 - AgR, julgado em 23/10/2007).

Essa é a tese majoritária e foi aplicada no célebre caso *Marbory v. Madison*

(EUA, 1803).

Lado outro, corrente aparentemente minoritária sugere a relativização de tal concepção absolutista de inconstitucionalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Alegam que a sentença reconhecedora de uma inconstitucionalidade é constitutiva, e que o ato inconstitucional haveria de ser válido até que outra decisão posterior o anule (*ex nunc*).

Os adeptos desta tese defendem que, às vezes, deve-se restringir o efeito retroativo do pronunciamento jurisdicional, em nome da segurança jurídica e do interesse público, pois o dogma dos efeitos retroativos pode acarretar situações contrárias à *mens legis*.

A tese é sedutora e encontra guarida em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, *v.g*. quando invocando a boa-fé de terceiros e a teoria da aparência, o STF deixou de invalidar atos praticados por funcionário público investido no cargo com base em lei que veio a ser declarada inconstitucional, RE 78.533/SP (Rel. Min. Décio Miranda, RTJ 100/1.086).

1.3 SISTEMAS JURISDICIONAIS DE CONTROLE E FORMAS DE MANIFESTAÇÃO

Depois de fixada a supremacia da Constituição, necessário se fez o desenvolvimento de meios para velar pela conformidade das leis e atos normativos infraconstitucionais com este regramento superior. A partir do contexto histórico de cada Estado e em decorrência de suas opções teóricas, surgiram diversos tipos de fiscalização de constitucionalidade, podendo-se classificá-los segundo alguns critérios.

No tocante ao momento de se verificar a constitucionalidade, temos que o

controle preventivo ocorre antes da feitura da lei, enquanto o controle repressivo é aquele efetivado quando a norma já se encontra promulgada.

A forma de controle pode ser incidental ou principal, considerando a maneira que se manifesta o pronunciamento judicial.

Na via incidental, juízes e tribunais analisam casos concretos, lides onde a inconstitucionalidade é um incidente, uma questão prejudicial que condiciona a resolução do conflito central.

O autor não almeja arguir a inconstitucionalidade como pedido principal, apenas a cita como causa de pedir, como fundamento para seu pedido, é um meio de alcançar seu direito subjetivo.

Além disso, nesta via, pode a inconstitucionalidade ser suscitada como tese de defesa, para que alguém se desonere de cumprir lei inconstitucional. No controle principal, por sua vez, a declaração de inconstitucionalidade é o próprio objeto da demanda. O que se analisa é a validade da lei em abstrato.

Cumpre sublinhar a advertência de Barroso (2006, p. 50):

> Não se confundem, conceitualmente, o controle por via incidental - realizado na apreciação de um caso concreto - e o controle difuso - desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> da jurisdição. No Brasil, no entanto, como regra, eles se superpõem, sendo que desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso.

No que tange ao órgão judicial que exerce o controle, têm-se notícia atualmente de três modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade.

Estaremos diante de um modelo político, quando a constitucionalidade for examinada por órgão político, Chefe de Estado, pelo Legislativo ou órgão especial.

Modelo jurisdicional é aquele empreendido pelo Poder Judiciário. Este modelo nasceu do direito norte-americano. Sendo a Constituição a norma suprema, caberia ao Judiciário a missão de interpretá-la.

No sistema híbrido as demandas são apreciadas por órgãos de natureza distintas.

Quanto à finalidade, o controle judicial pode ser de três padrões:

a) modelo difuso, incidental, americano, subjetivo, indireto, aberto,

incidenter tantum, por via exceção ou defesa;

b) modelo concentrado, principal, austríaco, objetivo, direto, fechado, por via de ação;

c) modelos mistos ou híbridos.

O controle de constitucionalidade difuso surgiu nos Estados Unidos com o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, quando em meados de 1803 assentou-se a ideia de que qualquer juiz ou tribunal poderia reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, e, por conseguinte teriam o poder-dever de rechaçar sua aplicação no caso concreto.

"Do juiz estadual recém concursado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar a aplicação às leis incompatíveis com a Constituição." (BARROSO, 2006, p. 47).

No sistema concentrado, a fiscalização de constitucionalidade é reservada a um órgão superior, tal modelo tem como matriz fundante os pensamentos filosóficos de Hans Kelsen e foi admitido pela primeira vez na Constituição da Áustria em 1920, tendo influenciado também a emenda de 1929. Devido a importância de seu idealizador, também foi adotado como modelo nos tribunais constitucionais europeus.

Existe também um modelo híbrido de controle de constitucionalidade, onde os dois sistemas anteriores convergem no sentido de terem tanto o controle pelos órgãos comuns do Judiciário, como aceitarem a existência de uma Corte Suprema.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"Os modelos mais eminentes desse modelo misto são o português e o brasileiro, nos quais convivem uma Corte e órgãos judiciais ambos com competência de fiscalização de leis em face da Constituição." (MENDES, 2014, p. 1031).

No caso do Brasil, mediante ação direta de inconstitucionalidade e via controle difuso de constitucionalidade.

CAPÍTULO II - AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM SEU ASPECTO MATERIAL E PROCESSUAL

2.1 - TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

Sempre que houver uma lesão ou ameaça de lesão a um direito material, o estado-juiz pode ser provocado através de um processo.

Chamamos essa especial proteção de tutela jurisdicional.

O poder-dever de prestação jurisdicional pode ser oferecido tanto individualmente quanto de maneira coletiva.

O estágio atual da sociedade, onde impera o consumo massificado, tem como consequência conflitos igualmente amplificados. Percebeu-se então a necessidade de novos instrumentos que superassem a antiga fórmula individualista do Direito, pois que a visão tradicional se tornou insuficiente.

Considerando que a defesa de direitos transindividuais seria demorada e

onerosa se submetida ao sistema formulado para a tutela individual, criou-se então um microssistema processual para as ações coletivas.

Surgiu assim uma nova forma de gerir conflitos, nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 37 - 39):

> A tutela coletiva deve ser compreendida como uma espécie de tutela jurisdicional voltada à proteção de determinadas espécies de direitos materiais. A determinação de quais sejam esses direitos é tarefa do legislador, não havendo uma necessária relação entre a natureza do direito tutelado e a tutela coletiva. Significa que mesmo direito de natureza individual podem ser protegidos pela tutela coletiva, bastando para isso que o legislador expressamente determine a aplicação desse tipo de sistema processual - microssistema coletivo - a tais direitos. [...] A tutela jurisdicional coletiva, portanto, nada mais é que um conjunto de normas processuais diferenciadas, distintas daquelas aplicáveis no âmbito da tutela jurisdicional individual. Institutos processuais como a competência, a conexão e a continência, legitimidade, coisa julgada, liquidação da sentença etc., recebem na tutela coletiva um tratamento diferenciado, variando o grau de distinção do tratamento recebido pelos mesmos institutos no Código de Processo Civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por todo o exposto, é necessário reconhecer a existência de um devido processo legal coletivo, com características singulares a serem respeitadas.

A vigência de um microssistema coletivo já foi admitida pelo Superior Tribunal de Justiça:

> A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. STJ - RESP nº510.150/MA, 1º T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.2.2004, DJU, de 29.3.2004, p. 173.

Malgrado o debate acadêmico sobre quais são as leis que compõem o microssistema, a doutrina é uníssona em indicar como integrantes do núcleo a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Mais relevante que o etiquetamento, é a reflexão de como tais normas se inter-relacionam.

A pluralidade de leis processuais que regem a tutela coletiva no direito positivo brasileiro traz dificuldade ao intérprete, nem sempre é clara a resposta sobre qual norma deve ser aplicada no caso concreto.

Já foi proposta a reunião de todas as leis num mesmo diploma legislativo, entretanto o Projeto de Lei 5.139/2009 não prosperou.

É possível notar que o Poder Público tem certo receio em dar à sociedade um instrumento mais eficiente para defesa de direitos coletivos, isso se explica em função do próprio governo também poder ser demandado no polo passivo dessas ações.

2.2 - CONCEITO E OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA OU COLETIVA

A doutrina debate se haveriam diferenças teóricas ou práticas na utilização do termo ação civil pública ou da nomenclatura ação coletiva.

Em que pese os limites deste trabalho não permitirem uma discussão mais acurada, é necessário discorrer sobre o tema, indagando se existe diferença ontológica entre os institutos, afinal, na lei não se presumem palavras inúteis.

Uma primeira corrente, encabeçada por Daniel Amorim Assumpção Neves, Cléber Masson e Pedro Lenza, entende que ação coletiva é o gênero que alcança as mais variadas demandas coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos. Deste modo, seriam espécies de ação coletiva: ação civil pública, ação popular, ação de improbidade administrativa, mandado de segurança coletivo e outras.

Posição distinta defende que ação civil pública é mais abrangente, alcançando direito difusos, coletivos e individuais homogêneos, enquanto a ação coletiva se prestaria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

apenas aos direitos individuais homogêneos. Adotam essa interpretação, por exemplo, Cássio Scarpinella Bueno e Teori Albino Zavascki.

Alguns doutrinadores como Rodolfo de Camargo Mancuso e Hugo Nigro Mazzilli argumentam de maneira diversa para chegarem a uma mesma conclusão: não há nenhum prejuízo em usar os dois termos de forma indistinta.

Via de regra, a jurisprudência e a prática forense não diferenciam ação coletiva de ação civil pública, afinal, nenhuma ação pode ser indeferida apenas pela nomenclatura dada pelo seu autor.

Não é por outro motivo que este trabalho abordará as expressões como sinônimas.

Essa poderosa ferramenta de proteção de direitos possui previsão constitucional e legal, no artigo 129, III da Constituição Federal de 1988 e na Lei 7.347 de 1985, respectivamente.

A doutrina majoritária conceitua ação civil pública como a ação que versa sobre a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Sob o enfoque meramente legal, será ação civil pública toda ação movida com fulcro na Lei nº 7.347/85 para a tutela de interesses transindividuais. (MAZZILLI, 2017, p. 78-79).

Em definição mais restritiva, alguns definem ação civil pública como "o instrumento judicial adequado à proteção dos interesses coletivos e difusos, que possui rito especial e pode ser ajuizada contra qualquer pessoa pública ou privada." (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1082).

Imperioso ressaltar que a tutela defendida na aludida ação pode ser repressiva ou preventiva, desde que presentes os requisitos específicos para tal pedido.

O estudioso do processo coletivo poderá identificar na doutrina referência

ao termo "direitos coletivos", bem como a expressão "interesses coletivos".

Parte dos autores entendem que o termo interesse seria mais adequado, caso do jurista Hugo Nigro Mazzilli, referência no tema.

Para outros, como Freddie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e José dos Santos Carvalho Filho, a adoção da expressão direito seria mais apropriada.

Por fim, existem os defensores da teoria mista, que aduz não haver sentido falar-se em tal distinção, ao menos no ordenamento jurídico pátrio, que por ser uno e indivisível não diferencia direito subjetivo e interesse legítimo, motivo pelo qual tratam as expressões como sinônimas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Este trabalho se filia ao terceiro entendimento, na esteira de Kazuo Watanabe e Daniel Amorim Assumpção Neves.

O artigo 1º da Lei 7.347/1985 arrola as espécies de interesses transindividuais que podem ser defendidos por meio da ação civil pública de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, são eles:

> I - meio ambiente;
>
> II - consumidor;
>
> III - bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
>
> IV - qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
>
> V - por infração da ordem econômica;
>
> VI - ordem urbanística;
>
> VII- honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;
>
> VIII - patrimônio público e social.

Uma análise superficial da lei pode levar o hermeneuta ao entendimento de que a norma não alcançaria os direitos individuais homogêneos, o que seria uma percepção equivocada.

De início, cabe lembrar que a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor se integralizam na tutela de interesses transindividuais, e como se sabe, o Código de Defesa do Consumidor faz a menção expressa aos direitos individuais homogêneos.

> Ainda que não exista qualquer previsão a respeito da tutela do direito individual homogêneo, não há dúvida de que também a tutela dessa espécie de direito se prestará à ação civil pública. Mesmo que o direito individual homogêneo só venha previsto como direito tutelável pelo microssistema coletivo no CDC, é indubitável que a ação civil pública nesse caso pode ter como objeto direitos individuais homogêneos de diferentes naturezas, não se limitando à tutela do consumidor. (NEVES, 2016, p. 88).

Ensina Carvalho Filho (2014, p. 1083) que a ação civil pública se presta à proteção do patrimônio público, social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sendo o rol exemplificativo. Referido doutrinador assinala que os direitos individuais homogêneos não detêm o mesmo caráter transindividual dos difusos e coletivos, desta forma, entende que tal ação pode ser manejada para proteger interesses individuais homogêneos, mas desde que a tutela almejada seja fundamentalmente coletiva.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O catálogo de direitos que podem ser protegidos via ação civil pública não é taxativo, o fundamento dessa afirmação está no artigo 1º, inciso IV da LACP que prevê a possibilidade de a ação ser manejada para a tutela de qualquer outro interesse difuso ou coletivo, frise-se, ainda que fora do texto expresso.

Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli (2017, p. 861-862) discorre que pode

haver ação civil pública ligada à proteção de indivíduos carentes de um mínimo existencial, crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, minorias, trabalhadores, usuários de serviços públicos, e também em outras hipóteses compatíveis com o espírito da lei.

Ocorre que o Poder Executivo abusou de medidas provisórias inconstitucionais na tentativa de limitar o campo de atuação do diploma, como o fez no parágrafo único do art. 1º da LACP:

> Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida provisória nº
>
> 2.180-35, de 2001).

O dispositivo é eivado de inconstitucionalidade e tem sido fortemente criticado pela doutrina dominante pois foi editado na ausência dos pressupostos de relevância e urgência, visa apenas proteger o mau gestor público, impedindo que a coletividade use a ação civil pública para questionar atos arbitrários do governo.

Lei ordinária ou medida provisória não podem vedar a garantia constitucional do acesso coletivizado à jurisdição.

O argumento de que o acesso individual permaneceria intacto é falso, uma vez que a proteção eficiente dos direitos transindividuais exige uma tutela diferenciada.

> Ora, tanto o acesso individual como o acesso coletivo à jurisdição são direito e garantia constitucionais […] que não podem ser vedadas pela lei. [...] Ora, sem dúvida a lei pode estabelecer requisitos, como de capacidade, legitimação, interesse processual para comparecer em juízo. Mas não pode pura e simplesmente proibir o acesso, como o faz o parágrafo único do art. 1º, da LACP. [...] Como temos dito, sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática. Mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído pelo acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deva ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deva conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque

> o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo de lesados. (MAZZILLI, 2017, p. 863-867).

Há quem desafie essa linha de pensamento: "a uma porque os interesses sob tutela não são indisponíveis, e a duas, porque a lei é transparente no que toca à impossibilidade jurídica de pedido dessa natureza." (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1084).

Em suma, o artigo 1ª da LACP, em seu *caput*, assegura que cabe ação civil pública não apenas para as hipóteses expressas, mas também na tutela residual de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Já o parágrafo único, editado via medida provisória inconstitucional, diz que cabe ação civil pública em todos esses casos, exceto se a ação tiver por objeto tributos, FGTS, contribuições previdenciárias, etc.

2.2 - LEGITIMIDADE, COMPETÊNCIA E AMPLITUDE DA DECISÃO

A legitimação para a propositura da ação é trazida pelo artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, nesse sentido, são legitimados:

a) o Ministério Público;

b) as pessoas de direito público;

c) as pessoas da Administração Indireta;

d) as associações constituídas há no mínimo um ano e que sejam preordenadas, institucionalmente, à proteção dos respectivos interesses difusos e coletivos; e

e) a Defensoria Pública.

Graças ao efeito integrador dos artigos 21 da LACP e 90 do CDC, soma-se a esse rol os órgãos públicos destinados especificamente à tutela de direitos transindividuais, ainda que não possuam personalidade jurídica, como é o caso do Procon.

A legitimidade deve ser aferida judicialmente, o magistrado deve fiscalizar a legitimação no caso concreto.

> É preciso verificar, a bem de garantir a adequada tutela desses importantes direitos, se o legitimado coletivo reúne os atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de determinado processo coletivo, devendo essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, preferivelmente previamente estabelecidos ou indicados em rol exemplificativo, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. (DIDIER JR., 2017, p. 201).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Observa-se que a tendência tem sido uma ampliação no rol de legitimados ativos, mas o cidadão segue, acertadamente, impossibilitado de ser autor em ação civil pública.

Por outro lado, no polo passivo da ação poderá figurar pessoa pública ou privada, física ou jurídica.

A competência para a análise da ação civil pública, considerando a natureza dos bens jurídicos tutelados, será regida respeitando-se os postulados do devido processo coletivo e da competência adequada.

> Sob tais perspectivas é possível determinar-se, assim, uma releitura do princípio do devido processo legal, que passa a assumir uma vocação coletiva, daí mensurando-se os contornos do devido processo social, dependente, muito mais que da ampliação e da desburocratização do aparelhamento judiciário ou de alterações legislativas, do abandono da dogmática em prol da efetividade da prestação da justiça, da compreensão do papel que o Poder Judiciário deve desempenhar na construção do Estado Democrático mediante a afirmação dos direitos individuais e sociais fundamentais […] (VENTURI, 2007, p. 151).

Para as ações civis públicas ou coletivas, a lei estabeleceu normas de competência peculiares. A intenção foi a de facilitar a defesa dos interesses transindividuais em juízo, desta forma, a regra geral é que tais ações devem ser ajuizadas no foro do local do dano. (MAZZILLI, 2017, p. 337).

Assim, vigora no Brasil a regra onde diferentes juízos são competentes para analisar a causa, conforme a extensão do dano seja local, regional ou nacional.

Apesar de haver uma competência territorial concorrente e absoluta, nada impede a modificação do foro prevento, desde que esta opção seja a mais adequada para atender aos interesses das partes.

O publicista Carvalho Filho (2014, p. 1087) entende que o conteúdo da sentença depende da espécie de pedido arguido na ACP, podendo ser condenatório pecuniário ou condenatório mandamental.

Para alguns processualistas, coisa julgada é uma característica inerente à sentença e, para outros, é um efeito do veredito.

A doutrina tradicional, capitaneada pelo italiano Enrico Túlio Liebmam, e no Brasil por Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini e outros, entende que a coisa julgada é somente a imutabilidade do efeito da sentença, ou seja, um atributo que os efeitos adquirem quando a decisão passa em julgado e forma coisa julgada material.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Já uma corrente moderna, seguida por Pontes de Miranda, Ovídio Batista, Fredie Didier Jr e outros, visualiza a coisa julgada como um efeito da sentença, que decorre do conteúdo do *decisum* e gera eficácia objetiva e subjetiva.

A coisa julgada coletiva é dotada de peculiaridades, sem adotar um conceito estático, apontaremos as diversas nuances do tema.

Inicialmente, abordaremos os limites objetivos, o que estaria atrelado aos efeitos, se a questão principal ou prejudicial.

Observar os limites objetivos da causa julgada significa que o magistrado, posteriormente, não pode afrontar a eficácia da coisa julgada anterior. No entanto, as razões e premissas que fundamentam essa decisão não ficam acobertadas pela coisa julgada, mas apenas a parte dispositiva.

Nesse sentido:

> Em relação aos limites objetivos, a regra é submeter à coisa julgada o conteúdo da norma jurídica individualizada, decorrente do dispositivo da decisão, que julga o pedido (a questão principal). Pode haver, entretanto, a extensão da coisa julgada a resolução das questões prejudiciais incidentes, que se encontra na fundamentação da decisão, uma vez observados os pressupostos dos §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC. (DIDIER JR., 2017, p. 424).

Quanto aos limites subjetivos, indagaremos quem estaria submetido aos efeitos da coisa julgada, apenas as partes ou todos.

Ainda na esteira de Didier Jr. (2017, p. 423 - 424), em relação ao limites subjetivos da coisa julgada, podemos conceituar coisa julgada *inter partes* como aquela que vincula apenas as partes do processo; ao contrário da coisa julgada *ultra partes* que atinge além das partes que integraram a lide, alguns terceiros; por derradeiro, fala-se em coisa julgada *erga omnes*, que atinge todos, tenham ou não integrado a relação processual.

Conforme artigo 16 da Lei 7.347/1985, via de regra, a sentença faz coisa julgada *erga omnes*.

Situação diferente ocorre quando for improcedente por ausência de provas, gerando efeitos *inter partes*, caso em que outro legitimado poderá propor nova ação, desde que munida de novas provas.

> Enquanto no instituto tradicional a imutabilidade e a indiscutibilidade geradas pela coisa julgada não dependem do fundamento da decisão, nos direitos difusos e coletivos, caso tenha a sentença como fundamento a ausência ou a insuficiência de provas não se impedirá a propositura de novo processo com os mesmos elementos da ação - partes, causa de pedir e pedido -, de modo a possibilitar uma nova decisão, o que, naturalmente, afastará, ainda que de forma condicional, os efeitos de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> imutabilidade e indiscutibilidade da primeira decisão transitada em julgado. (NEVES, 2016, p. 88).

Em observância ao devido processo coletivo, titulares de direitos que não integrarem o processo não podem ser prejudicados pela má condução do feito.

No sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*, não são todas as sentenças de mérito que fazem coisa julgada material. Esse efeito se opera por escolha político-legislativa.

O legislador, em mais uma de suas tentativas de limitar a tutela coletiva, modificou a redação originária do artigo 16 da ACP para deixá-lo com a seguinte redação:

> A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Críticas não faltam, tal redação fere de morte a celeridade processual, ofende todas as tentativas de desafogamento do Judiciário, afronta a unidade da jurisdição e contraria os princípios da isonomia e do devido processo substancial. (NEVES, 2016, p. 362-363).

Apesar de não ser unânime, temos como acertada a interpretação de que o art. 16 da LACP mistura conceitos distintos, competência territorial e coisa julgada, levando a ideia errônea de que os efeitos da sentença poderiam ser limitados territorialmente.

A limitação territorial proposta pelo art. 16 da LACP é juridicamente impraticável considerando-se o teor indivisível dos direitos transindividuais.

O Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.243.887/PR, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão entendeu:

> Valendo-se do microssistema coletivo, a celebrada decisão determinou a interpretação do art. 16 da LACP à luz dos arts. 93 e 103 do CDC, levando- se em conta a extensão do dano e qualidade dos direitos postos em juízo. Conclui que, sendo o dano de escala local, regional ou nacional, o juízo, no comando decisório, sob pena de ser inócua a sua decisão, deve ter capacidade para recompor ou indenizar tais danos em suas abrangências territoriais, independentemente de qualquer limitação. (NEVES, 2016, p. 366).

Da decisão exposta, conclui-se que a imutabilidade que reveste a coisa julgada sempre alcança todo o território nacional, como autêntica decisão de soberania estatal; o que pode ter maior ou menor extensão é o dano, que pode ser nacional, regional ou apenas local (MAZZILLI, 2017, p. 685-686).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Infelizmente, por hora, essa conclusão não está sedimentada na jurisprudência, algumas decisões decretam o afastamento da restrição territorial (*vg*. STJ, 2º Turma, AgRg no REsp 1.380.787/SC, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.2014) enquanto outras adotam a redução do art. 16 da LACP (p.ex. STJ, 3º Turma, REsp 1.304.953/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.08.2014).

CAPÍTULO III - CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

3.1 – CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Ao refletirmos sobre a viabilidade de controle de constitucionalidade na ação civil pública devemos ter em mente a obrigatoriedade de promover um diálogo cuidadoso, no sentido de considerar as especificidades da ação coletiva sem perder de vista o espírito inerente a cada um dos modelos de fiscalização constitucional.

Tendo em mente que ordenamento jurídico se posta como um todo, não se deve reconhecer vida independente e própria a nenhum dos seus setores. Embora possa assumir ares de aparente autonomia, todos os ramos da árvore jurídica se interrelacionam. (AMARO, 2014, p. 23).

Ao questionarmos o ordenamento jurídico estamos interpretando-o, e "interpretar é descobrir o sentido e alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos." (DINIZ, 1989, p. 97-104).

Eros Grau (2003, p. 39, 95, 207) defende a importância da hermenêutica jurídica:

> A interpretação é atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas; é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições. Por isso as normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, enquanto disposições, não dizem nada – elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem. Da interpretação do texto surge a norma, manifestando-se, nisso, uma expressão de poder.

Portanto, interpretar a norma jurídica é tornar possível a aplicação de enunciados normativos, abstratos e gerais, a situações da vida, particulares e concretas (DINIZ, 1988, p. 266-269).

Existem certos vetores interpretativos que nos auxiliam na atribuição e reconstrução de sentidos. A hermenêutica constitucional possui alguns conceitos específicos, essenciais para orientar e limitar a análise da Lei Fundamental, dentre eles está o conceito de construção:

> A interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem do espírito, embora não da letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas. (BARROSO, 2009, p. 270-271).

Os métodos gerais de interpretação das leis são aplicáveis ao Direito Constitucional.

Assim, *v.g*. recorre-se à interpretação gramatical ao esclarecer o significado das palavras; à sistemática ao interpretar os dispositivos de forma conjunta, como um todo harmônico; à teleológica subjetiva quando se busca a finalidade do legislador e ainda à teleológica objetiva quando o intérprete se baseia na vontade contida no texto normativo.

Entretanto, o Direito Constitucional detém princípios próprios de interpretação e se utiliza de métodos diferentes que se complementam na tarefa de interpretar a Constituição.

O método jurídico ou hermenêutico clássico, retoma aos métodos tradicionais de interpretação (gramatical, sistemático, teleológico, etc.) pois afirma que a Constituição é um gênero de lei e assim deve ser interpretada.

Conforme o método científico-espiritual, a interpretação constitucional deve considerar a ordem e valores implícitos de dado momento histórico.

Partindo da premissa de que a interpretação da Constituição serve para resolver problemas concretos, o método tópico-problemático busca o debate de problemas concretos e não do sistema.

O método normativo-estruturante esclarece que é impossível direito e realidade existirem autonomamente, em função disso, esclarece que não se deve falar em interpretação, mas sim em concretização das normas.

Konrad Hesse formulou o método hermenêutico-concretizador, onde há uma primazia da norma sobre o caso concreto. Entende que interpretação e aplicação são um procedimento unitário, sistematiza princípios interpretativos limitadores e dirigentes a serem utilizados na resolução dos problemas.

Segundo NOVELINO (2018, p. 174-175) os fatores a serem considerados neste método são: a norma a ser concretizada, a compreensão prévia do intérprete e o problema concreto a ser resolvido.

Ainda na rota de Hesse (1998), percorreremos algumas das metanormas elaboradas para atender às especificidades da interpretação da Constituição.

O princípio da unidade da Constituição exige que as normas constitucionais sejam analisadas como dispositivos integrados em um autêntico sistema de regras e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

princípios. “O caráter unitário da constituição *[sic]* impede o estabelecimento de uma hierarquia normativa entre seus dispositivos.” (NOVELINO, 2018, p. 167).

> Segundo o princípio do efeito integrador, na resolução de conflitos constitucionais, deve-se dar primazia aos pontos de vista que favoreçam a integração social e política, uma vez que essa é uma das finalidades da Constituição. (CARVALHO, 2015, p. 405).

O princípio da harmonização ou concordância prática, assinala que em caso de colisão entre direitos constitucionalmente assegurados é necessária uma combinação, de modo que:

> [...] a afirmação de um bem jurídico constitucionalmente protegido não deve implicar o sacrifício integral de outros bens também consagrados na Lei Fundamental, de modo que cada um tenha seu respectivo âmbito de proteção assegurado. (STF – MS 26.750/DF, Rel.: Min. Luiz Fux (11.11.2013).

Consoante o princípio da força normativa, na interpretação da Constituição devemos priorizar soluções que tornem as normas mais eficazes e permanentes.

O princípio da máxima efetividade ensina que devemos atribuir o sentido que mais dê eficácia e efetividade à Constituição, exige interpretação alargada principalmente em matéria de direitos fundamentais, *e.g. habeas corpus*, *habeas data* ou mandado de segurança.

De acordo com BARROSO (1996, p.83), o princípio da máxima efetividade traduz a ideia de que:

> A realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.

Conforme o princípio da exatidão ou conformidade funcional, os órgãos responsáveis por interpretar a Constituição devem evitar decisões com o condão de subverter a ordem constitucional estabelecida.

Nos termos do princípio da interpretação conforme a Constituição, ao analisar normas infraconstitucionais, deve-se atribuir sentido condizente e não desarmônico com a Constituição.

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade defende a ideia de contenção do arbítrio estatal contrário aos valores constitucionais, buscando viabilizar a moderação e proporção nos atos do Poder Público. Por resguardar direitos individuais, este princípio se relaciona umbilicalmente ao princípio do devido processo legal. Este princípio está difundido no direito pátrio, alcançando, por exemplo, a seara do Direito Administrativo e do Direito Processual Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Pelos ditames do princípio das razões públicas, somente são aceitáveis argumentos independentes de crenças nebulosas.

O professor Daniel Sarmento disseca o tema:

> [...] as decisões adotadas pelo Poder Público não podem se lastrear em razões que não sejam públicas. Não se pode, por exemplo, restringir a liberdade de um indivíduo com base em motivações religiosas ou metafísicas que ele não aceita, ainda que se trate de crença majoritária na população. Imposições que não se baseiam em razões públicas, mas em compreensões cosmovisivas particulares de um grupo social, ainda que hegemônico, não logram conquistar a necessária legitimidade numa sociedade pluralista, pois aqueles que são submetidas a elas, e que não comungam do credo predominante, se sentem não apenas vencidos no embate político, mas, pior que isso, violentados em sua liberdade e em sua consciência. (SOUZA NETO, 2012, p. 448).

Modernamente, fala-se no princípio do cosmopolitismo, que é o que promove um diálogo internacional em interpretação constitucional. É tranquilo na doutrina o entendimento de que existem consensos globais, precipuamente em matéria de direitos humanos e ideais democráticos.

A noção de mutação constitucional retrata o fenômeno lento e progressivo

das modificações informais no conteúdo ou interpretação da Constituição, sem a necessidade de alteração de seu texto.

Para que sejam legítimas, as mutações silenciosas devem ser necessárias e compatíveis com os princípios políticos e jurídicos estruturais da Constituição. (NOVELINO, 2018, p. 160).

A Constituição irradia todos esses princípios e adentra o direito infraconstitucional, propiciando uma autêntica filtragem constitucional.

No processo de integração e aplicação das normas, o papel do intérprete é essencial.

> O texto normativo ou enunciado ou ainda ato normativo é expressão. A norma, é o sentido que se extrai do texto. Essa atribuição de sentido exige interpretação. O aplicador precisa interpretar o texto normativo para dele extrair a norma jurídica. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 371).

Para que o Diploma Constitucional não seja meramente simbólico, servindo de retórica política, é necessário que identifiquemos mecanismos para sua concretização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Diante da atual tendência de superação do modelo individual de resolução de conflitos pela adoção do modelo de tutela coletiva, torna-se de salutar relevância identificar os instrumentos idôneos para efetivar tal modelo.

Dessa forma, considerando as singularidades dos institutos, assim como a enorme divergência doutrinária e jurisprudencial hodierna, imperioso se faz uma reflexão cuidadosa a respeito do controle de constitucionalidade difuso quando aplicado em sede de ação civil pública.

3.2 - PERFIL DO CONTROLE DIFUSO BRASILEIRO

O modelo difuso de controle vigora no Brasil desde a Constituição Republicana de 1891, que foi influenciada pelo pensamento de Rui Barbosa, que por sua vez, buscou inspiração na doutrina norte-americana.

Esse tipo de controle autoriza que todo juiz ou tribunal possa indagar a constitucionalidade de leis ou atos normativos provenientes da União, dos Estados ou mesmo dos Municípios, em face da *Lex Mater*.

Juízes de primeira instância e tribunais efetivam o controle difuso nos processos de sua alçada.

Já o Superior Tribunal de Justiça apenas o faz quando da análise do recurso especial.

No mesmo sentido, é o Supremo Tribunal Federal, que só exercita esse controle em sede de recurso ordinário constitucional ou recurso extraordinário.

Nesse passo, depreende-se que no Brasil, a forma de controle é a judicial, pois que realizado por órgãos do Poder Judiciário.

O momento de controle é o repressivo, afinal para que juízes ou tribunais possam aferir a validade dessas normas elas devem ser vigentes.

Esse modelo, afirma Agra (2007, p. 573) é aquele "exercido em um processo *inter partes*, com o objetivo de dirimir uma controvérsia jurídica exposta em uma lide, em defesa de direitos subjetivos pertencentes às partes interessadas."

Não sem razão, Cunha Júnior (2006, p. 100-101) assenta um pressuposto lógico para a efetivação do controle difuso:

> [...] tem de existir um caso concreto, em que haja interesses contrapostos, e que o pedido da declaração de constitucionalidade seja uma questão que deva necessariamente ser decidida antes da apreciação do mérito.

Isto posto, feitas as considerações iniciais, indispensável discorrer sobre a forma ou modo que esse controle é exercido, examinando quais as vias de declaração de uma inconstitucionalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como foi exposto alhures, o controle difuso brasileiro está atrelado à via de defesa ou exceção.

Em casos tais, a arguição de inconstitucionalidade é suscitada no curso de um processo, e sua solução é um condicionante para que o mérito da demanda seja decidido pelo julgador.

Ou seja, a declaração da inconstitucionalidade não é um fim em si mesma, mas apenas um obstáculo a ser superado para a efetivação de um direito.

Seja como for, a via de exceção ou de defesa dar-se-á quando, no curso de qualquer ação judicial, uma das partes pretende aplicar uma lei e a outra parte defende-se dessa pretensão, alegando a inconstitucionalidade da aludida lei. (BULOS, 2014, p. 205).

Referido contratempo pode surgir nas mais diversas espécies de demandas, nesse sentido:

> No direito brasileiro, a fiscalização incidental da constitucionalidade pode ser provocada e suscitada pelo autor, na inicial de qualquer ação, seja de que natureza for (civil, penal, trabalhista, eleitoral e, principalmente, nas ações constitucionais de garantia, como mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública), qualquer que seja o tipo de processo e procedimento (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar) ou nas ações incidentais de contra-ataque (embargos à execução, embargos de terceiros, etc). (CUNHA JÚNIOR, 2006, p. 101).

"O controle por via de exceção é de sua natureza o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder." (BONAVIDES, 2006, p. 325).

O que doutrina e jurisprudência não admitem é que tal ação seja proposta diretamente em face de ato inconstitucional, como verdadeiro pedido, pois somente é aceitável se usado como fundamento ou causa de pedir.

Moraes (2014, p. 732 - 736) enfatiza que na via de exceção a decisão judicial não se coloca como manifestação a respeito do objeto principal da controvérsia, mas sobre uma questão prévia, imprescindível para o julgamento acerca do mérito.

Nesse aspecto, o que interessa à parte é uma declaração sobre a inconstitucionalidade para exonerá-lo, naquele caso concreto, de cumprir a lei ou ato, realizado em desconformidade com a Constituição.

Porém, tal norma ainda permanecerá válida e vinculante em relação a outros indivíduos estranhos ao caso em apreço.

Particularidade da declaração de inconstitucionalidade no modelo difuso é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a chamada cláusula de reserva de plenário, arrolada no artigo 97 da Constituição Federal de 1988.

Referida disposição exige que declarações de inconstitucionalidade de toda lei ou ato normativo estatal (quando declarada por tribunal, turma, câmara ou seção) sejam proferidas pela maioria qualificada de seus membros.

Essa é uma condição para a eficácia jurídica da declaração.

No caso de a manifestação por maioria absoluta ser proferida pelo Pretório Excelso, o guardião da Constituição poderá declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do ato normativo ou da lei infraconstitucional, e posteriormente oficiar o Senado para que este (querendo) paralise a execução da norma declarada inconstitucional.

A suspensão pelo Senado Federal é uma deliberação política e discricionária.

Vale a transcrição do artigo 52 da CF: "Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;"

Moraes (2014, p. 737) adverte sobre as limitações de tal instrumento:

> somente é aplicável ao controle difuso e tem por finalidade transformar em *erga omnes* os efeitos *intrapartes* da declaração realizada perante o julgamento do caso concreto pelo STF, bem como em suspender os efeitos da lei viciada, para que não mais continue prejudicando a segurança jurídica.

Andou bem o legislador ao prever esse importante mecanismo de alargamento dos efeitos de uma declaração incidental sobre a inconstitucionalidade de um ato ou lei.

Entretanto, com o advento da EC 45/04, após declarar incidentalmente uma inconstitucionalidade, o próprio STF poderá editar Súmula Vinculante que trate da validade, interpretação ou eficácia de normas viciadas.

Como se viu, a tendência é a de conferir ao controle difuso, concreto ou incidental efeitos típicos que seriam alcançados apenas via controle abstrato, o que a doutrina tem chamado de "abstrativização do controle difuso".

3.3 – PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Para que a ação civil pública possa questionar leis ou atos normativos no controle difuso de constitucionalidade, é crucial que sejam observadas algumas premissas, a doutrina e a jurisprudência tratam amplamente sobre o tema.

De início, uma ação civil pública que suscite alguma inconstitucionalidade não pode ter a questão constitucional como seu único conteúdo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Se assim fosse, a ação civil pública estaria fazendo as vezes da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a um só tempo: desviando de seu espírito e regulando matéria de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal.

> Somente é admitido o controle incidental de constitucionalidade se o propósito do autor não for o de obter, por linha transversa, a declaração de inconstitucionalidade de dada lei ou ato normativo, competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. (STF, Reclamação constitucional, 1.519, j.17.11.2011).

A declaração de inconstitucionalidade deve ser um incidente, uma mera questão prejudicial a ser enfrentada antes da resolução do conflito principal.

O legitimado ativo da ação coletiva não pode arrolar como pedido principal a declaração da inconstitucionalidade, que serve apenas como fundamento (*causa petendi*) para seu pedido, uma forma de alcançar o bem da vida pretendido.

O pedido, portanto, deve ser relativo a uma relação jurídica concreta.

> Com efeito, assim como ocorre em ações populares e mandados de segurança, ou em qualquer outra ação cível, a inconstitucionalidade de um ato normativo pode ser causa de pedir (não o próprio pedido) de uma ação civil pública ou coletiva. Até aí, não há problema algum. Nesse sentido, aliás, o Supremo Tribunal Federal corretamente já tem admitido a possibilidade de controle difuso de inconstitucionalidade mesmo em sede de ação civil pública da Lei n. 7.347/85. Na mesma esteira, nesta ação também é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. (MAZZILLI, 2017, p. 193).

É possível concluir que apenas não se admite o controle concreto de constitucionalidade com imutabilidade *erga omnes*.

Se o pedido formulado na ação de caráter coletivo não buscar a retirada total da eficácia de norma abstrata, será perfeitamente possível ajuizar ação coletiva, seja ela fundada em direito difusos, coletivos ou individuais homogêneos.(MAZZILLI, 2017, p. 196).

Segundo o regime comum da coisa julgada proveniente de controle incidental, o reconhecimento da inconstitucionalidade estará afeto ao caso concreto que o originou, não obrigando terceiros alheios ao evento danoso apontado na ação coletiva, para quem a lei permanece válida. (NOVELINO, 2018, p. 215).

No mesmo espírito:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> [...] 2. Tratando-se de controle difuso, portanto exercitável incidentalmente no caso concreto, apenas a esse estará afeto, não obrigando pessoas que não concorreram para o evento danoso apontado na ação coletiva; ou seja, a decisão acerca da in/conconstitucionalidade não contará com *o efeito erga omnes*, de forma que não se verifica a hipótese de ludibrio do sistema de controle de constitucionalidade. STJ - REsp 294.022/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha (02.08.2008).

Entretanto, vale recordar que este entendimento deve se adequar às peculiaridades da tutela coletiva, que via de regra possui um efeito *erga omnes* do pronunciamento judicial.

Pelo fato de a discussão constitucional figurar como questão incidental, mero incidente, temos que a consequência jurídica do reconhecimento de uma inconstitucionalidade no bojo da ação civil pública não se revestirá da coisa julgada material, nos termos do art. 469, III, do Código de Processo Civil, possibilitando uma reanálise pelo Supremo Tribunal Federal.

Afinal, a coisa julgada *erga omnes* se estende apenas à parte dispositiva da sentença, ou seja, à conclusão que o magistrado chega sobre o acolhimento ou rejeição do pedido do autor.

Os fundamentos, onde o julgador analisa as questões de fato e de direito não fazem coisa julgada material, conforme art. 504, I do Código de Processo Civil.

Portanto, se a questão prejudicial faz apenas coisa julgada formal, não há como se falar em coisa julgada *erga omnes* da declaração incidental da inconstitucionalidade.

Conjugando institutos, considerando-se o regramento do controle difuso de constitucionalidade, tal qual a essência indivisível dos direitos transindividuais, arrematamos que a decisão de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública terá repercussão *ultra partes*, sendo imutável apenas para os terceiros integrantes do grupo, classe ou categoria de pessoas, como uma espécie de efeito *inter partes* ampliado ou efeito *erga omnes* mitigado.

CONCLUSAO

Ao longo do presente estudo, ainda que breve, procuramos mais que uma resposta pronta e acabada sobre a possibilidade de controle difuso em sede de ação civil pública. De igual modo, buscamos ir além de uma revisão jurisprudencial sobre o tema.

Aspiramos repetidamente construir uma resposta, talvez a reconstruindo.

Como dito na apresentação do trabalho, mais importante que indicar alguma coisa, é apontar a razão de ser dessa coisa.

Enfim, “a verdadeira e legítima justiça não vem da lei, não vem dos precedentes, nem da opinião pública. Mas do próprio caso.” (RÉ, 2016, p. 823).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Cumpre transcrever um excelente julgado:

> A inteligência das Leis é obra do raciocínio, mas também de bom senso, não podendo o seu aplicador se esquecer que o rigorismo cego pode levar a *summa injuria*. (TJRJ, Acórdão 5629/1994, Santa Maria Madalena, 2º Câmara Cível, Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho, j. 08.11.1994.)

É através do controle difuso de constitucionalidade que cada um do povo se transforma em fiscal da lei, colaborando na construção de uma sociedade mais pluralista e atuante na busca por seus anseios.

Esse modelo valoriza o sujeito constitucional, o destinatário da norma, que pode a qualquer tempo questionar uma lei que entenda ser inconstitucional.

O controle de constitucionalidade aberto, é campo fértil ao ativismo judicial e confere ao magistrado dignidade de autêntico órgão de soberania estatal.

Ali, a inconstitucionalidade arguida é mensurada pelo juízo como questão exclusivamente jurídica e não política.

Valores, regras e princípios constitucionais como a democracia e a soberania popular obstam que o constitucionalismo se torne algo privatizado por tribunais ou restrito a alguns ocupantes do poder.

Do exame que fizemos, é possível notar que a ação civil pública ou coletiva possui natureza jurídica de garantia constitucional, muito embora não esteja prevista expressamente no rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Esta ação visa proteger direitos transindividuais, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Possui objeto vasto, alcançando qualquer interesse que transcenda o indivíduo. A coisa julgada dali decorrente é, em regra, dotada de efeitos *erga omnes*.

Após a observação dos diversos aspectos tratados ao longo do estudo, firmamos entendimento segundo o qual: será plenamente cabível controlar-se a constitucionalidade de leis e atos normativos estatais no seio da ação coletiva, mediante controle difuso incidental, ocasião em que a inconstitucionalidade figurará como causa de pedir processual e gerará efeitos *ultra partes*, alcançando as partes do processo e todos os integrantes do grupo, classe ou categoria de pessoas, como uma espécie de efeito *erga omnes* mitigado ou efeito *inter partes* ampliado.

Conclusão diversa se dará caso seja notória a intenção de subversão do sistema, buscando-se no âmbito do 1º grau de jurisdição, via ação civil pública, unicamente uma declaração abstrata de inconstitucionalidade.

Em outros termos, quando Collor bloqueou dinheiro de particulares, o pedido principal dos cidadãos era o desbloqueio dos ativos. Não a declaração da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

inconstitucionalidade do ato que motivou o bloqueio. Portanto, na ocasião, foram respeitados os pressupostos por nós defendidos.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo:Malheiros, 2006.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: Teoria do Estado e da Constituição.** 21. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. v. 1.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de sociologia jurídica**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de filosofia do direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2006.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil.** 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 4.

DINIZ, Maria Helena, **Compêndio de introdução à ciência do direito.** São Paulo: Saraiva, 1988.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: São Paulo: Malheiros, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público** . 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo. Atlas, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**: volume único.

3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggieri. **Manual do defensor público**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Saraiva, 1988.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITOS DIFUSOS – O PAPEL DO DIREITO URBANÍSTICO

JOÃO HENRIQUE DE AMORIM SOBRINHO. Advogado. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Bacharel em Direito pela UNIFIEO.

RESUMO: Este artigo analisa o papel do Direito Urbanístico no contexto dos Direitos Difusos e a importância do Direito à cidade como direito da coletividade, no âmbito do meio ambiente artificial.

Palavras-chave: Direitos difusos, Direito Urbanístico, Direito à Cidade, Meio ambiente artificial

ABSTRACT: This article analyzes the role of Urbanistic Law in the context of Diffuse Rights and the importance of the Right to the City as a right of the community, within the scope of the artificial environment.

Keywords: Diffuse Rights, Urbanistic Law, Right to the city, artificial environment

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breves comentários acerca das "dimensões" dos direitos fundamentais 3. Definição de meio ambiente e a ordem urbanística como interesse difuso. 3.1. O papel do Direito Urbanístico. 3.2. A judicialização do urbanismo. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas

1.INTRODUÇÃO

O moderno Estado Constitucional é marcado historicamente por uma trajetória evolutiva dos direitos fundamentais, vinculada à própria história do constitucionalismo. Importante destacarmos que foi ainda na Idade Média, na Inglaterra do século XIII, que encontramos o principal documento que é tido pelos estudiosos da matéria como o início da positivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, um pacto celebrado pelo Rei João Sem Terra em 1215 e pelos bispos e barões ingleses.

A *Charta* tinha por objetivo garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, mas excluía a população em geral do acesso aos direitos ali consagrados. Ressalte-se que, embora tido como mais importante, não se trata do primeiro, tampouco, do único, documento com tal propósito, já que nos séculos XII e XIII, os reis portugueses e espanhóis já haviam outorgado as chamadas cartas de franquia e os forais.

De toda sorte, embora elaborada num contexto de absolutismo e desigualdade social e econômica, a *Magna Charta* foi o ponto de partida para diversos direitos e liberdades civis clássicos, tais como o direito ao *habeas corpus*, o *due processo of law* e até mesmo o direito à propriedade.

Outro fator importante na evolução dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, movimento reformista cristão liderado por Martinho Lutero, que, dentre outros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

aspectos, criticou duramente os abusos do clero e levou ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países.

Posteriormente, a *Petition of Rights* inglesa de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e a *Bill of Rights*, de 1689, progressivamente vão limitando o poder monárquico e afirmando o parlamento perante a coroa inglesa, implicando ampliação do conteúdo de liberdade e extensão de sua titularidade aos cidadãos ingleses de maneira geral.

A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, elaborada no contexto da revolução francesa, período de intensa agitação política e social na França, também deixam sua marca história na ampliação e consolidação de direitos humanos e direitos fundamentais, influenciando constituições ao redor do globo.

É exatamente após esse período histórico, suscintamente abordado neste artigo, que surgem as chamadas gerações ou, para alguns doutrinadores, dimensões, dos direitos fundamentais.

2.BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DAS "DIMENSÕES" DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Prima facie, importante destacar que a expressão "geração" dos direitos fundamentais como fazendo parte de um processo evolutivo foi difundida por Karel Vasak, em uma conferência proferida em 1979 no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo. A expressão foi criada a partir do lema da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade.

Contudo, ponderamos que existe debate doutrinário sobre o uso dos termos "gerações" ou "dimensões" de direitos fundamentais. Muito porque, para alguns autores, como é o caso do Professor Ingo Wolfgang Sarlet, o termo "geração" poderia denotar a superação de direitos por novos direitos, ficando os anteriores ultrapassados.

Nas palavras do autor, *"é de se ressaltar as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo 'gerações', já que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que a expressão 'gerações' pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina."*.113 Optamos por adotar a mesma linha de raciocínio do ilustre jurista, com o devido respeito às demais vozes que defendem o uso do termo 'gerações'.

O fato é que as chamadas dimensões dos direitos fundamentais foram classificados em "dimensões", tendo como referência, primeiramente, os direitos de liberdade, depois os de igualdade e, finalmente, os relativos à fraternidade.

113 SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª Edição. 2015. Saraiva. São Paulo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, direitos de primeira dimensão ou direitos de liberdade são aqueles surgidos nos séculos XVII e XVIII e foram os primeiros reconhecidos pelos textos constitucionais. Esses direitos abrangem direitos civis e políticos inerentes ao ser humano e oponíveis ao Estado, em pleno período absolutista, em que o Estado era o maior supressor das liberdades individuais. Nesta geração, encontram-se o direito à vida, à segurança, ao devido processo legal, à propriedade, à liberdade de pensamento, de culto etc. Vale mencionar que tais direitos implicam uma posição negativa do Estado para com o indivíduo, um não fazer.

Já os direitos de segunda dimensão estão relacionados à igualdade e advieram com o surgimento do *Welfare State*, após a Segunda Guerra Mundial. São os chamados direitos econômicos, sociais e culturais e que implicam prestação positiva do Estado, que deve fazê-lo por meio da criação de políticas públicas. Compreendem o direito à saúde, ao trabalho, à moradia, à educação, à greve, livre associação sindical etc.

Surgiram posteriormente os chamados direitos de terceira dimensão ou direitos de fraternidade. Tratam-se de direitos coletivos, de titularidade de coletividades ou da própria humanidade como um todo. De acordo com as lições do honorável Professor Paulo Bonavides são *"...direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, em um momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta."*.114

É exatamente neste contexto que se encaixam os denominados direitos difusos, pertencentes à comunidades, coletividades, à humanidade, tais como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade, entre outros.

Concluímos esta etapa no sentido, pois, de que o meio ambiente é direito difuso, de titularidade coletiva, classificado como direito fundamental de terceira dimensão.

3.DEFINIÇÃO DE MEIO AMBIENTE E A ORDEM URBANÍSTICA COMO INTERESSE DIFUSO

De acordo com o artigo 3º, da Lei nº 6.938/81 meio ambiente é o *"conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".*

Não havendo conflito com o que dispõe o artigo 225 da Constituição da República de 1988, a lei referida é considerada recepcionada pelo sistema constitucional em vigor, já que a Carta Magna tutela o meio ambiente em suas diversas dimensões, quais sejam, natural, artificial, cultural ou do trabalho.

De acordo com o Professor José Afonso da Silva, considera-se meio ambiente como *"a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*.".115

114 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional***.** 13ª ed. 2003. Malheiros. São Paulo.
115 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. Malheiros. 2009. São Paulo.

Para Celso Antonio Pacheco Fiorilo, *"o meio ambiente artificial é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto). Dessa forma, todo o espaço construído, bem como todos os espaços habitáveis pela pessoa humana compõem o meio ambiente artificial."*.116

Assim, a ordem urbanística é componente do meio ambiente artificial, bem jurídico difuso no conjunto de relações que estruturam a cidade. Tanto que assim a considera o inciso VI do artigo 1º da lei nº 7.347/1985, a lei que regula a Ação Civil Pública, também recepcionada pela constituição vigente.

3.1 O PAPEL DO DIREITO URBANÍSTICO

De acordo com a lição de José Afonso da Silva *"o direito urbanístico é produto das transformações sociais que vêm ocorrendo nos últimos tempos. Sua formação, ainda em processo de afirmação, decorre da nova função do Direito, consistente em oferecer instrumentos normativos ao Poder Púbico a fim de que possa, com respeito ao princípio da legalidade, atuar no meio social e no domínio privado, para ordenar a realidade no interesse da coletividade."*.117

Entendemos indispensável discorrer brevemente sobre a chamada Reforma Urbana. O processo de democratização do Brasil é marcado pela atuação dos movimentos sociais, que, a partir da organização de setores socialmente excluídos do crescimento econômico, entram no cenário público e político, reivindicando direitos e melhores condições de vida.

As Comunidades Eclesiais de Base representaram, certamente, um marco na atuação de tais movimentos, na medida em que, foram tanto garantidoras da população excluída do desenvolvimento das cidades, como incentivadoras de um processo de ocupação que satisfizesse interesses imediatos da população. Evidentemente que isso acabou por gerar um processo de ocupação desordenada, que posteriormente constituiria mais uma demanda ao poder público.

O fato é que influenciada por tais fenômenos, a Constituição de 1988 inaugura uma nova etapa no processo democrático nacional, viabilizando a participação e o acesso à gestão das políticas públicas, com o a criação de conselhos em várias áreas da política social.

Com efeito, a função social da propriedade, garantia fundamental estabelecida no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, bem como a função social da cidade, ganham força propulsora com a inserção de um capítulo na Carta para tratar exclusivamente da política urbana. Ao exigir um Plano Diretor para os Municípios com mais de 20.000 habitantes, cria-se um instrumento da política de desenvolvimento urbano e de planejamento territorial.

Eis, pois, o papel do Direito Urbanístico, regular a ocupação territorial de maneira a atender à coletividade, garantindo a todos o acesso à moradia digna, direito social previsto no

116 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 9ª ed. Saraiva. 2008. São Paulo.
117 SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro.* 7ª Edição. Malheiros. 2012. São Paulo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

artigo 6º da Constituição da República, assim como aos serviços urbanos, ao saneamento básico, ao transporte adequado, aos equipamentos públicos etc.

Optarei por não adentrar ao mérito da questão da autonomia do Direito Urbanístico em relação aos demais ramos, tendo em vista que a própria Constituição da República, no artigo 24, inciso I, ao tratar da competência para legislar sobre a matéria, indica se tratar de ramo específico da Ciência Jurídica.

Arriscamo-nos, portanto, a apresentar um conceito de Direito Urbanístico como sendo o conjunto de regras e princípios destinados à regular a ocupação territorial urbana, de modo a garantir aos ocupantes do espaço urbano o acesso à terra, aos serviços urbanos, aos equipamentos públicos e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Tratando-se as normas de Direito Urbanístico de interesses difusos e, como vimos, classificados como direitos de terceira dimensão, implicam ao Estado prestações positivas, a serem consubstanciadas por meio da implementação de políticas públicas aptas a cumprir o papel pretendido pela ordem jurídica vigente.

O artigo 182 da Constituição Cidadã dispõe que *"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."*. O § 2º do mesmo dispositivo estabelece que *"a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor."*.

Deste modo, verificamos que a responsabilidade pelo planejamento urbano e ordenamento territorial foi delegada aos Municípios, que o deve fazer por meio do Plano Diretor, instrumento da Política de Desenvolvimento Urbano. Evidentemente, a edição de normas gerais em sede de Direito Urbanístico permanece sendo competência da União Federal.

Não se pode descurar da importância do artigo 183 da Carta, que institui nova modalidade de usucapião, a denominada *usucapião especial urbana*, instituto de fundamento *pro misero*, que confere ao titular do direito a aquisição de propriedade urbana de até 250m² em prazo reduzido de cinco anos, atendidos os demais requisitos ali previstos. Trata-se de mais um instrumento jurídico que tem por objetivo garantir o acesso à terra e o direito à moradia, tendo em vista o cumprimento da função social da propriedade urbana.

O capítulo da Constituição Federal que regula a política urbana foi regulamentado em 2001, pelo chamado Estatuto da Cidade, Lei Federal nº. 10.257, que estabelece as diretrizes gerais da política urbana. Com efeito, segundo o artigo 2º da norma referida *"a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana"*, considerando-se algumas diretrizes gerais.

Dentre elas, ressaltamos a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; a gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

programas e projetos de desenvolvimento urbano; o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; e a oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais.

A norma aludida prevê ainda diversos instrumentos para garantir o cumprimento da função social da propriedade, tais como o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, para os casos de imóveis subutilizados, o IPTU progressivo no tempo, a desapropriação com pagamento em títulos e a própria usucapião especial urbana.

3.2 A JUDICIALIZAÇÃO DO URBANISMO

Tratando-se de interesse difuso, a Lei Federal nº. 7.347/85 atribuiu ao Ministério Público a atividade de fiscalização e judicialização da ordem urbanística, de maneira genérica. Nesta toada, eventualmente, está o órgão ministerial imbuído do dever de instaurar inquéritos civis e até mesmo ajuizar ação civil pública em face dos Municípios que estejam descumprindo os preceitos da ordem urbanística.

Assim, parcelamentos irregulares do solo, usos incompatíveis com o zoneamento local, danos ao meio ambiente causados pela interferência humana, apenas para exemplificar, são frequentemente objeto de medidas judiciais para compelir o Poder Público a tomar providências no sentido de reverter o cenário ilegal.

De outra banda, há possibilidade de judicialização das regras de direito urbanístico por parte da população em geral. A este respeito, podemos citar a própria usucapião constitucional como medida garantidora do direito à moradia e da garantia do cumprimento da função social da propriedade.

Porém, o que dizer da judicialização voltada à implementação das políticas públicas? Trazendo à baila uma problemática fática, para ilustrar, dados do IBGE118 informam que em 1950 havia no Brasil uma população urbana de 18.782.891 de habitantes, sendo que em 2010 essa população saltou para 160.925.792. Por outro lado, houve queda da população rural, de 33.161.506 para 29.830.007 de habitantes.

Nesse mesmo período, São Paulo, um lugar que em cem anos (entre 1854 e 1954, data de seu quarto centenário) passou de 30 mil para mais de 2,5 milhões de habitantes, chegando a 10 milhões nas décadas seguintes, surge como maior cidade do país, centro econômico mundial e uma das maiores aglomerações urbanas do mundo. Na medida em que as demandas por habitação popular não foram atendidas pelas ofertas habitacionais produzidas, tanto pelo poder público como pelo mercado imobiliário, a principal alternativa para as famílias de baixa renda se tornou a compra de lotes irregulares, posto que mais baratos, e a ocupação de áreas com restrições ambientais ou destinadas à implantação de equipamentos públicos.

118https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/saude/9662-censo-demografico-2010.html?=&t=series-historicas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em paralelo, o planejamento ínfimo do Estado na ampliação da infraestrutura urbana e o fomento a um mercado imobiliário elitista geraram uma falta de oferta de imóveis destinados à população de baixa renda, um significativo aumento de imóveis subutilizados dentro do espaço urbano e, sobretudo, o crescimento abrupto de uma população desamparada, fator de nascedouro dos assim chamados núcleos urbanos informais. “Favelas” e loteamentos informais que se consolidam ao longo do tempo, inclusive com a tardia implantação da infraestrutura pelo poder público, sem que, no entanto, os moradores possam gozar de títulos que lhes garantam a propriedade dos imóveis que habitam.

Ainda no âmbito de pesquisas do IBGE119, dados indicam que mais de 3.200.000 domicílios brasileiros se situam sobre assentamentos precários, ocupando área de aproximadamente 170.000 hectares. A irregularidade, seja ela urbanística ou fundiária, é característica presente no território de quase todas as cidades brasileiras, principalmente nas regiões metropolitanas, marcadas que foram por processos de conurbação, fruto do desenvolvimento acentuado que se deu com a industrialização do Brasil, pós década de 50. Tais dados, referem-se apenas aos assentamentos precários. Se somados os parcelamentos e condomínios irregulares de classe média e alta, certamente esse número saltaria para no mínimo 40% do território nacional.

Margens de mares (palafitas), ocupações ao redor de córregos e lagos, de rodovias, topos de morro e outras áreas sem valor econômico, passaram a ser objeto de ocupação espontânea. Por outro lado, com a publicação da Lei Federal nº. 6766/79, alargou-se a complexidade dos processos de aprovação e licenciamento do parcelamento do solo junto aos órgãos públicos. Ademais, a exigência de altos percentuais destinados a áreas públicas, fez com que muitos investidores, sequer iniciassem, ou desistissem no meio do caminho, de estabelecer parcelamentos na observância das normas vigentes, gerando um passivo de parcelamentos irregulares que só cresce com o passar dos anos.

O Censo Demográfico 2010, aponta que 11% da população da Região Metropolitana de São Paulo – RMSP (2.162.368 habitantes) habitam em aglomerados subnormais (favelas)120. Resultado da irregularidade está em que, além da ausência de condições mínimas de habitabilidade em muitos casos, os possuidores de lotes em núcleos urbanos informais não estão inseridos no mercado imobiliário formal, o que acaba por lhes usurpar o exercício da cidadania e o gozo do direito à moradia, em seus aspectos formal e material.

No ímpeto de problematizar a questão, não necessariamente oferecendo uma resposta, haveria a possibilidade de demandar contra o Estado exigindo a produção de moradia ou até mesmo compelindo-o à promoção da regularização fundiária das áreas já ocupadas irregularmente?

Ainda ilustrando, em 2009 foi publicada a Lei Federal nº. 11.977, que, além de criar o Programa Minha Casa Minha Vida, instituiu normas relativas à regularização fundiária urbana. Em 2017, referida lei foi derrogada, dando vez à Lei Federal nº. 13.465, que passou a disciplinar a matéria. Em que pese sejam os procedimentos ali descritos todos de natureza

119 http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7552cd_2010_agsn_if
8https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000015164811202013480105748802.pdf

administrativa, a omissão do Poder Público poderia gerar demanda oponível ao Estado mediante ação judicial?

Filio-me à corrente que defende a possibilidade, dada a natureza dos direitos difusos, como já exaustivamente explanado neste ensaio, direitos fundamentais de terceira dimensão, que exigem uma prestação positiva do Estado. Contudo, a problemática é infindável, esbarrando na *cláusula da reserva do possível*, constantemente invocada pelas procuradorias locais, e, ainda pior, na alegação de que eventualmente se estaria ferindo o princípio federativo, que determina a separação dos poderes, na medida em que, o Judiciário, ao proferir sentença condenatória em face de um Município, por exemplo, estaria interferindo na lei orçamentária.

Robert Alexy, ao tratar do tema, expôs: *"Direitos a ações positivas suscitam o problema de saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos subjetivos dos cidadãos. Sob uma Constituição que submete os direitos garantidos constitucionalmente a um amplo controle judicial de constitucionalidade esse problema é, em essência, o problema de repartição de competências entre o tribunal constitucional e o legislador."*.121 Acrescentamos, entre o Judiciário e o Poder Executivo. A questão é de difícil solução e está longe de ser resolvida.

4.CONCLUSÃO

Concluo o presente artigo defendendo, assim como o faz o ilustre Professor José Afonso da Silva, que o Direito Urbanístico é um ramo independente do direito, pertencente à classe dos chamados direitos difusos, classificados como direitos de terceira dimensão, conforme ensinamento do não menos honorável Professor Ingo Wolfgang Sarlet, reconhecendo, no entanto, que no âmbito da epistemologia da Ciência Jurídica, a afirmativa é complexa.

Muito porque, ora estamos diante de regras administrativas que limitam ou regulam o exercício da propriedade por parte de particulares, porém, com fundamento em ideais essencialmente públicos, destinados à garantir o interesse da população em geral, outrora estamos diante de direitos subjetivos de cidadãos, como por exemplo é o caso da usucapião constitucional, que possui, a princípio, natureza eminentemente civil, de direito privado. Não se pode arredar, todavia, que, ainda que se veja certa correspondência com o direito administrativo ou com o direito civil, por vezes, o escopo do Direito Urbanístico é majoritariamente público, destinado à garantir o direito da coletividade a determinados bens jurídicos de maneira a se fazer cumprir o mandamento constitucional estabelecido no artigo 3º, inciso I, da Carta Magna, que estabelece o objetivo geral de se construir uma sociedade livre, justa e solidária.

É certo que na raiz de algumas normas de Direito Urbanístico, temos por fundamento a própria dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Evidentemente, ainda pendem divergências jurídicas de enorme relevância quanto à efetivação dessas normas, no âmbito da atuação do Poder Judiciário.

121 ALEXY, Robert. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª edição. Malheiros. 2015. São Paulo.

Porém, é certo que, em relação a determinadas regras, a própria Lei da Ação Civil Pública franqueia a atuação do Ministério Público, como *custus legis*.

Estariam aqueles titulares, por exemplo, do direito à moradia, aptos a pleitearem em juízo uma atuação do Estado? Entendemos que sim, pelo quanto já explanado, mas reconhecemos as teses em sentido contrário como legítimas e bem fundamentadas. São pendências que o tempo e a atuação do Tribunal Constitucional solucionará.

5.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª edição. Malheiros. 2015. São Paulo.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional***.** 13ª ed. 2003. Malheiros. São Paulo.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro***.** 9ª ed. Saraiva. 2008. São Paulo.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Edição. 2015. Saraiva. São Paulo.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. Malheiros. 2009. São Paulo.

SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro.* 7ª Edição. Malheiros. 2012. São Paulo.

https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/saude/9662-censo-demografico-2010.html?=&t=series-historicas

https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/saude/9662-censo-demografico-2010.html?=&t=series-historicas

http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7552cd_2010_agsn_if

8https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000015164811202013480105748802.pdf

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO À SAÚDE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DO BRASIL E DO MUNDO

JAEDSON DA SILVA CERQUEIRA:
Bacharelando no curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil, Campus Manaus

RESUMO: Este artigo tem por objetivo geral analisar o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro que tem levado muitas pessoas a recorrerem aos processos de judicialização na justiça brasileira, fazendo um comparativo com outros sistemas de saúde no direito comprado, procurando estabelecer parâmetros de atendimento no campo da saúde por mais que os sistemas possuam diferenças significativas. Sobre o assunto em pauta o material bibliográfico é muito vasto quando trata dos sistemas de saúde de forma individualizada, mas profundamente escasso ou inexistente quando trata de um estudo comparativo, o que dificulta bastante abordar, mesmo de maneira genérica e, também específica os inúmeros problemas atinentes ao campo doutrinário do sistema de saúde no mundo. Em vez de seguir tal metodologia que, para analisar com certa profundidade os múltiplos pormenores que cercam cada sistema, exigiria mais do que um trabalho de cunho acadêmico. Preferiu-se, então, selecionar alguns aspectos, fundamentais de alguns sistemas de saúde no direito internacional, que possam ser bem compreendidos, por intermédio, deste estudo. Com enfoque de cada sistema e suas especificidades pressupõe-se a ideologia política que orientou o tema máster saúde pública. Assim cada tema se inicia com uma exposição doutrinária, no intuito de familiarizar-se com o manuseio dos mesmos e com os princípios que informam as grandes ideologias dominantes na formatação das políticas pública de saúde, o que impulsiona a instrumentalização com esse conjunto de ideias básicas de cada sistema podendo melhor aprender e compreender a realidade da saúde em alguns países.

Palavras-Chave: Saúde Pública. Saúde Coletiva. Sistema de Saúde.

ABSTRACT: The general objective of this article is to analyze the right to health in the Brazilian legal system that has led many people to resort to judicialization processes in Brazilian justice, making a comparison with other health systems in the purchased law, seeking to establish parameters of care in the field of as much as the systems have significant differences. On the subject in question, the bibliographic material is very vast when dealing with health systems in an individualized way, but deeply scarce or nonexistent when dealing with a comparative study, which makes it very difficult to approach, even in a generic way, and also specific to the numerous problems pertaining to the doctrinal field of the health system in the world. Instead of following such a methodology, which, in order to analyze in depth the multiple details that surround each system, would require more than academic work. It was preferred, then, to select some fundamental aspects of some health systems in international law, which can be well understood through this study. With a focus on each system and its specificities, the political ideology that guided the theme of public health is assumed. Thus, each theme begins with a doctrinal exposition, in order to become familiar with their handling and with the principles that inform the major dominant ideologies in shaping public health policies, which drives the instrumentalization with this set of basic ideas of each system being able to better learn and understand the reality of health in some countries.

Keywords: Public health. Collective Health. Health system.

1 INTRODUÇÃO

O Sistema de Saúde do Brasil e de algumas partes do mundo, como a Argentina, por exemplo possui semelhanças e diferenças. No Brasil o sistema é provido de dois subsistemas: o primeiro é o Sistema Único de Saúde – SUS que atende a maioria significativa da população; o segundo é o sistema privado que também se divide em dois subsistemas: a primeira base em Planos de Saúde que atende que pode pagar; e o segundo cujo usuário paga diretamente ao Centro de Saúde seu tratamento, sem a necessidade de planos de saúde (GOMES, 2008).

Na Argentina, por exemplo, o Sistema de Saúde é provido de três subsistemas: o primeiro é o denominado Sistema de Saúde Público que atende de forma indiscriminada cerca de 37,00% da população, e possui uma ampla rede de atendimento em todo o território argentino com atendimento de baixa, média e alta complexidade, além do fornecimento de medicamentos (GOTLIEB, et al., 2016).

Esse sistema é tão amplo que inclui também as universidades para formação, treinamento e reciclagem de profissionais de saúde. Seu financiamento vem de todas as esferas de governo, atendendo a uma gama enorme da população argentina mais carente (EIFLER, 2016).

O segundo é o denominado '*Obras sociales'* que funciona de forma mista, com financiamento do governo e dos trabalhadores, empregadores, pensionistas e aposentados. Existe na Argentina desde a década de 1970 e se se consolidou nos últimos 20 anos, apesar das intensas crises econômicas vividas na Argentina. 53,00% da população se utiliza desse sistema misto que funciona da seguinte forma: Uma pessoa cadastrada se necessitar de atendimento, o Estado paga parte e o trabalhador paga outra parte, seja no atendimento público ou privada. Para aposentados e pensionistas o Programa de Assistência Médica é integral. Esse sistema, embora ainda em funcionamento, sofreu uma profunda reforma que causou muitos transtornos políticos aos governantes (DEL RÍO, 2012).

O terceiro é o Sistema de Saúde Privado quando o usuário paga pelo serviço de atendimento em saúde de forma integral ou diretamente a unidade de saúde que o atendeu ou através de um Plano de Saúde (GOTLIEB, et al., 2016).

Nos Estados Unidos, por exemplo, não há sistema público de Saúde. O Sistema é todo privado. O Governo Obama, criou um sistema que facilitava o acesso dos mais necessitados ao sistema de saúde, com o pagamento de uma parte considerável dos valores dos planos de saúde, mas veio o governo de Donald Trump e revogou essa medida (EIFLER, 2016).

Na União Europeia (UE), a saúde é confrontada com um estatuto híbrido e situa-se numa encruzilhada entre a saúde e o comércio. Na EU, as políticas de saúde continuam a dar ampla prioridade à saúde pública, curativa à prevenção. Neste contexto, a UE tem uma abordagem original, uma vez que, desde o início, centrou a sua política de saúde na saúde pública. O domínio dos cuidados é explicitamente da competência dos Estados-Membros. Inversamente, desde o Tratado de Maastricht (1992), a União tem sido chamada a melhorar a saúde dos cidadãos através de ações de saúde pública (GOMES, 2008).

Até o início dos anos 2000, essas ações ocorriam de forma segmentada, refletindo, de fato, a relutância inicial de alguns estados em incluir a UE nessa área. Existia assim, entre outras coisas, um programa dedicado ao cancro, outro dedicado à promoção da saúde ou um programa destinado à vigilância da saúde (MEDICI , 2002).

Com uma nova base jurídica - o artigo 152º do Tratado de Amesterd - "o programa de saúde pública" (2003-2008) tornou possível racionalizar estas atividades, propondo uma abordagem horizontal centrada em objetivos transversais e não em problemas particulares (PANDOLFO et al., 2012).

O "Programa de ação comunitária no domínio da saúde (2008-2013)" (PACDS) prosseguiu esta abordagem e constitui hoje o principal quadro no qual a UE executa as suas competências no domínio da saúde pública. A UE não intervém assim hoje em todas as áreas da saúde pública, quer se trate da prevenção, da educação para a saúde, da promoção da saúde ou da vigilância epidemiológica das doenças (CAMPOS, 2010).

E, em todos os sistemas (Brasil, Argentina, Estados Unidos e UE) uma gama enorme de atendimento é provido pelo sistema de Saúde e seus subsistemas, mas em alguns casos, necessita-se da intervenção judicial para que o atendimento possa se concretizar (FLEURY, 2007).

No Brasil, no caso do sistema público, alguns serviços não são cobertos pelo SUS, como cirurgias de alta complexidade; medicamentos extremamente específicos e caros, etc (SILVA, 2009).

Na Argentina e na UE, ocorre o mesmo problema. No caso dos serviços particulares, ocorre o mesmo fenômeno, quando, principalmente Planos de Saúde se recusam a fornecer determinados atendimentos, sempre com a desculpa que o contrato não cobre o atendimento (GOTLIEB, et al., 2016).

O poder judiciário só pode agir, em qualquer lugar do mundo, se for provocado. Caso contrário estará incorrendo em ativismo judicial que uma é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (DALLARI, 2012).

Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BADIER, 2000).

Dessa firma este artigo tem por objetivo geral analisar o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro que tem levado muitas pessoas a recorreram aos processos de judicialização na justiça brasileira, fazendo um comparativo com outros sistemas de saúde no direito comprado, procurando estabelecer parâmetros de atendimento no campo da saúde por mais que os sistemas possuam diferenças significativas, além de especificamente analisar o campo da saúde pública; verificar o direito à saúde; e, entender a questão da judicialização da saúde, abordando uma ampla gama de tópicos, a figura de proa de intervenção judicial na saúde pública. Sem sequer incluir a sua importantíssima atividade reguladora em matéria de segurança da saúde através das suas várias ações e instrumentos, contribui largamente para a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

reavaliação da saúde pública que instituiu, aliás recentemente consagrado como direito fundamental, invocado em juízo, da mesma forma que o acesso à saúde.

2 O CAMPO DA SAÚDE PÚBLICA

Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde compre duas (2) vertentes. Uma de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer ato que prejudique a saúde, outra de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estatais visando à prevenção das doenças e o tratamento delas na maioria dos países do mundo (GOMES, 2008).

Assim como se vê no enunciado do art. 196 e se confirma com os arts. 198 a 200, da Constituição Federal de 1988, trata-se de um direito positivo "que exige prestações do Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas", de cujo cumprimento depende a realização do próprio direito. Na Constituição da Argentina ela está inclusa no art. 42, mas outro documento denominado de 'Protocolo de San Salvador', é onde está pormenorizada a questão da saúde na Argentina. Na UE, na medida em que se espera que a mesma evite cuidados, seu papel na saúde é geralmente denegrido, senão simplesmente ignorado (SILVA, 2009); (GOTLIEB, et al., 2016).

Para muitos autores e observadores das políticas de saúde, apenas o curativo continua a contar - é isso que permitiu à UE investir no preventivo. Mas a desvalorização da Europa da saúde é alimentada também por representações ligadas à ação da União no domínio da saúde pública e à europeização que ela produz, ou seja, a sua influência nos mecanismos de ação pública, nas ideias ou mesmo nas práticas dos autores, públicos ou não, coletivos ou individuais, e atuantes em qualquer nível territorial (MEDICI, 2002).

Essa europeização seria desprezível tendo em vista o papel que o Tratado atribui à União e os instrumentos de ação que lhe são colocados. No entanto, na área da saúde pública, estes instrumentos têm permitido implantar os principais mecanismos de europeização identificados pela literatura acadêmica. Radaelli (2013) identifica, assim, dois mecanismos principais.

O primeiro, o mecanismo de europeização vertical, pressupõe que a política europeia tem uma direção clara e visa produzir um cumprimento específico em nível dos Estados-Membros. O que caracteriza este mecanismo é, portanto, a existência de um modelo europeu, bem como a pressão de adaptação à Europa que pesa sobre os autores e instituições nacionais. Em oposição a este mecanismo de europeização, encontra-se um mecanismo de europeização horizontal que vê a europeização como um processo onde não há pressão para se conformar aos modelos europeus (PANDOLFO et al., 2012).

Assim, nos documentos normativos da saúde pública do Brasil, da Argentina e UE, a saúde é entendida como direito de todos e dever do Estado, que deve prover à garantia a mesma com a formatação de políticas sociais, econômicas e ambientais (saúde coletiva) que tenham como objetivo central reduzir o risco de doença e de outros problemas (GOTLIEB, et al., 2016).

O direito à saúde estabelece-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem seja no Brasil ou na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Argentina, ou ainda na UE. As ações e serviços de saúde são públicos, por isso devem sofrer regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, no caso os poderes legislativos e executivos nos termos da Lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, tanto no Brasil bem como na Argentina, como nos Estados-membros da EU (CAMPOS, 2010).

Assim, se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Constituição da Argentina de 1994 além dos instrumentos normativos da UE determinaram ao Poder Público o controle de ações e serviços de saúde, que significa que as ações de saúde devem ser integrais com poder de dominação que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização no Brasil (EIFLER, 2016).

No Brasil, a Constituição da República infere que a saúde é um direito já no art. 6º, dos Direitos Sociais que diz textualmente que "educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância". No art. 196 a CF/1988 reconhece a saúde como um direito de todos e dever do Estado. Já a Constituição da Argentina isso está previsto no art. 42 que fala "Consumidores e usuários de bens e serviços têm direito, na relação de consumo, à proteção de seus interesses de saúde, segurança e econômicos; informações adequadas e verdadeiras; à liberdade de escolha e a condições de tratamento justo e digno" (BRASIL, 1988).

Na UE estão descritos nas Cartas constitucionais de cada Estado-Membro mas seguem mecanismos de europeização vertical da saúde pública quando os sucessivos tratados pareciam sempre limitar, senão prevenir, qualquer constrangimento em nível europeu. Também possui instrumentos de europeização horizontal geradores de aprendizagem, cujos atores, atuando em nível nacional ou local, muitas vezes negligenciam a existência e a alcance, a menos que seja diretamente confrontado com ele (FLEURY, 2007).

Assim a saúde foi um dos setores que mais obteve sucesso na conquista de seus direitos, por que houve fortalecimento da classe dominada na busca de direitos sociais. Nessa perspectiva, é importante destacar que o reconhecimento da saúde como dever do Estado e direito do cidadão, é resultado de um longo processo de lutas sociais pelo acesso universal e igualitário aos serviços e ações de saúde. Rejeitando a ideia de desigualdade que se instalavam com a medicina previdenciária, onde só trabalhadores é que tinham direitos, outros dependiam das Santas Casas de Misericórdia no Brasil. Porém, apesar dos avanços expressos na legislação, a saúde pública ainda não é reconhecida como espaço de efetividade e materialização de direitos (DALLARI, 2012).

É nesse contexto que a atuação que se observa é que o profissional de saúde muitas vezes se insere nesse espaço com uma postura passiva, submissos e subalternos às normas e objetivos institucionais que buscam a manutenção do poder e controle social (BADIER, 2000).

3 O DIREITO A SAÚDE

Dezembro de 2020 marca o 72º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A declaração fornece a base para o código internacional de direitos humanos. Este código fornece um conjunto de padrões internacionalmente aceitos para orientar e avaliar a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

conduta dos governos em uma ampla gama de setores e tem uma relação direta e próxima com a medicina, a saúde pública e o fortalecimento dos sistemas de saúde (BOBBIO, 2004).

O código internacional de direitos humanos consiste em componentes internacionais juridicamente vinculativos. Entre os mais importantes desses componentes para os sistemas de saúde estão o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) (ABRUCIO, 2003).

Ambos os tratados de direitos humanos são juridicamente vinculativos para os países que os ratificaram. A maioria dos estados ratificou o PIDESC, e todos, exceto dois (Somália e EUA), ratificaram a CDC. O direito de todos de desfrutar do mais alto padrão possível de saúde física e mental - às vezes conhecido como o direito ao mais alto padrão possível de saúde ou direito à saúde - é parte integrante de ambos os tratados internacionais (DEL RÍO, 2012).

Todos os países ratificaram um ou mais tratados vinculantes que incluem o direito à saúde, como a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Além disso, muitos países incluem esse direito em suas constituições nacionais. A Constituição da OMS, a Declaração de Alma-Ata, a Carta de Ottawa para Promoção da Saúde; Carta para a promoção da saúde em um mundo globalizado e. outros documentos importantes acordados pela comunidade de saúde também reconhecem este direito humano fundamental. Nos últimos anos, legisladores, tribunais, organizações não-governamentais e outras partes interessadas, nacionais e internacionais, adotaram e aplicaram características do direito ao mais alto padrão de saúde possível (BARCELLOS, 2002).

A revisão de Uganda de sua política de saúde usa expressamente uma análise do direito à saúde assim como a OMS, por exemplo, sua publicação em direitos humanos, saúde e redução da pobreza. Os tribunais também estão se apoiando explicitamente no direito à saúde em suas decisões, mais recentemente em uma sentença histórica do Tribunal Constitucional da Colômbia. Com base em um entendimento detalhado do direito à saúde, este tribunal ordenou efetivamente uma reestruturação em fases do sistema de saúde do país por meio de um processo participativo e transparente com base nas informações epidemiológicas atuais (CAMPOS, 2017).

Os guias da sociedade civil sobre o direito à saúde estão aumentando em número, e muitas organizações da sociedade civil os utilizam em seu trabalho. Tanto a Assembleia Geral da ONU quanto o Conselho de Direitos Humanos discutiram vários relatórios sobre o direito à saúde, cobrindo uma ampla gama de questões, como doenças negligenciadas, saúde sexual e reprodutiva, materno mortalidade, deficiência mental, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), medicação, e água e saneamento (MAPELLI JÚNIOR, 2015).

O reconhecimento de que um sistema de saúde forte é um elemento essencial de uma sociedade saudável e igualitária está crescendo. No entanto, de acordo com uma publicação recente da OMS, os sistemas de saúde em muitos países estão falhando e entrando em colapso. Muitos sistemas de saúde são injustos, regressivos e inseguros (CAMPOS, 2010).

A OMS também confirma que o desenvolvimento sustentável, incluindo o cumprimento dos ODM, depende de sistemas de saúde eficazes. Tal como acontece com um sistema judiciário justo, um sistema de saúde eficaz é uma instituição social central e, por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

essa razão, crucialmente, ambos os sistemas são protegidos pelos direitos humanos (SILVA, 2012).

Embora muitos direitos humanos sejam importantes para um sistema judicial que funcione bem, o principal é o direito a um julgamento justo. Por meio de tratados de direitos humanos, leis e políticas nacionais, decisões judiciais e assim por diante, o direito a um julgamento justo ajudou a identificar as principais características de um sistema de tribunal justo, como um judiciário independente e julgamentos sem atrasos indevidos. O direito a um julgamento justo não apenas identificou processos judiciais injustos, mas também levou a reformas bem-vindas em muitos países. Por analogia, o direito ao mais alto padrão de saúde alcançável pode ajudar a estabelecer sistemas de saúde que sejam razoavelmente equitativo (CAMPOS, 2010).

No entanto, para que isso aconteça, os recursos de direito à saúde dos sistemas de saúde precisam ser identificados. Esse processo levará tempo, assim como o entendimento do direito a um julgamento justo se desenvolveu ao longo de muitos anos (EIFLER, 2016).

Uma vez identificados, os recursos do direito à saúde não fornecerão um projeto ou fórmula simples para um sistema de saúde. Haverá muitas áreas nebulosas, assim como em relação ao direito a um julgamento justo e aos sistemas judiciais (SILVA, 2009).

O direito a um julgamento justo não fornece prescrições detalhadas, ao contrário, insiste em princípios-chave, como justiça, independência e imparcialidade, e várias características importantes que um sistema judicial deve ter para ser justo. O direito à saúde desempenha um papel semelhante (FLEURY, 2007).

O direito ao mais alto padrão de saúde alcançável abrange assistência médica, acesso a água potável, saneamento adequado, educação, informações relacionadas à saúde e outros determinantes básicos da saúde; inclui liberdades, como o direito de estar livre de discriminação e tratamento médico involuntário, e direitos, como o direito a cuidados básicos de saúde essenciais. Tudo isso está expresso no art. 186 da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Como outros direitos humanos, o direito à saúde preocupa especialmente as pessoas e populações desfavorecidas, incluindo aquelas que vivem na pobreza. O direito à saúde requer um sistema de saúde eficaz, ágil, integrado e de boa qualidade, acessível a todos (BADIER, 2000).

O direito internacional dos direitos humanos reconhece que o direito ao mais alto padrão possível de saúde não pode ser realizado à luz do dia; está expressamente sujeito à realização progressiva e disponibilidade de recursos. Simplificando, a realização progressiva significa que um país deve melhorar constantemente seu desempenho em direitos humanos; se não houver progresso, o governo daquele país deve fornecer uma explicação racional e objetiva. Devido à maior disponibilidade de recursos, espera-se mais dos países de alta renda do que dos de baixa renda (BOBBIO, 2004).

No entanto, o direito à saúde também impõe algumas obrigações de efeito imediato, como a não discriminação, e a exigência de que um estado pelo menos prepare um plano nacional de saúde e proteção. Além disso, o direito à saúde exige que haja indicadores e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

benchmarks para monitorar o progresso da realização e que indivíduos e comunidades tenham oportunidades de participação ativa e informada na tomada de decisões de saúde que os afetam (BOBBIO, 2004).

Sob o direito internacional dos direitos humanos, os países desenvolvidos têm algumas responsabilidades em relação à realização do direito à saúde nos países em desenvolvimento. Como o direito à saúde dá origem a direitos e obrigações legais, são necessários mecanismos eficazes de monitoramento e responsabilização (ABRUCIO, 2003).

Embora o direito à saúde acrescente poder à campanha e à defesa de direitos, não é apenas um *slogan*, ele tem uma contribuição concisa e construtiva a dar às políticas e práticas de saúde. Os profissionais de saúde podem usar o direito de elaborar políticas e programas equitativos que fortaleçam os sistemas de saúde e colocam questões de saúde importantes no topo das agendas nacionais e internacionais (DEL RÍO, 2012).

Medicina, saúde pública e direitos humanos têm muitos pontos em comum. Em um grau ou outro, cada campo enfatiza a importância dos determinantes subjacentes da saúde e da assistência médica de boa qualidade, olha além do setor da saúde, luta contra a discriminação e a desvantagem, exige respeito pela diversidade cultural e atribui importância à informação e educação públicas (BARCELLOS, 2002).

O direito à saúde não pode ser realizado sem as intervenções e percepções dos profissionais de saúde; e os objetivos clássicos e consagrados da saúde pública e da medicina podem se beneficiar da disciplina mais nova e dinâmica dos direitos humanos (CAMPOS, 2017).

Algumas pessoas esclarecidas compreenderam essas relações quando a Constituição da OMS foi redigida em 1946 e quando a Declaração de Alma-Ata foi adotada em 1978, afirmando o direito ao mais alto padrão de saúde possível. No entanto, até recentemente, o direito à saúde era apenas vagamente compreendido e atraiu apoio limitado da sociedade civil ou de qualquer outro setor (MAPELLI JÚNIOR, 2015).

A compreensão e a prática da saúde e dos direitos humanos melhoraram desde a conferência de Alma-Ata. Uma parte vital desse processo tem sido o aprofundamento da compreensão do direito à saúde. Mas foi só em 2000 que surgiu uma compreensão oficial do direito à saúde, quando o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, trabalhando em estreita colaboração com a OMS e muitos outros, redigiu e adotou o comentário geral; embora nem completo, perfeito nem vinculativo, o comentário geral é atraente e inovador (CAMPOS, 2010).

O comentário mostra uma compreensão substantiva do direito à saúde que pode ser operacionalizada e melhorada à luz da experiência prática. A influência de Alma-Ata no comentário geral é explícita e clara. A influência de Alma-Ata na CF de 1988 do Brasil é enorme. Embora muito mais trabalho seja necessário para compreender todas as implicações do direito ao mais alto padrão de saúde possível, o comentário geral confirma que o direito não pode ser descartado como um artifício retórico (SILVA, 2012).

O comentário geral fornece uma linguagem comum de direito à saúde para falar sobre questões de saúde e estabelece uma maneira de analisar o direito à saúde, tornando-o mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fácil para os formuladores de políticas e profissionais usarem. O painel 1 resume o comentário geral, incluindo o requisito de que as instalações e serviços de saúde estejam disponíveis, sejam acessíveis e sejam culturalmente aceitáveis (SILVA, 2012).

A análise do direito à saúde pode ser usada para identificar e expor, por exemplo, a falta de instalações de saúde mental disponíveis devidamente atendidas por funcionários treinados. Instalações e serviços relacionados à saúde, incluindo instalações de saúde mental com pessoal devidamente treinado, devem estar disponíveis em número adequado em todo o país (CAMPOS, 2017).

É claro que a necessidade está sujeita à disponibilidade de recursos: mais e melhores instalações são necessárias para o Canadá do que para o Chade. Poucas nações, porém, dedicam fundos adequados à saúde mental. Rotineiramente, os estabelecimentos de saúde mental são negligenciados, os trabalhadores não treinados e os pacientes não atendidos. Pobre a saúde mental dá origem a outros problemas profundos, como a discriminação e a estigmatização, importantes para o direito à saúde. O teste de disponibilidade também pode ser aplicado a iniciativas de redução de danos (CAMPOS, 2017).

Fornecer aos usuários de drogas injetáveis tratamento abrangente e integrado, aconselhamento e agulhas e seringas limpas é bom para a saúde pública, reduz o sofrimento evitável, salva vidas e tem um bom custo-benefício. Uma iniciativa apropriada de redução de danos também é uma iniciativa de direito à saúde. No entanto, a maioria dos países não oferece serviços de redução de danos para pessoas que usam drogas, e aqueles que usam, como a Suécia, oferecem um serviço limitado e disperso (DALLARI, 2012).

O direito à saúde exige que todos os países tenham uma política e um plano eficaz, nacional e abrangente de redução de danos, oferecendo serviços essenciais. Espera-se que um país de alta renda como a Suécia forneça mais do que os serviços essenciais. Instalações e serviços relacionados à saúde podem estar disponíveis dentro de um país, mas inacessíveis a todos aqueles que deles precisam. Por exemplo, o acesso a medicamentos essenciais é parte indispensável do direito à saúde em várias dimensões (CAMPOS, 2017).

Em primeiro lugar, os medicamentos devem ser acessíveis em áreas rurais remotas, bem como em centros urbanos, o que tem implicações importantes para o desenho dos sistemas de abastecimento de medicamentos (CAMPOS, 2014).

Em segundo lugar, os medicamentos devem estar disponíveis para todos, incluindo aqueles que vivem na pobreza, o que tem implicações óbvias para o financiamento e os preços (CAMPOS, 2017).

Terceiro, dados os princípios fundamentais dos direitos humanos de não discriminação e igualdade, uma política nacional de medicamentos deve ser elaborada para garantir o acesso de indivíduos e comunidades carentes, como mulheres e meninas, pessoas que vivem com HIV/AIDS, idosos e pessoas com deficiências (CAMPOS, 2017).

Como a igualdade de acesso nem sempre é garantida por tratamento igual, um estado deve às vezes tomar medidas em favor das pessoas desfavorecidas. O mais longe possível, os dados devem ser desagregados para identificar grupos marginalizados e monitorar seu progresso em direção à igualdade de acesso (DALLARI, 2012).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quarto, informações confiáveis sobre intervenções técnicas ou tornando-as acessíveis. Um projeto peruano que estudou comunidades indígenas com mortalidade materna muito alta encontrou uma relutância aguda dentro da população em usar as unidades de saúde oferecidas pelo estado, em parte porque não levavam em consideração as concepções culturais locais de saúde e doença (CAMPOS, 2012).

Em estreita consulta com as comunidades indígenas, foram introduzidos equipamentos e serviços culturalmente sensíveis, como cordas resistentes nas salas de parto, para que as mulheres pudessem dar à luz agachadas e agarradas à corda, como estavam acostumadas. Essas mudanças levaram a um aumento nas entregas nos centros de saúde locais, e o sucesso dessas iniciativas locais ajudou a gerar uma mudança correspondente na política nacional de saúde sobre partos em todas as unidades básicas de saúde (DALLARI, 2012).

4 JUDIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Tanto no Brasil (art. 196) quanto na Argentina (art. 42) como na UE a saúde é um direito. O termo judicialização na saúde nasceu a partir do conceito de saúde como direito. No Brasil, temos um Sistema Único de Saúde – SUS, cujo princípio fundamental é “saúde direito de todos, dever do Estado” (art. 196 da CF/1988). Ou seja, este sistema deve cobrir todas as possiblidades de tratamento de uma pessoa. O que ocorre que é uma série de procedimentos e tratamentos que não sofrem cobertura do SUS, obrigando as pessoas a recorrerem ao judiciário para reivindicar as doses necessárias, já que as normas do SUS garantem acesso universal e igualitário à saúde. Esse processo se chama judicialização em saúde (BRASIL, 1988).

O problema é que esse acesso igualitário ao tratamento não produz os resultados adequados, pois nem todos os usuários têm conhecimento ou condições de recorrerem ao poder judiciário para tal intento até por que, na maioria das vezes esse tratamento não está disponível em qualquer hospital. Na Argentina ocorre o mesmo, já que lá o Sistema Público segue praticamente as mesmas prerrogativas do SUS brasileiro e o denominado Obras Sociais, as vezes não disponibiliza o tratamento adequado, fazendo com que as pessoas recorram ao judiciário. No UE o processo é o mesmo, pois a saúde é um direito universal (MAPELLI JÚNIOR, 2015).

O movimento em torno de implementação da Política Nacional de Saúde na perspectiva inclusiva, tanto no Brasil, na Argentina e na UE, impulsionou as transformações para um redimensionamento da saúde pública, que de fato seja para todos, que dê conta de uma renovação que considere a diversidade humana, que tenha como meta eliminar todas as barreiras e possibilitar o acesso e a participação plena de todos construindo, assim uma saúde inclusiva (MAPELLI JÚNIOR, 2015).

No centro desta discussão está a *interface* com o que se denomina de cobertura que acaba por se chocar com o direito de muitas pessoas. Um dos casos mais notórios, está no uso terapêutico da maconha em tratamentos de saúde (MAPELLI JÚNIOR, 2015).

A maconha é proibida no Brasil, na Argentina e em alguns Estados-Membros da UE e para fazer uso terapêutico dela as pessoas precisam recorrer aos tribunais. Os objetivos estratégicos de alguns tratamentos que a saúde pública não cobre nem no Brasil, nem na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Argentina e nem na UE enfatizam a importância de intervenções baseadas em terapia, incluindo profilaxia pré e pós-exposição e uso contínuo de medicamentos exclusivos, tanto para manter a saúde das pessoas quanto para reduzir o risco de transmissão em alguns casos (TORRES, 2018).

Essas intervenções exigem dos pacientes a adesão aos regimes de medicamentos e o envolvimento contínuo com os sistemas de assistência médica. As pessoas nestas condições de saúde também participam noutros sistemas que podem facilitar ou dificultar o progresso ao longo dos cuidados continuados (MAPELLI JÚNIOR, 2015).

É importante ressaltar que essa *interface* não deveria existir, pois a Constituição de 1988, diz que todos são iguais perante a lei e, que a saúde é dever do Estado e direito do cidadão e, o igualitarismo é uma ideologia que, entre os valores que compõe a fórmula da legitimidade em vigor nas sociedades industriais ocidentais, atribui à igualdade, tomada em um ou outro de seus sentidos, Lugar de preponderância. A igualdade as condições de uma tendência de longa duração que lhe aventura a qualificar de providencial (TORRES, 2018).

Neste contexto, todos os ordenamentos jurídicos traduzem os princípios da igualdade de todos perante a Lei. Esse princípio está plenamente evidenciado, tanto na CF/1988 abrindo caminho dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Reforça o princípio com muitas outras formas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substantivos. Assim é que, já no mesmo art. 5º, I, declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Desta forma, fica evidente que o ordenamento jurídico brasileiro, o argentino e as normas da UE garantem a igualdade de todos perante a Lei, reconhece que todos são iguais, um novo conceito de igualdade (MAPELLI JÚNIOR, 2015).

Assim a reflexão acerca da *interface* para a atuação da perspectiva inclusiva assume posição de destaque nas abordagens que propõem redimensionar a saúde, ultrapassando a visão de uma saúde pública em um espaço de todos com base na igualdade de direitos, passando a pensar em uma saúde geral que inicia por anular as formas excludentes de organização de sistemas paralelos de saúde, como a saúde indígena e impulsiona as transformações no âmbito da saúde pública (ALMEIDA, 2018).

A efetivação dessa proposta tem proporcionado o diálogo entre os diferentes posicionamentos quanto à necessidade de redimensionar a ação no campo de saúde pública e reinterpretar as funções da mesma. Com estratégias de transformações que infiram em um sistema de saúde, realmente inclusivo deve invocar o direito a diversidade, enfocando a saúde como espaço único e fundamental para a valorização da diversidade e garantia de direitos (MAPELLI JÚNIOR, 2015).

Assim a *interface* deve garantir o direito de acesso de todos, a saúde inclusiva, à organização do atendimento especializado em rede pública e à criação de redes de apoio à inclusão (TORRES, 2018).

4.1 Características do direito à saúde dos sistemas de saúde

A Declaração de Alma-Ata identifica alguns componentes vitais de um sistema de saúde eficaz. A declaração é especialmente instrutiva para casos de judicialização e a causa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de seus aspectos de saúde pública, medicina e direitos humanos fornece orientação convincente sobre as obrigações essenciais do direito à saúde (RADAELLI, 2013).

Outras tentativas foram feitas para identificar o que constitui um sistema de saúde em funcionamento. A OMS identifica seis blocos de construção essenciais que constituem os sistemas de saúde: serviços de saúde (médicos e de saúde pública); força de trabalho em saúde; sistema de informação em saúde; produtos médicos, vacinas e tecnologias; financiamento da saúde; e liderança, governança e administração. Embora discutíveis, esses blocos de construção fornecem uma maneira útil de olhar para os sistemas de saúde e podem ser considerados como blocos de construção para a realização do direito à saúde (BROWNLIE, 2016).

No entanto, um sistema de saúde pode ter todos esses blocos de construção, mas ainda não atender aos direitos humanos. Por exemplo, o sistema pode incluir cuidados médicos e de saúde pública, mas não garantem o acesso justo, ou pode haver um sistema de informações de saúde, mas os dados-chave podem não ser desagregados adequadamente (ASHER, et al., 2017).

Um grande desafio para os direitos humanos é aplicar ou integrar o direito à saúde nos seis blocos de construção. A análise do direito à saúde fornecida pelo comentário geral deve ser sistematicamente e consistentemente aplicada aos serviços de saúde, força de trabalho em saúde, informações de saúde, produtos médicos, financiamento e administração, ou seja, todos os elementos que juntos constituem um sistema de saúde funcional. Painel 3 de Alma-Ata identificou algumas das questões que surgiram quando a análise do direito à saúde é aplicada ao segundo alicerce da OMS - a força de trabalho em saúde (HUNT, 2014).

A análise do direito à saúde de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade cultural, qualidade, participação, assistência e cooperação internacional, monitoramento e responsabilidade, e assim por diante, também pode ser aplicada aos sistemas de saúde para identificar algumas das características do direito à saúde dos sistemas de saúde, abrangendo o que os sistemas de saúde fazem (por exemplo, fornecer acesso a medicamentos essenciais e água potável) e a forma como funcionam (por exemplo, de forma transparente, em um processo participativo e sem discriminação) (BROWNLIE, 2016).

Os sistemas de saúde correm o risco de ser impessoais, de cima para baixo e dominados por especialistas, mas o direito à saúde coloca o bem-estar de indivíduos, comunidades e populações em primeiro lugar. Independentemente de qual das muitas definições de um sistema de saúde é usado, todos os recursos a seguir devem fazer parte de qualquer sistema de saúde (HUNT, 2014).

Os países devem reconhecer o direito à saúde na legislação nacional e ratificar os tratados de direitos humanos relevantes. Em alguns países, as disposições legais sobre o direito ao mais alto padrão de saúde possível estão gerando jurisprudência significativa (ASHER, et. al., 2017).

Por exemplo, Hogerzeil et al.(2018) analisou 71 processos judiciais de 12 países e concluiu que em 59 casos o acesso a medicamentos essenciais era garantido pelos tribunais como parte do direito à saúde. O reconhecimento legal é apenas um dos primeiros passos em uma jornada longa e difícil para realizar o direito à saúde.

Sem o acompanhamento de movimentos sociais, trabalhadores da saúde, ministros e funcionários públicos progressistas, tribunais ativistas e apoio internacional, além do respeito governamental pelo estado de direito, o reconhecimento legal provavelmente será uma promessa vazia (HUNT, 2014).

5 CONCLUSÃO

Uma avaliação do termo judicialização da saúde deve considerar dois (2) componentes: a primeira, constituída por um painel constitucional do judiciário, especialmente dos tribunais superiores; o segundo componente, constituída pela análise de suas decisões, em relação ao principio da igualdade.

Assim, pode-se afirmar que a democracia republicana, entendida como regime de soberania popular, funda-se no exercício da liberdade, no respeito à República e na afirmação da igualdade.

A tradição brasileira, a tradição argentina é, certamente, para dizer o mínimo de acentuado apego às virtudes políticas e, muito menos, de amor à igualdade. Os dois sistemas políticos se afirmaram dentro dos princípios da desigualdade, diferente da Europa Ocidental.

Então se pode concluir que a judicialização da saúde é, uma ação de correção de rumos em alguns caos, e uma nova visão dos textos constitucionais do Brasil e da Argentina, principalmente ampliando o seu entendimento; mas ao mesmo tempo acaba por se inserir de ideologias políticas danosas a justiça e ao direito, quando assume ares iminentemente políticos ideológicos.

Essas decisões de caráter político são apenas fundamentadas nos princípios emanados pelas Ideologias, sem passar pelo rigor do texto constitucional.

Em contrapartida, a população, não se esmera e não pressiona e, não usa o seu poder como forma de mudar este estado de coisa, prefere manter-se em posição de profunda acomodação e, com a visão de que o que está sendo feito é uma ação do poder pelo poder.

Assim ao longo no tempo de realização desta pesquisa, a ideia foi interdisciplinar e dispendeu a percepção de especialistas em saúde e direitos humanos. Os países têm a obrigação legal de realizar progressivamente o direito ao mais alto padrão de saúde possível e, portanto, de melhorar progressivamente seus sistemas de saúde. Indicadores e *benchmarks* são necessários para medir as condições atuais dos sistemas de saúde e monitorá-las ao longo do tempo.

Os indicadores selecionados e os métodos de coleta de dados têm limitações, mas os achados geraram várias recomendações. Conclui-se que aqueles com responsabilidades pelos sistemas de saúde estão dando atenção inadequada à análise do direito à saúde.

A recomendação principal e abrangente é que todos aqueles com responsabilidades relacionadas à saúde considerem explicitamente a análise do direito à saúde e integrem esse direito humano em suas políticas e práticas, com vistas a fortalecer os sistemas de saúde.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ABRUCIO, F. L. **Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático**: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Kevin (orgs). Reforma do estado e administração pública gerencial. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

ASHER, J.; HAMM, D.; SHEATHER, J. **O direito à saúde**: um kit de ferramentas para profissionais de saúde. Londres: British Medical Association/Commonwealth Medical Trust, 2017.

BADIER, P. A. de. **O Estado Democrático de Direito e a sociedade civil**. São Paulo: Summus, 2000.

BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia**. 2ª ed. São Paulo: Brasileiense, 2004.

BRASIL. **Constituição de República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em http://www.senadoffederal.gov.br Acesso em 21 de out de 2020.

BROWNLIE, I. **Documentos básicos de direito internacional da saúde**. Oxford: Oxford University, Press, 2016.

CAMPOS, P. A. de L. **Direito a saúde no Brasil**. São Paulo: Summus, 2010.

CAMPOS, P. A. de Lima. **Saúde no Brasil**. São Paulo: Summus, 2010.

CAMPOS, P. O. **Justiça para o uso medicinal da maconha**. Artigo, 2017. Versão digitalizada. .

DALLARI, D. de A. **Elementos da teoria geral do Estado**. São Paulo: RT, 2012.

DEL RÍO, A. (2012), **"La Corte Suprema de Justicia Argentina y El Orden Conservador**: Un Análisis de Trayectorias (1853-1930)". Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, vol. 4, nº1, pp. 132-152.

EIFLER, F. W, **Descrição dos sistemas de saúde pública de Argentina, Brasil e Uruguai**. Artigo, 2016. Disponível em https://medium.com/@fernandoeifler/descri%C3%A7%C3%A3o-dos-sistemas-de-sa%C3%BAde-p%C3%BAblica-de-argentina-brasil-e-uruguai-4b2f294dca05 Acesso em 22 de out de 2020.

FLEURY, S. **A questão democrática na saúde**: In Saúde e Democracia - a luta do CEBES. São Paulo: Lemos, 2007.

GOMES, P. F. de S. **Direito a saúde no Brasil**. Artigo, 2008 (Versão digitalizada)._

GOTLIEB, V.; YAVICH, N.; BÁSCOLO, E. **Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina**. Cad. Saúde Pública vol.32 no.1 Rio de Janeiro 2016 Epub Feb 16, 2016.

HUNT, P. **Relatório do Relator Especial da ONU sobre o direito ao mais alto padrão de saúde possível para a Comissão de Direitos Humanos**, UN Doc E/CN.4/2004/49. Genebra: Nações Unidas, 2014.

MAPELLI JÚNIOR, R. **Judicialização da saúde e políticas públicas**: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS [tese]. São Paulo: Universidade de São Paulo; 2015.

MEDICI , A. C. **A desregulação das obras sociais mais um episódio da reforma da saúde na Argentina... o que virá depois?** Rev. Assoc. Med. Bras. vol.48 no.3 São Paulo July/Sept. 2002.

PANDOLFO, M.; DELDUQUE, M. C.; AMARAL, M. G.; AMARAL, R. G. **Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil**. Rev. salud pública. 14 (2): 340-349, 2012.

RADAELLI, S. **Além das fronteiras nacionais**: obrigações dos Estados em matéria de direitos humanos na cooperação internacional de saúde. Londres: Intersentia, 2013.

SILVA, J. A. da. **As constituições no direito comparado**. Brasil: RT, 2012.

SILVA, J. A. da. **Constituições do Brasil**. São Paulo: RT, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O EQUILÍBRIO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) NO QUE TANGE CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA.

TATYANE PEREIRA FEITOSA: Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

KARINE ALVES G. MOTA[122]

(orientadora)

RESUMO: A liberdade de expressão consta como direito fundamental no texto da Constituição Federal. Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz certas restrições à liberdade de expressão, como forma de assegurar o bem-estar destes, de acordo com as determinações de faixa etária, que são exigidas a partir da existência de conteúdo impróprio em emissoras de televisão aberta. A partir desse contexto, diante do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) quanto a classificação indicativa das emissoras de TV aberta e dos dispositivos de Liberdade de Expressão da Constituição Federativa Brasileira de 1988, há colisão de direitos no processo de prezar pela liberdade de expressão da imprensa, e, ainda assim, restringir essa livre expressão em casos que interferem negativamente no bem-estar das crianças e adolescentes? Essa restrição se mostra eficiente para proteger as crianças e adolescentes? Para responder essas perguntas, a pesquisa teve como objetivo analisar o conflito entre a lei de classificação indicativa presente no ECA e a liberdade de expressão constante da Constituição Federal de 1988. A limitação se mostra importante para impedir conteúdos de caráter sexual, uso de drogas, suicídio, sejam expostos à menores de idade que não estão psicologicamente preparados e são emocionalmente sensíveis. Somente as normas existentes não são suficientes para proteção dos interesses das crianças e adolescentes, pois é necessário que haja aplicabilidade das restrições por parte da família, escola e sociedade, e para isso, faz-se necessário a compreensão destes, da grande importância do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal em preservar desenvolvimento sadio e harmonioso.

Palavras-chave: Classificação Indicativa; Liberdade de Expressão; Tutela da Criança e Adolescente.

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão constitui um dos maiores direitos garantidos pela Constituição do Brasil. É um princípio fundamental democrático que garante diversidade de pensamentos e ideologias a qualquer cidadão brasileiro.

Os princípios de liberdade de expressão possuem certa restrição em casos que representam risco para a pessoa, que no caso em tela, corresponde às crianças e adolescentes.

122 Graduada em Direito pela PUC/GO, Mestre em Direito pela UNIMAR; Doutora em Ciências pela USP, professora do Curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. E-mail Karine.mota@catolica-to.edu.br

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz certas restrições à liberdade de expressão, como forma de assegurar o bem-estar destes, de acordo com as determinações de faixa etária, que são exigidas a partir da existência de conteúdo impróprio em emissoras de televisão aberta. O presente artigo vai abordar o conflito existente entre a liberdade de expressão e suas restrições para assegurar o bem-estar das crianças e adolescentes.

A partir da democratização do sistema de governo brasileiro com os novos conjuntos de leis da Constituição Cidadã, a imprensa passou a ganhar mais independência de expressão sem restrições políticas, religiosas, ideológicas ou artísticas. De acordo com o artigo 5º da Constituição de 1988, no que tange especificamente à liberdade de imprensa, a Constituição é expressa: "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social. (Constituição de 1988 art. 220, § 1º observado o disposto no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV").

Conforme o ECA, tipifica como infração administrativa a transmissão, via rádio ou televisão, de programação em horário diverso do autorizado, com pena de multa e suspensão da programação da emissora por até dois dias, no caso de reincidência (ECA Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Expressão “em horário diverso” declarada inconstitucional pela ADI 2.404).

Os regimes autoritaristas e ditatoriais são marcados pela censura e controle político da imprensa, pensando nisso, adotou-se posição firme na proibição de qualquer tipo de censura: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. (art. 5º, inciso IX). É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, § 2º).

Porém é necessário explanar que o Estado tem sim o poder de influenciar limitando a liberdade de expressão para garantir a proteção de direitos por meio de leis específicas, limitar ou até mesmo proibir a divulgação de algum conteúdo específico. Por isso, o princípio da legalidade, descrito no inciso II do artigo 5º da Constituição, prevê que somos livres em nossas ações desde que respeitemos as leis existentes.

É o que ocorre, por exemplo, com a propaganda relacionada ao tabaco e bebidas alcoólicas: a Constituição Federal, em seu artigo 220, § 4º, prevê que: A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. (BRASIL,1988). Portanto, a obrigatoriedade da classificação permite com que os telespectadores possam escolher assistir ou não os conteúdos relativos a drogas, violência e sexo.

Existem outras restrições, por exemplo, as diversões e espetáculos, classificando-os por faixas etárias a que não se recomendem, bem como definindo locais e horários que lhes sejam inadequados (Art. 74 do ECA). Outro limite imposto à liberdade de expressão, por exemplo, é o anonimato. Conforme descreve o inciso IV do artigo 5º, a manifestação do pensamento é livre, mas o anonimato é vedado. Isso quer dizer que, ao manifestar seu pensamento, deve-se revelar sua identidade.

A relevância desse tema se dá na necessidade de gerar discussões sobre o conjunto de dispositivos legais que asseguram liberdade de expressão e também os que restringem essa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

liberdade para chegar-se ao veredito sobre como resolver essa colisão de direitos e a autonomia da imprensa brasileira. Sua importância acadêmica está na discussão sobre a eficácia da classificação indicativa constante do ECA na proteção da criança e do adolescente.

A liberdade de expressão da imprensa representa algo de grande valor para um sistema de governo democrático. Essa liberdade, ao alimentar princípios de imparcialidade, promove uma sociedade mais inclusiva e livre de preconceitos, melhor informada quanto aos acontecimentos do mundo e capaz de pensar por si mesmo.

Enquanto a nossa Constituição nos propõe liberdade de expressão como advento democrático, visto que, quando promulgada, o Brasil se encontrava carente de princípios legais que iriam garantir a longevidade da democracia, as leis do ECA restringem esses direitos como forma de proteger as crianças e adolescentes.

Diante do que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) quanto a classificação indicativa das emissoras de TV aberta, e da Liberdade de Expressão constante da Constituição Federativa Brasileira de 1988, quais os conflitos existentes no processo de prezar pela liberdade de expressão da imprensa, e, ainda assim, restringir essa livre expressão em casos que interferem negativamente no bem-estar das crianças e adolescentes? Essa restrição se mostra eficiente para proteger as crianças e adolescentes? Para responder essas perguntas, a pesquisa teve como objetivo analisar o conflito entre a lei de classificação indicativa presente no ECA e a liberdade de expressão constante da Constituição Federal de 1988.

I A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é a base para a nossa sociedade democrática. O direito dado ao cidadão de liberdade de expressão possibilita discussões sociais sobre diversificados pontos de vista, enriquecendo o conhecimento humano e compartilhando opiniões.

1.1 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é conhecida como constituição cidadã, por trazer em seu bojo amplos direitos fundamentais e sociais, princípios como igualdade e liberdade, que implantados após um longo período de cessamento, durante o regime militar que durou de 1964 a 1985, e é de grande valia para a contemporaneidade, visto que, elenca diversos pontos essenciais para o convívio em sociedade. No que tange a igualdade de todos perante a lei, faz-se saber que ninguém deverá ser tratado de forma diversificada, preserva-se a todos o direito e alcance das leis existentes, primando, contudo, pela inviolabilidade dos direitos.

Depois de um longo período de ditadura militar autoritarista no Brasil, surgiu a necessidade de criar leis que assegurassem a divisão dos três poderes: legislativo, executivo e judiciário, as eleições diretas e a liberdade de expressão dos cidadãos sem censura por parte do governo.

A televisão aberta brasileira sempre teve grande e importante papel na formação de opinião pública da população, por isso, no período de ditadura militar, os governantes procuraram obter controle das mídias de comunicação televisiva para que eles se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mantivessem no poder. A mídia era controlada pelo governo brasileiro e os conteúdos exibidos ao público eram censurados caso não o agradassem.

Com a intensa repreensão do governo, surgiu a insatisfação da população, em especial os artistas de TV, quanto à sua forma de governar, e a censura dos conteúdos de mídia, criou-se então diversas formas de transmissão da mensagem contrária à ditadura, através de charges, músicas e programas de TV que pregavam a liberdade de expressão, a importância do voto, e repudiava a censura.

Quando o Brasil finalmente conseguiu dar fim a esse período sombrio, houve então a necessidade do estabelecimento de leis que assegurassem a democracia no país, prezassem por direitos como o voto, liberdade de expressão e divisão dos três poderes. Daí surgir a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é tida como a melhor constituição já implantada. Ela propõe igualdade e equidade a todos os brasileiros, independentemente de cor, gênero, raça ou religião.

O inciso IV do artigo 5º CF, elenca a liberdade de manifestação do pensamento, ou seja, todos são livres para manifestar o que pensa, desde que revele sua identidade, salvo, quando houver necessidade de sigilo nos termos do inciso XIV do mesmo artigo.

É livre a manifestação do pensamento, desde que, este pensamento não fira direta ou indiretamente os bons costumes e a legalidade, confirma dizer, contudo, o bom convívio em sociedade prima pela autonomia de pensamentos concomitantemente com o respeito ao pensamento, posicionamento do outro. Assim, é possível conviver respeitando a escolha religiosa, artística, política e crenças dos outros indivíduos exaltados na Constituição Federal.

O princípio do respeito ao posicionamento e pensamento entre os indivíduos é o que garante o bem-estar social de todos e nos organiza enquanto cidadãos, proporcionando uma melhor qualidade de vida a todos.

Observando o que é descrito na Constituição, os dispositivos de liberdade de expressão protegem a imprensa de Televisão, dando a ela liberdade na escolha de conteúdos de mídia e promovendo a imparcialidade quanto a ideais do governo.

Apesar da liberdade de expressão e liberdade de imprensa, existem algumas normas implantadas para que haja certas restrições de conteúdos de acordo com a faixa etária do público e os horários de exibição, como forma de proteger e assegurar os que são, de modo etário, sensíveis à determinados assuntos.

A União é a entidade responsável por exercer a classificação, para efeitos indicativos, de diversões públicas e de programas de rádio e de televisão (artigo 21, XVI CF), significa dizer que o público infanto-juvenil tem proteção da União quanto aos conteúdos disponíveis para essa faixa etária, devem ser classificados e filtrados antes de suas apresentações.

Ainda neste viés, dispõe o artigo 220 da CF: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Portanto, não há que se falar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em privação de conteúdo, mas de adequação, podem ser dispostos desde que com a finalidade e alcance obedeçam aos parâmetros legais estabelecidos.

Ademais, é válido destacar o disposto no § 3º deste artigo Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. Contudo, esses artigos são sumariamente necessários para rigor da lei, de modo, que seja aplicado sem analogias, mas interpretados ao pé da letra, pois se faz claro e coeso.

É de suma relevância a compreensão e seguimento destes dispositivos, por se tratar de uma adequação antes da sua disponibilização ao público, de vez que, o público possa escolher o que assistir, protegendo os seus de conteúdos sem "relevância" e impróprios, alcançando uma finalidade educativa maior. Essa proteção relatada anteriormente, vem para mostrar a sociedade como um todo, que esse público não está desamparado, pelo contrário, seus direitos foram implantados no Estatuto da Criança e do Adolescente que prima pela proteção, juntamente com a Constituição Federal que reafirma as obrigações e cobra seu seguimento.

Ressalta-se que, a equidade, a liberdade de expressão, o direito de ir e vir, e a igualdade de todos perante a lei, são princípios primordiais e atemporais previsto da CF, e se cumpridos respeitosamente, farão com que os indivíduos caminhem para uma sociedade mais justa e livre e igualitária, onde um indivíduo não terá a necessidade de sobressair em detrimento do outro, mas sim, seguirão lado a lado e por sua vez, a balança da justiça estará equilibrada.

1.2 Liberdade de Expressão como Direito Fundamental

A liberdade de expressão constitui um direito fundamental do cidadão. Esse direito democrático de livre expressão, possibilita enriquecimento de informações e opiniões sobre diversos assuntos discutidos pela sociedade em geral.

Mais do que um direito, a liberdade de expressão pode ser entendida como um conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação. Sendo diversas as formas de expressão humana, o direito de expressar-se livremente reúne diferentes liberdades fundamentais que devem ser asseguradas conjuntamente para se garantir a liberdade de expressão no seu sentido total (MAGALHÃES, 2008).

No entendimento de José Afonso da Silva (2000), a liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação.

Atualmente há grande facilidade de acesso às informações graças aos avanços tecnológicos. A capacidade do ser humano de receber informações e gerar opiniões próprias sobre o assunto discutido, é algo natural e estimulado para o desenvolvimento cognitivo e elevação intelectual do indivíduo. É a partir desse processo que é formado o conhecimento propriamente dito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para além do reconhecimento de sua amplitude, a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2001), o direito de liberdade de expressão, assim como os demais direitos fundamentais, deve ser entendido como princípio constitucional, norteador da hermenêutica jurídica. Os direitos fundamentais têm o caráter de princípios e, nessa condição, eventualmente colidem uns com os outros, sendo necessária uma solução ponderada em favor de um deles.

O direito de livre expressão é garantido a todos os cidadãos brasileiros, de acordo com a Constituição Brasileira de 1988, a famosa Constituição Cidadã. Após um longo período de ditadura militar, essa constituição foi implantada repleta de princípios democráticos, para assegurar a separação dos três poderes: judiciário, legislativo e executivo, garantindo a liberdade dos cidadãos brasileiros e evitando um golpe militar.

Os direitos fundamentais, podem ser entendidos como valores morais compartilhados por uma comunidade em dado momento e lugar, que migraram do plano ético para o jurídico quando se materializam em princípios abrangidos pela Constituição (BARROSO, 2008).

Nas palavras de Dworkin (2007, p. 36):

> [...] quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões.

Uma vez que não se caracterizam normativamente como regras absolutas, é correto dizer que tais direitos fundamentais podem ser limitados pela própria Constituição, ou mesmo que esta pode permitir que a lei infraconstitucional os limites. Ou ainda: na colisão entre direitos fundamentais, um deles ou ambos podem também ser restringidos na ponderação. (CANOTILHO, 2003).

Essa limitação de direitos é fundamental. Apesar da liberdade de expressão ser assegurada constitucionalmente, é necessário que sejam estabelecidos alguns limites para não ferir outros direitos legais.

Falar em direito de expressão ou de pensamento, não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer.

De modo lógico-implícito, a proteção constitucional não se estende à ação violenta.

Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas (antissemitismo, apologia ao crime etc...) (FERNANDES, 2011).

Essa restrição à liberdade de expressão é necessária pois assegura a segurança e bem-estar dos indivíduos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Primeiramente, assegura-se o gozo dos sobre direitos de personalidade em que se traduz a 'livre' e 'plena' manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. (STF. ADPF 130 / DF)

Como ensina Reale Júnior (2010), os valores consagrados nas normas constitucionais que podem ser ameaçados pela liberdade de expressão, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, constituem-se também como pilastras sobre as quais se ergue o Estado Democrático.

O que se deve entender: inexiste direito fundamental absoluto. Os direitos fundamentais, inclusive o direito de liberdade de imprensa e de expressão, encontra limites uns nos outros e no respeito à dignidade da pessoa humana, ou seja, no próprio conjunto normativo constitucional.

> A liberdade de imprensa não se compraz com uma lei feita com a preocupação de restringi-la, de criar dificuldades ao exercício dessa instituição política. Qualquer lei que se destine a regular a liberdade de imprensa não pode revertir-se de caráter repressivo que a desnature por completo. A imprensa pode ser destrutiva não apenas em relação a agentes públicos. Pode destruir vidas de pessoas que não são públicas... A lei de imprensa é instrumento de proteção de intimidade útil para coibir abusos não tolerados pelo ordenamento jurídico... É preciso que a imprensa seja diversa e plural. É preciso que essa diversidade seja plena a ponto de impedir que haja concentração" (BRASIL, 2009).

Para Magalhães (2008), tal proibição se justifica, uma vez que o monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social, principalmente a televisão, pode significar o controle da opinião pública, a manipulação da informação e a criação de uma sociedade de inconscientes. Esse controle dos meios de comunicação já foi utilizado com sucesso como meio de propaganda no nazismo. Muito mais ameaçador é o controle da televisão com todos os recursos de propaganda e de produção existentes, podendo ameaçar o regime democrático, que deve se basear na expressão da vontade consciente do povo.

O papel das emissoras de TV aberta é grande na vida do cidadão brasileiro: elas são responsáveis por levar informações sobre o que está acontecendo no mundo e assim, abrir discussões sociais, políticas, ideológicas, religiosas etc.

A liberdade de expressão se faz extremamente útil para uma sociedade democrática. A liberdade de imprensa se classifica como um grande alicerce para o mantimento da democracia.

De modo consonante, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), apresenta algumas diretrizes que regulam a liberdade de expressão e permitem expressamente que lei federal a regule:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 3o Compete à lei federal: I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (BRASIL, 1988, p. 157).

De acordo com Jónatas Machado (2002), as restrições às liberdades da comunicação só podem ser feitas através de lei. Deste modo se resolve um problema de escolha institucional com base no postulado de que a restrição dos direitos, liberdades e garantias deve ter por base uma valoração político-legislativa em que os direitos a restringir sejam equacionados por referência a todo sistema de proteção jurídico-subjetivo dos cidadãos, bem como aos diferentes direitos e interesses constitucionalmente consagrados.

Na elaboração da legislação direcionada à regulação infraconstitucional da liberdade de expressão, ganha destaque a exigência constitucional de que o exercício das liberdades comunicativas não se desenvolva de modo incompatível com a promoção e a garantia da dignidade da pessoa humana.

Dentro das liberdades e dos direitos fundamentais existe um conteúdo que não pode jamais ser objeto de ponderação legislativa restritiva, pois sua afetação resultaria em substancial violação de seu fundamento.

Dito de outra forma, a regulação infraconstitucional da liberdade de expressão deve atentar para a primazia da dignidade da pessoa humana (REALE JÚNIOR, 2010).

É possível, portanto, cogitar de um núcleo essencial dos direitos fundamentais que, em hipótese alguma, pode ser atingido pela restrição ou pelo abuso de um direito. O núcleo essencial compreende determinadas dimensões básicas, cuja eliminação poria em causa a própria subsistência, ou o sentido útil, na perspectiva do seu titular, além de comprometer decisivamente aspectos fundamentais da dignidade da pessoa humana (MACHADO, 2002).

A liberdade de expressão rege o princípio fundamental da democracia, onde a opinião conjunta de todos os indivíduos que compõem a sociedade importa, e por isso, possui legalmente o direito de expressão, exceto em casos onde agride determinado grupo social, etnias, culturas etc.

2 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A PROTEÇÃO QUANTO A CONTEÚDOS INADEQUADOS

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) dispõe de alguns artigos que são essenciais destacá-los quando se fala de proteção integral à criança e ao adolescente, visando essa proteção faz-se necessário a classificação por faixa etária. Compreende-se por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

crianças pessoas com até doze anos de idade incompletos, adolescentes aqueles de doze anos completos até dezoito anos incompletos, e adultos são aqueles maiores de dezoito anos.

Diante disso, a lei classifica a sua aplicabilidade, modos de aplicação, sanções em caso de descumprimento, obrigatoriedade da sociedade no seu cumprimento, assim como, sua importância e necessidade de existência.

Significa dizer que este estatuto protege intimamente os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, preservando-lhes o direito a educação, ao desenvolvimento social, espiritual, físico, emocional, moral, sem discriminação de raça, cor, etnia, religião, deficiência e condição financeira, todos possuem os mesmos direitos, deveres e proteção.

A garantia do cumprimento desses princípios elencados acima, é assegurada pelo ECA concomitantemente com a obrigação de zelo e cumprimento pelos pais, sociedade e o poder público em geral, como explana o artigo 4º deste estatuto "É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária" contudo, essa legislação, bem como as demais, que preservam pela boa convivência em sociedade, devem ser compreendidas, de forma que a aplicabilidade seja absoluta e não meramente relativa.

É sabido que a desigualdade social vive neste País, entretanto, o que deve ser sempre frisado é que independentemente de condição financeira, classificação de vida salarial, nenhuma criança, adolescente ou maiores de 18 anos, que é uma exceção desta lei prevista do artigo 2º deste estatuto, terá seu direito cerceado em detrimento de entendimentos privilegiados, pois é clara e coesa a aplicabilidade deste estatuto e sua extensão, não podendo nenhum indivíduo alegar o descumprimento por falta de conhecimento.

É de grande valia destacar, independentemente de onde esses jovens e crianças residem, qual seja sua comunidade, cor de sua pele, não poderão ser tratados ou prejulgados por suas diferenças, é o que dispõe o artigo 5º desta lei "Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais", portanto, mais uma vez, é exaltada a necessidade de existência deste estatuto, no que tange a discriminação que ainda vive dentro de alguns indivíduos, pois não é a cor da pele que decidirá quem poderá ou não ter suas garantias asseguradas e sim a legislação obrigatória de cumprimento, está punirá tanto por ação quanto a omissão nestes casos.

O objetivo do Eca em relação à classificação indicativa é bem claro: proteger as crianças e adolescentes de maneira restritiva, a conteúdos que são considerados incompatíveis para essa faixa etária.

2.1 Classificação Indicatória de Acordo com os Dispositivos do ECA

O Estatuto da Criança e do Adolescente, (1990) dispõe alguns artigos sobre classificação indicatória, e estes artigos fazem-se importantes para compreensão dos conteúdos que podem estar ao alcance desse público infantojuvenil, não no sentido de reprimir o alcance de determinados conteúdos, mas, com intenção de torná-lo acessível ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

público pelo qual ele está sendo disponibilizando, deve-se verificar o alcance e a finalidade. Isso porque, não há que se falar em censuras feministas, machistas ou até mesmo preconceituosas, mas há muito que se falar da maneira que certos conteúdos estão sendo disponibilizados e qual alcance prioriza ter.

O público infantojuvenil prima por conteúdos artísticos, culturais com a finalidade educativa e informativa, contudo, é válido ressaltar a significância que se tem a classificação, especificação primária, dispostas em espetáculos públicos, rádios, filmes, séries, e todos ali envolvidos sejam em espetáculos abertos ou fechados, seja os reprodutores de conteúdos nas TVS como diretores por exemplo, devem compreender o horário da disponibilização destes conteúdos, as faixas etárias daqueles não recomendados, a natureza e o mais importante, ressaltar a inadequação dos impróprios.

A população vem se modificando com o passar dos anos, certos assuntos que não eram falados antigamente, hoje em dia são comumente abordados, visto que, se caminha cada vez mais para a modernização e contemporaneidade, alguns princípios são atemporais, como honrar pai e mãe, os bons costumes, o respeito ao próximo, saber compreender o indivíduo como ser humano, entretanto, é válido sempre destacar que crianças e adolescentes, sempre carecerão de educação, cuidados, orientações, saúde, de um Estado que zele pelos seus interesses, que visa sua proteção, desenvolvimento intelectual, profissional e de uma família que busca ensinar princípios que farão destes jovens pessoas melhores.

É pela saúde de tudo isso elencado anteriormente que existe o ordenamento jurídico, suas leis servem para garantir e assegurar que todos exercem seu papel na sociedade, para que o direito de alguns não sobressaia sobre do outrem.

O ECA existe para garantir que esses jovens não fiquem desamparados, pois é necessário sim, um estatuto que prime pelos seus interesses no que tange aos seus desenvolvimentos, nos conteúdos que podem ser disponibilizados, no alcance que estes conteúdos possam ter, na obrigatoriedade do seu cumprimento pelos veículos de comunicação, pelos autores e executores de espetáculos, pelos pais, pela sociedade, pelo Estado que aplicará as sanções em caso de descumprimento. Este estatuto é taxativo, dispõe como, quando, porque deve ser seguido e qual a sua significância em detrimento de uma sociedade mais evolutiva.

As leis de proteção à criança e ao adolescente limitam as leis de liberdade de expressão presentes na nossa Constituição Federal. Essa limitação é importante para impedir conteúdos de caráter sexual, uso de drogas, suicídio, sejam expostos à menores de idade que não estão psicologicamente preparados e são emocionalmente sensíveis.

2.2 Caso Julgado Sobre a Infração da Exibição de Conteúdo Impróprio na TV Bandeirantes

O Ministério Público Federal protocolou uma ação civil pública em desfavor da Band, nessa ação alegou-se que a TV Bandeirantes exibiu o filme “Um Drink no Inferno” e diversos outros filmes em horários inapropriados em relação a sua classificação indicativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A decorrência disso se dá em virtude da não observância das leis existentes concomitantemente com a finalidade do conteúdo disponibilizado, obviamente o horário de exibição não foi adequado ferindo diretamente a legislação vigente.

O filme exibido pela TV foi classificado pelo Ministério da Justiça como sendo impróprio para menores de 18 anos. Ainda assim, não foram transmitidos depois das 23h, que é o horário recomendado para esse tipo classificação (adulta). Foi solicitado pelo Ministério Público Federal, a condenação da emissora de TV aberta ao pagamento de indenização por danos morais coletivos.

A lei de classificação indicativa que consta no ECA é clara quanto aos horários de exibição dos conteúdos para maiores de 18 anos, cabendo a emissora a observância e cumprimento desta em sua integralidade, caso contrário, o ferimento da norma resultará em sanção.

De forma sucinta, no caso concreto, não houve dano moral coletivo. Este se dá, independentemente da comprovação de dor, sofrimento ou abalo psicológico. Entretanto, a sua configuração somente ocorrerá quando a conduta antijurídica afetar, intoleravelmente, os valores e interesses coletivos fundamentais, mediante conduta maculada de grave lesão. Isso porque esse instituto tão importante não pode ser tratado de forma trivial, ou seja, não pode ser banalizado.

Nesse sentido, o dano moral coletivo é aferível in re ipsa, dispensando, portanto, a demonstração de prejuízos concretos, todavia somente se configura -dano moral coletivo - se houver grave ofensa à moralidade pública, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da justiça e da tolerabilidade (STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 100.405/GO, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 16/10/2018.) Se, por um lado, o dano moral coletivo não está relacionado a atributos da pessoa humana e se configura in re ipsa, dispensando a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral, de outro, somente ficará caracterizado se ocorrer uma lesão a valores fundamentais da sociedade e se essa vulneração ocorrer de forma injusta e intolerável. (STJ. 3ª Turma. REsp 1.502.967/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 07/08/2018).

Apesar de ser uma infração clara as limitações de classificação indicativa em horário de TV aberta a impressora não respondeu pelo dano moral coletivo, pois não restou demonstrada uma conduta que atingisse gravemente os valores e interesses fundamentais da sociedade.

CONCLUSÃO

É necessário prezar pela liberdade de expressão pois ela constitui a base para a nossa sociedade democrática. O direito dado ao cidadão de liberdade de expressão possibilita discussões sociais sobre diversificados pontos de vista, enriquecendo o conhecimento humano e compartilhando opiniões.

A equidade, a liberdade de expressão, o direito de ir e vir, e a igualdade de todos perante a lei, são princípios primordiais e atemporais previsto da CF, e se cumpridos respeitosamente, farão com que os indivíduos caminhem para uma sociedade mais justa e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

livre e igualitária, onde um indivíduo não terá a necessidade de sobressair em detrimento do outro, mas sim, seguirão lado a lado e por sua vez, a balança da justiça estará equilibrada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente protege intimamente os direitos fundamentais inerentes à criança e adolescente, preservando-lhes o direito a educação, ao desenvolvimento social, espiritual, físico, emocional, moral, sem discriminação de raça, cor, etnia, religião, deficiência e condição financeira, todos possuem os mesmos direitos, deveres e proteção.

Quanto às leis de classificação indicativa, o público infanto-juvenil prima por conteúdos artísticos, culturais com a finalidade educativa e informativa, porém, é necessário ressaltar a importância da classificação, especificação primária, dispostas em espetáculos públicos, rádios, filmes, séries, e todos ali envolvidos, devendo compreender o horário da disponibilização destes conteúdos, as faixas etárias daqueles não recomendados, a natureza e o mais importante, ressaltar a inadequação dos impróprios.

É necessário ressaltar que os princípios de liberdade de expressão são essenciais para a democratização do nosso país, porém, eles possuem certa restrição em casos que representam risco para a pessoa humana. O Estatuto da Criança e do Adolescente, restringe a liberdade de expressão, como forma de assegurar o bem estar destes, de acordo com as determinações de faixa etária, que são exigidas a partir da existência de conteúdo impróprio em emissoras de televisão aberta. Esse recurso é essencial para garantir que não haja contato da criança ou adolescente à conteúdos impróprios que divergem de sua faixa etária e podem causar algum tipo de transtorno a esses indivíduos.

A liberdade de expressão rege o princípio fundamental da democracia, onde a opinião conjunta de todos os indivíduos que compõem a sociedade importa, e por isso, possui legalmente o direito de expressão, exceto em casos onde agride determinado grupo social, etnias, culturas etc.

A Lei que tutela os direitos das crianças e adolescentes (ECA) limita a de liberdade de expressão presentes na Constituição Federal. Essa limitação é importante para impedir conteúdos de caráter sexual, uso de drogas, suicídio, sejam expostos à menores de idade que não estão psicologicamente preparados e são emocionalmente sensíveis.

Resta comprovado que somente as normas existentes não são suficientes para proteção dos interesses das crianças e adolescentes, pois é necessário que haja aplicabilidade das restrições por parte da família, escola e sociedade, fazendo assim com que as normas implantadas em benefício das crianças e adolescentes se tornem efetivas, e para isso, faz-se necessário a compreensão destes, sobre a grande importância do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal em preservar desenvolvimento sadio e harmonioso. Portanto, além dos estatutos supracitados que resguardam e garantem o desenvolvimento educacional, indicando e orientando a sociedade como um todo, é necessário que as emissoras de TV aberta estejam atentas e respeitem tais normas, prezando pelo cuidado do seu público alvo, de acordo com o horário e classificação indicativa que seus conteúdos são transmitidos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130 / DF.** Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 6 nov. 2009.

_____. **[Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 496 p.

CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. (Trad. de Jefferson Ruiz Camargo). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECA. **Expressão declarada inconstitucional pela ADI 2.404**. Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990. Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10581466/artigo-254-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990> Consultado em: 23 de março de 2020.

___. **Estatuto da criança e do adolescente**. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 115 p. Conteúdo: Lei no 8.069/1990. ISBN: 978-85-7018-885-4.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **A liberdade de expressão**. Coimbra: Coimbra, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito constitucional: curso de direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

REALE JÚNIOR. **Limites à liberdade de expressão**. Revista Espaço Jurídico, Florianópolis, v. 11, n. 2, p.; 374-401. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/235125318.pdf. Acesso em: 23 de março de 2020.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade da norma constitucional. 4ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. Agravo-Interno-No-Agravo-Em-Recurso-Especial. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533527990/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-957821-ms-2016-0196884-3/inteiro-teor-533528000. Acesso em: 23 de março de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE SOBRE AS COMPETÊNCIAS AMBIENTAIS BRASILEIRAS

MATHEUS DOURADO ZANONI:
Bacharelando em Direito no IMMES – Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior

RESUMO: A temática ambiental gira em torno da utilização e preservação dos recursos naturais, sendo comum identificar-se nos trabalhos de especialistas ambientais o estudo dos problemas relacionados à utilização da água potável, à preservação das áreas verdes, à diminuição das fontes poluidoras e outras proposições estritamente ligadas à natureza. Nesse cenário, emergem do texto constitucional vigente as competências da União, Estados e Municípios no que se refere à função legislativa, bem como administrativa em matéria ambiental. A Constituição brasileira consagra o sistema federalista, tendo adotado em 1988 a forma tripartite, com a inserção dos Municípios como entes federativos autônomos, ao lado dos Estados e Distrito Federal e da União.

PALAVRAS-CHAVE: Competências; Função; Meio Ambiente

INTRODUÇÃO

O sistema federalista é consagrado na Constituição brasileira, tendo adotado em 1988 a forma tripartite, com a inserção dos Municípios como entes federativos autônomos, ao lado dos Estados e Distrito Federal e da União.

As incongruências resultantes da repartição de poderes, contudo, não foi dissipada pela longa tradição federalista brasileira. Se, vivenciou-se uma fase de descentralização, com a transferência da execução das políticas públicas para os Municípios, não se pode falar propriamente em redução de poder da União.

Conforme fora promulgado, o texto da Constituição previu o aumento de competências dos entes locais que se fez acompanhar de uma modificação no sistema tributário para aumentar a arrecadação dos Municípios. Entretanto, desde então, as várias emendas constitucionais foram bastante eficazes no sentido de garantir o incremento da arrecadação da União, sem que disso resultasse qualquer redistribuição de verbas aos demais entes federativos, ou implicasse a redução dos serviços a serem prestados pelos entes subnacionais.

Os contrassensos do sistema federativo brasileiro se fazem sentir também na enorme dificuldade em se delimitar, com a devida clareza, os espaços de atuação da União, dos Estados e dos Municípios, na defesa do meio ambiente equilibrado e da sadia qualidade de vida da sociedade.

Com o intuito de sistematizar as competências legislativas e administrativas constitucionalmente distribuídas, foram delineadas as áreas de atuação da União, Estados e Municípios em matéria ambiental.

No dia 8 de dezembro de 2011 foi editada a Lei Complementar 140, que regulamentou os incisos III, VI e VII do artigo 23 da Constituição Federal, disciplinando a competência comum nessa seara. Essa lei foi inspirada em parte na Resolução 237/97 do Conama, e em parte foi fruto de inovações ou de adaptação de outros textos normativos.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

A temática ambiental quase sempre gira em torno da utilização e preservação dos recursos naturais, sendo comum identificar-se nos trabalhos de especialistas ambientais o estudo dos problemas relacionados à utilização da água potável, à preservação das áreas verdes, à diminuição das fontes poluidoras e outras proposições estritamente ligadas à natureza.

A Constituição de 1988 é considerada uma das mais avançadas no que respeita ao tratamento conferido ao meio ambiente, com artigos que se referem objetivamente ao direito ambiental e, ainda, com alusões ao direito urbanístico.

Nesse cenário, emergem do texto constitucional vigente as competências da União, Estados e Municípios no que se refere à função legislativa, bem como administrativa em matéria ambiental.

A crítica do texto constitucional se impõe por ser a fonte originária das competências dos entes federados. Todavia, o pouco apuro técnico do constituinte resultou em normas pouco precisas, que exige ao aplicador da legislação que proceda a sua interpretação sistemática pautada no espírito federalista que inspirou a organização do Estado brasileiro.

O rol constitucional de competências legislativas concorrentes deferidas à União e aos Estados versa sobre direito urbanístico, florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, responsabilidade por dano ao meio ambiente e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Por fim, em tema de competência legislativa apresenta-se a competência exclusiva dos Municípios para legislarem sobre assunto de interesse local, aí incluídos todos os matizes da questão urbano-ambiental.

Pela primeira vez a Constituição Federal de 1988 atribuiu separadamente competências administrativas que antes eram automaticamente derivadas das competências legislativas correspondentes. Assim, o art. 23 regulamenta a competência material que abrange a prestação de serviços referentes àquelas matérias, bem como à tomada de providências para sua realização.

A dificuldade em definir os limites de exercício da competência administrativa comum dos entes federados tentou ser evitada pelo Constituinte quando, no parágrafo único do art. 23, previu a edição de lei complementar para fixar as normas de cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em janeiro de 2007, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional Projeto de Lei que fixa normas de cooperação nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, previstas no art. 23, incisos III, VI e VII, da Constituição.

A LC 140/2011 procurou regulamentar a possibilidade de delegação de atribuições e de ações administrativas entre os entes federativos, tendo em vista o cumprimento dos objetivos da lei. É por isso que o inciso V do artigo 3º classifica essa delegação como um instrumento de cooperação institucional.

Mediante convênio, o ente federativo poderá delegar a execução de ações administrativas a ele atribuídas na lei, desde que o ente destinatário da delegação disponha de órgão ambiental capacitado a executar as ações administrativas a serem delegadas e de conselho de meio ambiente.

A lei complementar optou pelo critério da localização da atividade a ser licenciada, não sendo mais relevante a extensão geográfica dos seus impactos ambientais diretos. Como o lugar de localização é onde se situa a atividade, cabe explicar que o lugar de desenvolvimento é aquele que é essencial à implementação ou operação da mesma, embora nele ela não se situe.

É possível verificar o desrespeito ao federalismo cooperativo instituído pelo artigo 23 e pelo caput do artigo 225 da Constituição da República no dispositivo da LC 140/2011, que permite na prática a possibilidade de avocação de competências licenciatórias por parte da União em prejuízo dos estados e dos municípios.

É clara a inconstitucionalidade do dispositivo, que afronta a autonomia administrativa dos estados, do Distrito Federal e dos municípios prevista no artigo 18 e no artigo 60 da Constituição, já que na prática isso acaba criando uma hierarquia e estabelecendo uma superioridade entre a União e os demais entes federativos.

É conhecido que o parágrafo 3º do artigo 17 da LC 140 abre margem para que qualquer ente federativo possa fiscalizar e aplicar sanções administrativas. Contudo, o mesmo dispositivo determina que deverá prevalecer a sanção administrativa aplicada pelo ente federativo responsável pelo licenciamento ambiental.

A LC 140/2011 estabeleceu a tríplice divisão da competência administrativa em matéria ambiental, visto que a responsabilidade para fiscalizar, para sancionar e para licenciar passaram a seguir regimes jurídicos distintos.

Em tese, isso significa que os entes federativos só poderiam fiscalizar e aplicar sanções nas atividades de sua competência licenciatória. Entretanto, a própria lei complementar no parágrafo 3º do artigo 17 aponta um caminho diferente ao determinar que todos podem fiscalizar e impor sanções administrativas, embora a sanção administrativa ou o entendimento do ente licenciador é que deva prevalecer.

Foi em regra delegada aos conselhos estaduais de Meio Ambiente a definição da competência licenciatória municipal. Com efeito, inexistem garantias de que o Poder

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Executivo estadual não caia na tentação de estadualizar ou de não municipalizar atribuições de interesse local com o intuito de facilitar ou de dificultar o controle ambiental ou de simplesmente concentrar poder.

Em relação a regulamentação da atuação subsidiária, a Lei classifica essa atuação como a "ação do ente da Federação que visa a auxiliar no desempenho das atribuições decorrentes das competências comuns, quando solicitado pelo ente federativo originariamente detentor das atribuições definidas nesta Lei Complementar"

Somente o Ibama era distinguido com esse tipo de competência. A Lei conceitua a atuação supletiva como a "ação do ente da Federação que se substitui ao ente federativo originariamente detentor das atribuições, nas hipóteses definidas nesta Lei Complementar"

A LC 140/2011 atribuiu à CTN a condição de instrumento de cooperação institucional. A lei em questão atribuiu à CTN o poder de propor tipologias para deslocar ao âmbito federal casos de licenciamento ambiental de competência estadual.

	ADVENTOS DA LC 140/2011
COMPETÊNCIAS MATERIAIS	As competências materiais comuns dos entes federativos relativas à proteção ao meio ambiente, agora estão regulamentadas. No que tange ao licenciamento ambiental, verifica-se que as normas estabelecidas na Resolução 237/1997 foram ratificadas, sem maiores alterações, por tal Lei Complementar, permanecendo o sistema único de licenciamento pelos órgãos executores do Sistema Nacional de Meio Ambiente.
LICENCIAMENTO AMBIENTAL	Verifica-se que, como regra, foi mantido o critério da abrangência do impacto: se local, cabe aos municípios (desde que definidos pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente); se extrapola mais de um município dentro de um mesmo estado, cabe a este e se ultrapassa as fronteiras do estado ou do pais cabe ao órgão federal específico.
CUSTO DO LICENCIAMENTO	Foi concretizada a preocupação com os constantes atrasos dos órgãos ambientais nos procedimentos de licenciamento ambiental atualmente efetivados e com a proporcionalidade que deve ser verificada entre as taxas para o licenciamento ambiental, especificadas por estes órgãos, e o verdadeiro custo e complexidade do serviço prestado pelo órgão licenciador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ATIVIDADE SUPLEMENTAR, SUBSIDIÁRIA E FISCALIZAÇÃO PELOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS	Em caso de inexistência de órgão ambiental executor ou deliberativo ou ainda em caso de atraso injustificado no procedimento de licenciamento imputável ao órgão ambiental licenciador, outro ente federativo de maior abrangência atuará em caráter supletivo, através de seu respectivo órgão licenciador ou normativo. Foi estabelecida ainda a figura da atuação subsidiária, consistente na "ação do ente da Federação que visa a auxiliar no desempenho das atribuições decorrentes das competências comuns, quando solicitado pelo ente federativo originariamente detentor das atribuições"

CONCLUSÕES

O meio ambiente sadio e equilibrado é condição essencial à sobrevivência da espécie humana, inconteste, pois, sua qualidade de direito fundamental insuscetível de apropriação individual, posto que é de todos, independentemente do grupo social a que pertença.

As questões ambientais não respeitam limites territoriais, ao contrário são transfronteiriças. A atuação isolada nem sempre produz resultados eficazes. Por outro lado, eventualmente, pode ser necessário agir de forma pontual para evitar danos ou recuperar áreas degradadas.

De conseguinte, deve-se estabelecer um sistema integrado com ações locais, regionais, nacionais e mesmo mundiais para se atingir o objetivo maior, que é a própria preservação do planeta de modo compatível com a existência humana.

A Constituição Federal, seguindo a tendência mundial, optou por descentralizar a execução das políticas públicas aos Municípios, inclusive a ambiental, posto que o poder local está mais próximo do cidadão e pode com maior facilidade atingir diretamente o foco pretendido.

Justamente nos Municípios, onde o contato com o poder público é mais direto e as relações mais intensas, surgem e se sedimentam comportamentos, culturas e costumes peculiares.

Merece destaque a Lei Complementar 140, onde fixa normas, para a cooperação entre União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum.

REFERÊNCIAS

ACCIOLI, Wilson. **Instituições de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e competências ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (orgs.). **O direito ambiental das cidades**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coords.). **Temas de direito urbanístico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

FREITAS, Vladimir Passos. **A constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA, Antonio José Teixeira; CUNHA, Sandra Baptista (orgs.). **Impactos ambientais urbanos no Brasil**. Rio de Janeiro: Bertrand. 2004.

GUIMARÃES JUNIOR**,** João Lopes. **Direito urbanístico, direito de vizinhança e defesa do meio ambiente urbano**. In: *Revista de direito ambiental*. a. 6, n. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 2001.

KRELL. Andreas J. (org.) MAIA, Alexandre da (coord.). **A aplicação do direito ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Meio ambiente: propriedade e repartição constitucional de competências**. Rio de Janeiro: Esplanada ADCOAS, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PERSPECTIVA HISTÓRICA E FUNCIONAL DO POSITIVISMO NA CIÊNCIA DO DIREITO

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA:
Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO[123]

(coautora)

Resumo: O objetivo do artigo é estudar a perspectiva histórica e funcional do positivismo jurídico. Utiliza-se fundamentação teórica com base em Escolas da hermenêutica jurídica. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cujo método empregado é o dedutivo. É dedutivo porque é um processo de análise da informação que utiliza livros e artigos científicos para obter uma conclusão a respeito do problema. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas na área de Direito, mais precisamente na área de hermenêutica e filosofia do direito.

Palavras-Chave: Positivismo Jurídico. Jusnaturalismo. Hermenêutica Jurídica.

Abstract: The aim of the article is to study the historical and functional perspective of legal positivism. Theoretical basis is used on Schools of legal fermeneutics. It is a descriptive research, the deductive method used. It is deductive because it is an information analysis process that uses books and scientific articles to reach a conclusion about the problem. The work was carried out through bibliographic research in the area of Law, more precisely in the area of hermeneutics and philosophy of law.

Keywords: Legal Positivism. Jusnaturalism. Legal Hermeneutics.

1. INTRODUÇÃO

O Positivismo Jurídico, como importante instituto da Ciência Jurídica, vem sofrendo severas críticas, ao ponto de acarretar a instalação de uma crise de tal fenômeno jurídico. Dessa forma, é necessário desenvolver uma apreciação histórica da formação do positivismo jurídico, bem como de algumas ideias fundamentais sobre o direito que dominaram o mundo jurídico, tal como a ideia de direito natural, ou jusnaturalismo.

Com efeito, apresentar-se-á conceitos, tanto de Positivismo Jurídico, quanto de jusnaturalismo/direito natural, mediante o destaque de suas características centrais

Poucos juristas modernos admitem serem alcunhados de juspositivistas, haja vista que o modelo disciplinar assumiu uma aura de ultrapassado e de vazio de conteúdo legítimo –

[123]Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, professora de direito penal e direito constitucional da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco - AEVSF, advogada.

contudo, menos ainda (salvo, logicamente, os estudiosos do tema) tem clara noção do que efetivamente consiste em aceitar os postulados de tal padrão científico.

Assim, serão traçadas considerações preliminares acerca da análise histórica do Positivismo Jurídico, justamente para dissolver imagens equivocadas acerca de tal padrão teórico. Posteriormente, efetua-se a apresentação da perspectiva funcional do positivismo jurídico, com vistas ao esclarecimento das peculiaridades que o identificam, nos aspectos mais importantes para o cientista jurídico.

2. DISTINÇÃO ENTRE O DIREITO NATURAL E O DIREITO POSITIVO

Podemos afirmar que o reconhecimento da existência de um direito natural, distinto do direito positivo, acompanha a formação histórica do direito. Desde a antiguidade, esse pensamento, com formulações diferentes, dominou as especulações filosóficas, éticas e jurídicas sobre o tema (Betioli, 2011, p.519). Inicialmente, tomamos como ponto de partida a análise do direito natural, em contraponto ao direito positivo, para melhor esclarecimento do que seja o positivismo jurídico.

A expressão "positivismo jurídico" deriva da locução "direito positivo" contraposta ao direito natural. Toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre "direito positivo" e "direito natural" (Bobbio, 2006, p.15). O motivo fundamental que canaliza o pensamento ao Direito Natural é a permanente aspiração de justiça que acompanha o homem. Este, em todos os tempos e lugares, não se satisfaz apenas com a ordem jurídica institucionalizada. O homem sempre busca encontrar a legitimidade das ordens que lhes são impostas (Nader, 2012, p. 373).

O raciocínio que nos conduz à ideia do Direito Natural parte do pressuposto de que todo ser é dotado de uma natureza e de um fim. O adjetivo natural, agregado à palavra direito, indica que a ordem de princípios não é criada pelo homem, mas expressa algo revelado pela própria natureza (Nader, 2012, p. 375). Portanto, a dicotomia entre direito natural e direito positivo é antiga, sobretudo encontrada no direito romano, na figura do *jus gentium* e *jus civile*, que correspondem à nossa distinção entre direito natural e direito positivo, visto que o primeiro se refere à natureza (*naturalis ratio*), e o segundo às estatuições do *populus* (Bobbio, 2006, p. 18).

Temos dois critérios para distinguir o direito positivo (*jus civile*) do direito natural (*jus gentium*): a) O primeiro se limita a um determinado povo, ao passo que o segundo não tem limites; b) O primeiro é posto pelo povo, isto é, por uma entidade social criada pelos homens, enquanto que o segundo é posto pela *naturalis ratio* (Bobbio, 2006, p. 18).

A origem do direito natural se localiza no próprio homem, em sua dimensão social, e seu conhecimento se faz pela conjugação da experiência com a razão. Durante muito tempo, o pensamento jusnaturalista esteve mergulhado na religião e concebido como de origem divina. Assim, o direito natural seria uma revelação feita por Deus aos homens (Nader, 2012, p. 376). No pensamento medieval, o direito positivo caracteriza-se por ser posto pelos homens, em contraste com o direito natural, que não é posto por esses, mas por algo (ou alguém) que está além desses, como a natureza, ou o próprio Deus (Bobbio, 2006, p. 19).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Não podemos deixar de pontuar que a mais célebre distinção entre direito natural e direito positivo no pensamento moderno é devida a Grócio, que formula tal distinção em termos de *jus naturale* e *jus voluntarium*. Para ele, o direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário, segundo seja, ou não, conforme a própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto, vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza (Bobbio, 2006, p. 21). Ainda de acordo com o pensamento moderno, o Direito natural é aquele de que obtemos conhecimento através da razão, de vez que esta deriva da natureza das coisas; e o direito positivo é aquele que vimos a conhecer através de uma declaração de vontade do legislador (Bobbio, 2006, p. 22).

O doutrinador Monreal (1967, p. 97) elenca caracteres do direito natural, a saber: a) Universalidade (comum a todos os povos); b) Perpetuidade (válido para todas as épocas); c) Imutabilidade (da mesma forma que a natureza humana, o direito natural não se modifica); d) Indispensabilidade (é irrenunciável); e) Indelebilidade (não pode ser esquecido pelo homem); f) Unidade (igual para todos os homens); g) Obrigatoriedade (deve ser obedecido por todos os homens); h) Necessidade (ninguém pode viver sem o direito natural); i) Validez (seus princípios são válidos e podem ser impostos aos homens em qualquer situação em que se encontrem).

Podemos, por fim, destacar alguns critérios de distinção entre direito positivo e direito natural, trazidas por Bobbio (2006, p. 22):

a) O primeiro se baseia na antítese universalidade-particularidade: o direito natural vale em toda a parte, o positivo vale apenas em alguns lugares;

b) O segundo se baseia na antítese imutabilidade-mutabilidade: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda;

c) O terceiro se baseia na fonte do direito: o direito natural decorre da natureza racional do homem, o direito positivo é o estabelecido pelo Estado;

d) A quarta distinção se baseia no modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega aos destinatários: o direito natural é aquele que conhecemos através da nossa razão, enquanto o direito positivo é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação);

e) A quinta distinção concerne ao objeto dos dois direitos (ao comportamento regulado por estes): os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado);

f) O sexto critério é o de valoração das ações: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil.

3. AS ORIGENS HISTÓRICAS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O positivismo jurídico representou uma ruptura com a visão dominante do direito natural enquanto direito. Pretende-se analisar historicamente o modo como se deu a referida ruptura, abordando o positivismo em alguns países, como Alemanha, França e Inglaterra.

Para que o direito natural perca terreno, é necessário um outro passo, é preciso que a filosofia jusnaturalista seja criticada a fundo e que as concepções jusnaturalistas, como o estado de natureza, lei natural, contrato social, desapareçam da consciência dos intelectuais estudiosos do direito (Bobbio, 2006, p. 45). A dessacralização do direito natural acontece a partir do historicismo (primeira metade do séc XIX), surgindo com a Escola Histórica do Direito. Esta escola surgiu na Alemanha, no final do séc XVIII e início do séc XIX, sendo o seu maior expoente Savigny. O principal papel da Escola Histórica foi fazer uma crítica radical ao direito natural (Bobbio, 2006, p, 45). Tal escola também teve importância ao fazer o contraponto ao iluminismo e ao racionalismo, que defendiam o direito natural. O direito natural, assim, seria como considerações filosóficas do direito, que pode não necessariamente vir do legislador (conquanto o direito positivo seja o direito posto pelo Estado), podendo ter outras fontes.

Os pontos de discordância entre a Escola Histórica de direito e o jusnaturalismo são basicamente centrados nas características da universalidade e imutabilidade. Para o historicismo, o direito é um produto da história, e como tal, vive em permanente transformação (Nader, 2012, p. 379). O fato histórico que constituiu a causa imediata do positivismo jurídico deve ser investigado nas grandes codificações ocorridas entre o fim do séc. XVIII e o início do séc. XIX, que representam a realização política do princípio da onipotência do legislador. Frente a este movimento, a escola histórica assume uma posição de clara hostilidade (Bobbio, 2006, p. 54).

O direito natural como filosofia do direito positivo, desse modo, não é mais concebido como um sistema normativo auto-suficiente, como um conjunto distinto de regras separado do sistema do direito positivo, mas sim como um conjunto de considerações filosóficas sobre o próprio direito positivo (Bobbio, 2006, p. 46).

Segundo Wendepap (2012), Antonio Frederico Justo Thibaut foi o jurista que defendeu a necessidade de se adotar a sistemática dos códigos, opondo-se ao historicismo então vigente. Thibaut aponta que uma boa legislação deve ter perfeição formal (normas claras e precisas) e perfeição substancial (normas que regulamentem todas as relações sociais), o que não seria encontrado no direito de origem germânica, no direito canônico ou no direito romano (Wendepap, 2012). Thibaut também fala que não há problemas em colocar o direito em códigos, pois são poucas as mudanças sociais em assuntos importantes, e que, embora as codificações sejam um direito único, as variações existem apenas por arbítrio dos príncipes (Wendepap, 2012).

Carlos Frederico Von Savigny apresenta uma contraposição à proposta de Thibaut de adotar as codificações na Alemanha. Sem contrariar abertamente as codificações em si, Savigny defende que o direito então vigente na Alemanha seria decadente e que, codificado, seria perpetuado (Wendepap, 2012). Antes, seria necessário o renascimento e o desenvolvimento do direito científico, isto é, das ciências jurídicas - uma das fontes do direito, assim como o direito popular e o direito legislativo (Wendepap, 2012).

Em suma, a Escola Histórica do Direito, cujo principal expoente foi Savigny, tinha como características básicas (Bobbio, 2006, p. 52):

a) A individualidade e a variedade do homem: não existe um direito único, igual para todos os tempos e para todos os lugares. O direito nasce e se desenvolve na história como todos os fenômenos sociais, e portanto, varia no tempo e no espaço.

b) A irracionalidade das forças históricas: o direito nasce imediatamente do sentimento de justiça.

c) Pessimismo antropológico: é preciso conservar o ordenamento existente e desconfiar das novas instituições e das inovações jurídicas. Se opõe ao projeto de codificar o direito germânico.

d) Amor pelo passado e sentido da tradição: valorização do costume.

A escola histórica acreditava que o direito, por definição, deve ser reflexo da realidade social. Mas a realidade evolui e a lei se mantém estática, assim o direito perde a sua força, em vez de promover o bem social, cria problemas e atravanca o progresso (Nader, 2012, p. 283). Ainda, Savigny aduz que a Alemanha de sua época não se encontra em condições culturais particularmente felizes que possibilitem uma codificação, passando, ao contrário, por um período de decadência, principalmente no que diz respeito à ciência jurídica (Bobbio, 2006, p. 61). Para ele, as fontes do direito são substancialmente três: o direito popular, o direito científico e o direito legislativo. O primeiro é próprio das sociedades na sua formação; o segundo, das sociedades mais maduras; o terceiro, das sociedades em decadência. Ele sustentava, portanto, que o único modo de reverter o plano inclinado da decadência jurídica era promover um direito científico mais vigoroso, através do trabalho dos juristas, enquanto o mais certo efeito da codificação seria o de tornar ainda mais grave a crise da ciência jurídica na Alemanha (Bobbio, 2006, p. 62).

Em 1804, entrou em vigor, na França, o Código de Napoleão. Trata-se de um acontecimento fundamental, que teve uma ampla repercussão e produziu uma profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo. A codificação representa uma experiência jurídica dos últimos dois séculos típica da Europa continental. A ideia de codificação surge por obra do pensamento iluminista, na segunda metade do séc. XVIII. Portanto, há apenas dois séculos, o direito se tornou codificado, antes disso, não o era (Bobbio, 2006, p. 63).

A Escola da Exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo, por artigo, do próprio código (Bobbio, 2006, p. 83). Esta escola adotou o método tradicional (ou clássico) de interpretação, valendo-se do meio gramatical e da lógica interna. O pensamento predominante desta escola era codicista, de supervalorização do código. Em seu teor, o código era considerado absoluto e não apresentava lacunas (Nader, 2012, p. 282).

A lei é uma realidade morfológica e sintática que deve ser, por conseguinte, estudada do ponto de vista gramatical. É da gramática que o intérprete deve partir para nos dar o sentido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

rigoroso de uma norma legal. Toda lei tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são revelados pelo exame imparcial do texto (Reale, 2010, p. 279)

A institucionalização de um código trazia respostas mais fáceis e de rápido acesso, sendo desnecessárias, nessa perspectiva, maiores buscas pelo direito em outras fontes. Os juristas tinham o legislador como autoridade, ou seja, não cabia a eles contrariá-lo, o que inclusive estava em conformidade com a separação dos poderes. Ao juiz, portanto, cabia o papel de ser "a boca da lei", sendo impedido de criar direito, pois estaria usurpando poderes exclusivos do legislativo.

> O magistrado somente aplica a lei, buscando a vontade do legislador, sem verificar se ela é boa ou não, se é justa ou injusta; não há aferição do conteúdo valorativo pelo aplicador da norma. Com essa concepção, o positivismo jurídico não foi capaz de propiciar justiça às relações sociais (Fernandes e Bicalho, 2011, p. 116).

O fato de estar "tudo" no Código traria maior segurança jurídica, já que o cidadão saberia antecipadamente que lei seria aplicada ao seu caso, evitando arbitrariedades. Politicamente, havia a pressão do regime napoleônico, que determinou o ensino do direito positivo, sem teorias gerais ou concepções jusnaturalistas (Wendepap, 2012).

Os caracteres fundamentais da escola da exegese podem ser fixados em cinco aspectos (Bobbio, 2006, p. 84):

a) Inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo: embora exista o direito natural, distinto do positivo, ele é irrelevante para o jurista enquanto não for incorporado à lei.

b) Concepção rigidamente estatal do direito: jurídicas são, exclusivamente, as normas postas pelo Estado, ou reconhecidas pelo Estado.

c) Interpretação da lei fundada na intenção do legislador: a interpretação fundada na vontade da lei se contrapõe à interpretação fundada na vontade do legislador. Enquanto o segundo método se baseia numa concepção subjetiva da vontade da lei (entendida como vontade do legislador que a pôs historicamente), o primeiro se baseia numa concepção objetiva da vontade da lei (entendida como o conteúdo normativo que a lei possui em si mesma, prescindindo das intenções dos seus autores); enquanto o segundo método liga a interpretação da lei ao momento de sua emissão e comporta, portanto, uma interpretação estática e conservadora, o primeiro método desvincula a interpretação da lei do contexto histórico no qual ela surgiu e permite uma interpretação progressiva ou evolutiva, isto é, uma interpretação que leva em conta a mudança das condições histórico-sociais (Bobbio, 2006, p.88).

d) Identificação do direito com a lei escrita, culto ao texto da lei.

e) Respeito pelo princípio da autoridade: grande autoridade da qual gozaram alguns dos primeiros comentadores do Código, cujas afirmações foram adotadas pelos juristas posteriores, como se fossem dogmas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na Inglaterra, conquanto não houvesse a tradição da codificação, dois estudiosos elaboraram estudos de teorização das codificações, Jeremy Bentham e John Austin, ambos utilitaristas (Wendepap, 2012). O primeiro fez críticas ao commom law, polemizando contra o sistema de direito então vigente, e pugnou pela codificação, como por exemplo (Bobbio, 2006, p. 97):

a) Incerteza do Common law: não se trata de um critério objetivo, mas de uma avaliação pessoal do juiz, a qual permite qualquer arbítrio.

b) Retroatividade do direito comum: enquanto que a lei é feita no presente e passa a valer para o futuro, a decisão do juiz no common law é um produto da criação do Poder Judiciário que, sem haver previamente uma norma escrita, cria uma nova norma para valer para o passado, violando a irretroatividade da lei.

c) O direito comum não é fundado no princípio da utilidade, O juiz tem o dever de resolver qualquer controvérsia que lhe seja apresentada, embora necessariamente lhe falte uma competência específica em todos os campos regulados pelo direito. Este inconveniente é, em contrapartida, eliminado com a produção legislativa do direito, visto que a redação de códigos e leis é confiada a indivíduos ou a comissões dotadas de competência específica.

d) O povo não pode controlar a produção do direito por parte dos juízes.

Austin, por sua vez, chega a fazer uma ligação entre as correntes de base do positivismo jurídico. Ele parte da divisão entre ciência da legislação (direito como deveria ser) e jurisprudência (direito vigente, como é). A jurisprudência divide-se em particular, como sendo um determinado ordenamento, e em geral, como sendo os princípios, noções, conceitos comuns a todo ordenamento (Wendepap, 2012).

Para ele, lei é uma forma típica de direito, é um comando (expressão de um desejo) geral e abstrato, que tem a equivalente sanção. As leis podem ser divinas (reveladas ou não reveladas) ou humanas (direito positivo e moralidade positiva). O direito positivo pressupõe um soberano, uma sociedade política independente (soberania como estrutura hierárquica na sociedade e que nela se esgota). A moralidade positiva é posta por um não soberano, podem ser as leis impropriamente ditas, como o costume social, e as leis propriamente ditas, que se subdividem em leis que regulam a vida dos indivíduos no estado de natureza, que regulam as relações entre os Estados, e as leis das sociedades menores, como as famílias (Wendepap, 2012). Austin ainda apresenta três princípios tidos como fundamentais do positivismo jurídico (Wendepap, 2012):

a) a afirmação de que o objeto da jurisprudência (isto é, da ciência do direito) é o direito tal como ele é e não o direito como deveria ser (concepção positivista do direito);

b) a afirmação de que a norma jurídica tem a estrutura de um comando (concepção imperativista do direito);

c) a afirmação de que o direito é posto pelo soberano da comunidade política independente – isto é, em termos modernos, pelo órgão legislativo do Estado (concepção estatal do direito).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Esse autor não nega a juridicidade do direito posto pelos juízes, pois estes criam direito estatizado, fruto de uma autoridade subordinada. Tanto o direito judiciário (produzido, portanto, por juízes) quanto o direito legislativo são de origem estatal, a diferença está no modo que cada um é produzido, pois no direito legislativo as normas são gerais e abstratas e no direito judiciário são normas particulares, para um determinado caso (Wendepap, 2012).

As codificações, segundo Austin, devem representar uma reformulação formal do direito, e não material tal como propunha Bentham, vez que se tratar de um instrumento técnico-jurídico. Em defesa das codificações, Austin entende que: todo código é incompleto, mas menos lacunar que o direito judiciário; a completude dos códigos deve ser a existência de normas aplicáveis a toda uma categoria de casos; o sistema de precedentes é ainda mais cristalizado que as codificações; a ausência de maleabilidade do código traz maior segurança jurídica; e, por fim, os códigos eliminam equívocos e ambiguidades (Wendepap, 2012).

4. CARACTERÍSTICAS DO POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico repele o direito natural como um não direito, excluindo-o como objeto da ciência jurídica. O chamado positivismo jurídico representa o conjunto de teorias para as quais só seria propriamente direito o positivo. Positivo significa posto pelo homem, e não dado ao homem (Betioli, 2011, p. 523).

O Positivismo Jurídico apresenta sete pontos ou problemas, conforme aponta Bobbio (2006, p. 131). O primeiro problema diz respeito ao modo de abordar, de encarar o direito: o positivismo jurídico responde a este problema considerando o direito como um fato e não como um valor. O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade, isto é, abstendo-se de qualquer formulação de juízo de valor (Bobbio, 2006, 131). Na linguagem juspositivista, o termo "direito" é avalorativo. Quando o cientista investiga o direito, deve expurgá-lo de tudo que não é objetivo, analisando apenas aquilo que lhe garante positividade, que se enquadra na racionalidade científica almejada. Assim, um cientista não poderia descrever a validade de uma determinada norma jurídica por ser boa ou má, por causa da relatividade desse juízo. Tampouco reconhecer o direito a partir da moralidade, o que seria um contrassenso, analisar uma prática social objetiva por intermédio de um olhar subjetivo e, por isso, consequentemente, relativo (Streck e Matos, 2014, p. 131).

O segundo problema diz respeito à definição do direito: o juspositivismo define o direito em função do elemento de coação. É considerado direito o que vige como tal numa determinada sociedade, ou seja, as normas valem por meio da força (Bobbio, 2006, p. 132).

O terceiro problema diz respeito às fontes do direito: o positivismo jurídico considera a lei como fonte preeminente do direito (Bobbio, 2006, p.132). Kelsen é o estudioso que se dedicou mais profundamente ao tema do Ordenamento Jurídico, sendo dele a proposição de que o complexo jurídico é formado por um conjunto de imperativos escalonados hierarquicamente, segundo parâmetros de validade formal, cujo posto máximo é ocupado pela Norma Fundamental (JÚNIOR, 2013, p. 135).

O quarto ponto diz respeito à teoria da norma jurídica: o positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativista do direito (BOBBIO, 2006, p. 132).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O quinto ponto diz respeito à teoria do ordenamento jurídico, que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade. O positivismo jurídico sustenta a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico (BOBBIO, 2006, 133).

Outrossim, sob a ótica juspositivista, o Ordenamento Jurídico consubstancia o conjunto unitário, coerente e completo de todas as Regras Jurídicas já devidamente fixadas pela autoridade formalmente legitimada. Ao aplicador, bastaria se socorrer deste manancial de respostas pré-fixadas pelo órgão produtor do Direito para descobrir a solução dos casos concretos, consoante métodos interpretativos elaborados pelos Juristas. E, em caso de ambiguidades, lacunas ou antinomias, seria necessário se socorrer de critérios devidamente preestabelecidos, de modo a reservar a incidência de padrões de julgamento externos somente em casos especificamente autorizados (Zanon Jr., 2013, p. 136).

O sexto ponto diz respeito ao problema da interpretação: o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, em que prevalece o elemento declarativo sobre o produto criativo do direito (Bobbio, 2006, p. 133). A Decisão Jurídica é tomada através do procedimento lógico dedutivo de subsunção, mediante o qual o juiz enquadra os fatos que lhe são apresentados dentro dos moldes de uma disposição normativa, socorrendo-se da sua própria discricionariedade em casos difíceis (Zanon Jr., 2013, p. 140).

Por último, o sétimo ponto diz respeito à teoria da obediência absoluta à lei (Bobbio, 2006, p. 133), em que a lei é a fonte absoluta do direito.

5. CRÍTICAS AO POSITIVISMO JURÍDICO

Segundo Bobbio, pode-se distinguir o positivismo jurídico em três aspectos diferentes: a) como método para o estudo do direito, b) como teoria do direito, c) como ideologia do direito (Bobbio, 2006, p. 234). A distinção desses três aspectos encontra a sua aplicação na crítica ao positivismo jurídico. Dependendo do aspecto do positivismo jurídico que é submetido a crítica, esta será de fato, de natureza diferente (Bobbio, 2006, p. 235).

Com relação ao método positivista, a crítica se funda num juízo de conveniência. De fato, o método não é senão um meio para atingir um determinado fim e, portando, se trata de avaliar se tal meio é idôneo para atingir o fim em questão, a saber, avaliar precisamente conveniência do próprio meio (Bobbio, 2006, p. 235). Se se toma para exame a teoria juspositivista, a crítica se baseia num juízo de verdade ou falsidade, visto que a teoria quer descrever a realidade e a sua avaliação consiste em verificar se há correspondência entre teoria e realidade (Bobbio, 2006, p. 235).

No positivismo jurídico como teoria, critica-se o fato de um ordenamento jurídico não ser necessariamente coerente, porque podem coexistir no âmbito do mesmo ordenamento duas normas incompatíveis e serem ambas válidas (a compatibilidade não é um critério de validade). Critica-se também o fato de um ordenamento jurídico não ser necessariamente completo, e também o fato da interpretação do direito, feita pelo juiz, não consistir jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico (Bobbio, 2006, p. 237).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com relação ao positivismo jurídico como método, como a ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo caso se queira fazer ciência jurídica ou teoria do direito. Se não for adotado, não será ciência, mas filosofia ou ideologia do direito (Bobbio, 2006, p. 238).

Quanto ao positivismo jurídico como ideologia, Bobbio diz que a ideia de que a lei deve ser obedecida significava, sob regimes passados, defender a liberdade individual lesada pelos abusos do poder político que não respeitava a lei, já que o dever de obedecer à lei diz respeito não só aos cidadãos, mas também aos órgãos do Estado (Bobbio, 2006, p. 236). Entretanto, se acaso tomarmos para exame a ideologia positivista, a crítica se funda num juízo de valor, pois a ideologia não descreve a realidade, mas procura influir nesta e, portanto, da ideologia não se pode dizer que é verdadeira ou falsa, mas se deve dizer se é boa ou má (justa ou injusta, etc); e o modo mais eficaz de criticar uma ideologia consiste em demonstrar que ela dá lugar a uma realidade contrária aos valores comumente aceitos (Bobbio, 2006, p. 235).

Os exemplos mais citados de Direito injusto foram o Direito nazista e o Direito Sul-Africano do apartheid. Duas considerações aqui merecem ser feitas: a primeira é a de que, ao considerar estas normas como Direito, o positivismo não está concordando com o seu conteúdo, sendo perfeitamente possível que se "*qualifiquem as normas cujo conteúdo se pareçam inaceitáveis como injustas, imorais, infundadas ou ilegítimas, e mesmo se preguem resistência a elas*" (Machado, 2008, P. 344), o que não se pode é negar o caráter jurídico delas; em segundo lugar deve-se frisar que, a não ser em casos extremos como estes, é de muita dificuldade que se faça uma análise valorativa do conteúdo de uma norma com base em uma ideia de justiça. Dessa forma, no próximo tópico deste trabalho, será analisado, de forma crítica, a perspectiva funcional do positivismo na ciência do direito, e do positivismo enquanto ideologia, no caso brasileiro, a partir da visão do direito alternativo.

6. PERSPECTIVA FUNCIONAL DO POSITIVISMO NA CIÊNCIA DO DIREITO

Decerto que, para além de uma mera corrente doutrinária, o positivismo exerce uma função importante no estudo do Direito, possuindo uma perspectiva funcional no nosso ordenamento e sendo um "termômetro" para a aplicação do direito. Tem-se, como caso a ser analisado, o uso de "codificações paralelas" no Brasil, em especial, em comunidades onde o "direito estatal" (direito positivo) "não chega", ou seja, lugares em que nenhum ou quase nenhum órgão do poder público é instalado.

Se a máxima "o*nde existe o homem, há sociedade; onde existe sociedade, há direito*", dita por Ulpiano, for verdadeira, então, nas localidades onde o Estado não possui representantes, nem oferece os seus serviços e a sua regulamentação, haverá uma codificação paralela (direito costumeiro) criada pelas pessoas que vivem nestas comunidades. Esta formulação de uma codificação extraoficial/paralela pode se assemelhar ao direito estatal ou ser dispare em relação a ele. Assim, há, no direito, na sociologia jurídica e na filosofia do direito, a discussão se a estas codificações deve ser dado algum grau de legitimidade.

Para a doutrina que acredita ser o "direito alternativo" um direito legítimo, estas normas possuirão vigência (no âmbito da comunidade) tanto quanto as normas positivadas pelo ente estatal. Já para a doutrina que confere ao direito positivo (direito posto pelo Estado)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a única legitimidade possível, o "direito alternativo" seria inválido, *contra legem*, e mero costume sem qualquer força de norma.

Conforme explanado neste trabalho, o direito natural é aquele que é fruto imanente de uma razão, a qual todos os seres humanos possuem, ou ainda que foi entregue aos humanos por força divina. Dessa forma, este ordenamento extraoficial se assemelha ao direito natural na medida que as pessoas que o cumprem/o fazem cumprir alegam estar seguindo a razão dos homens, alegam que "sempre foi assim e sempre será", pois é o "mais justo a ser feito" e o "mais racional". Em uma primeira análise, aqueles que fizessem um exame superficial poderiam concordar com este "direito alternativo", seguindo a linha de pensamento daqueles que defendem o direito alternativo como um direito legítimo.

É de se notar, entretanto, que muitas destas codificações extraestatais preveem sanções para o descumprimento de determinadas normas, como penas de linchamento, mutilação, tortura, lesões físicas ou morte (sanções que estão para além das punições estatais). Estas penas, sem dúvida, afrontam o ordenamento jurídico (e positivo) vigente, e, em especial, violam o direito constitucional, que proíbe penas cruéis e degradantes, e o direito penal, que possui como princípio a ilegalidade das penas sem previsão expressa em lei prévia.

Dessa forma, o positivismo jurídico, ao dizer que é justo o que é posto como norma, e injusto o que a norma positivada proíbe, não está somente operando como corrente/linha ideológica, mas funcionando como marco legal mínimo do que pode ser tido ou não como norma.

7. CONCLUSÃO

Considerando o exposto, pode-se confirmar o conceito antes oferecido, no sentido de que o Positivismo Jurídico é o Paradigma da Ciência Jurídica, caracterizado, principalmente, pela separação entre Direito e Moral; formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou prevalecentemente) por Regras positivadas; construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal; aplicação do Direito posto mediante subsunção; e discricionariedade judicial (*judicial discretion* ou *interstitial legislation*) para resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*).

De acordo com tal conceito operacional, as quatro plataformas centrais da teoria do Direito positivista são caracterizadas da seguinte forma: a) as Fontes Jurídicas são exclusivamente os Textos Normativos elaborados pela autoridade competente (legislação e precedentes, conforme a vinculação ao *civil law* ou ao *common law*), salvo autorização normativa expressa para o acesso a outros elementos; b) as Normas são apenas as Regras Jurídicas devidamente positivadas (ou, ao menos preponderantemente, acaso expressamente admitido o recurso a outros padrões de julgamento, como já mencionado); c) o Ordenamento Jurídico corresponde a uma pirâmide de imperativos legais, escalonados hierarquicamente de acordo com critérios formais de validade, cujo ápice é a Norma fundamental pressuposta; e, d) a Decisão Jurídica é tomada através do procedimento lógico dedutivo de subsunção, mediante o qual o juiz enquadra os fatos que lhe são apresentados dentro dos moldes de uma disposição normativa, socorrendo-se da sua própria discricionariedade em casos difíceis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BETIOLI, Antonio Bento. *INTRODUÇÃO AO DIREITO***.** 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2011.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. *LIÇÕES DE FILOSOFIA DO DIREITO*. 5ª Edição. Coimbra. Colecção Studium. 1979.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico* - O atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011. págs. 105 a 131.*

*GILISSEN, John. INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO***.** *Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1986.*

MACHADO, Roberto Denis. *DAS CRÍTICAS E DOS PRECONCEITOS AO POSITIVISMO JURÍDICO*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 329-354, jan./jun. 2008.

MONREAL, Eduardo Novoa. *Qué queda del Derecho Natural?* Depalma, Buenos Aires, 1967.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RADBRUCH, Gustav. *FILOSOFIA DO DIREITO*. 6ª Edição. Coimbra. Colecção Studium. 1979.

REALE, Miguel. *LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO*. 27ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2010.

SALDANHA, Nelson. *FILOSOFIA DO DIREITO***.** Rio de Janeiro. Renovar, 1998.

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. Revista UNIFESO – Humanas e Sociais, Vol. 1, n. 1, 2014, pp. 120-140.

WENDEPAP, Elis. Breve análise do histórico do positivismo jurídico, a partir da obra "positivismo jurídico", de Norberto Bobbio, Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-97/breve-analise-do-historico-do-positivismo-juridico-a-partir-da-obra-positivismo-juridico-de-norberto-bobbio/>. Acesso em: 12/04/2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. 3ª ed. rev. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ZANON JR., Orlando Luiz. POSITIVISMO JURÍDICO 1: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS CENTRAIS. FURB Revista Jurídica. v. 17, nº. 33, p. 127 - 146, jan./jun. 2013.

www.conteudojuridico.com.br

PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS E A ADEQUAÇÃO A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DO BRASIL, ALIADA AS BOAS PRÁTICAS BASEADAS NA *GENERAL DATA PROTECTION REGULATION* DA UNIÃO EUROPEIA

ANDREW CARL DINIZ BENZAQUEN: Acadêmico e Pesquisador de Direito (Digital). Cientista de dados em formação. Analista de TI (Governança, Processos e Compliance).

NATASHA DE SOUZA MENDONÇA[124]

(coautora)

DR. ALLAN DUARTE MILAGRES LOPES

(orientador)

Resumo: O presente artigo relata o panorama da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e sobre a Medida Provisória nº 959, de 2020 que tinha a intenção de postergar sua vacância para 2021. O objetivo deste texto é elucidar a necessidade da regulamentação da proteção de dados no Brasil e como se dará a sua adequação pelas Micros, Pequenas e Médio Empresas, assim como as consequências jurídicas de possíveis vazamentos de dados pessoais por estas. Deu-se ênfase especial nos passos para adequação jurídica e das boas práticas de segurança da informação para as Pequenas e Médias Empresas, neste diploma legal, partindo das experiências na Europa com a Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – GDPR de 2016.

Palavra Chaves: LGDP, GDPR, DPO, Encarregado de Dados, Controlador, Proteção de dados, Vazamento de dados, Dados Sensíveis, Modelo de Desenho de Privacidade.

Abstract: This article reports the panorama of Law No. 13,709, of August 14, 2018, here called the General Law for the Protection of Personal Data (GPPD) and on Provisional Measure No. 959, of 2020 that postpones its vacancy to 2021. The objective from this text it is necessary to elucidate the need for data protection regulation in Brazil and how it will be adapted by Micro, Small and Medium Enterprises as well as the legal consequences of possible leaks of personal data by them. Particular emphasis was placed on the steps towards legal adequacy and good information security practices for SMEs (Small and medium-sized enterprises) in this legal diploma, building on experiences in Europe with the 2016 General Data Protection Regulation - GDPR.

Keywords: GPPD, GDPR, DPO, Data Controller, Controller, Data Protection, Data leakage, Sensitive Data, Privacy Design Framework.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 1.1 Panorama da Lei Geral de Proteção de dados na era Covid19. 1.2 Protelação da Lei Geral de proteção de dados. **2. A importância das PMEs para o Brasil.** 2.1 Autoridade Nacional Proteção de Dados – ANPD. **3. Quais empresas precisam se adequar a LGPD e quais dados são elencados. 4. Quem pode tratar os dados das PMEs?** 4.1 As certificações de institutos internacionais para profissionais no Brasil. **5. Como adequar as PMEs a LGPD – Boas Práticas de Proteção de dados na Europa.** 5.1.1 *Privacy by Design.* 5.1.2 *Privacy by Default.* 5.1.3 – Os princípios do *Privacy by Design.* 5.1.3.1. Proativo, não reativo. Prevenir, não remediar. 5.1.3.2.

[124] Acadêmicos do 10° período do curso de Direito do Centro Universitário UNA Contagem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Privacidade por padrão. 5.1.3.3 Privacidade embutida no design. 5.1.3.4. Total funcionalidade. 5.1.3.5 Segurança ponta a ponta. 5.1.3.6 Visibilidade e Transparência. 5.1.3.7 Respeito pela privacidade do usuário. 5.2 Ciclo de vida dos Dados na LGPD. 5.3 Semelhanças e diferenças entre LGPD X GDPR. 5.4 Documentos que devem ser criados como boas práticas de adequação a proteção da privacidade de dados. **6. Consequências jurídicas da não adequação da LGPD das PMEs. 7. Potencial aumento de demandas judiciais. 8. O que as PME's devem fazer em caso de vazamento de dados. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas**

1.INTRODUÇÃO

É evidente como o universo digital vem, cada vez mais, influenciando o comportamento da sociedade e por mais abstrato que pareça, as empresas devem começar a considerá-lo como uma ferramenta que além de trazer praticidade requer cuidados. Nesse cenário de evolução tecnológica surge o Direito Digital, que conecta a ciência com o mundo jurídico para nortear empresas, profissionais e consumidores para mitigar incidentes e transmitir credibilidade em algo que ainda gera muita insegurança.

Outrossim, inspirada na *General Data Protection Regulation* - GDPR, a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD surge como resposta aos brasileiros e prevê obrigações sobre tratamentos de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica – seja qual for seu porte – de direito público ou privado, com o intuito de proteger direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, atualizando conceitos que antes eram esparsos na legislação pátria ou eram interpretados de maneira análoga a outros institutos.

1.1 Panorama da Lei Geral de Proteção de dados na era Covid19

O avanço jurídico com a criação da LGPD, a sanção parcial do presidente da República ao Projeto de Lei nº 1.179/20 – a qual dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia da Covid-19 – posterga as sanções administrativas elencadas pela LGPDpara 2021, o que resulta em insegurança jurídica, posto que a lei entra em vigor sem a devida regulamentação da ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

1.2 Protelação da Lei Geral de proteção de dados

No último dia 26 de agosto de 2020, o Senado impõe uma derrota ao Governo de Jair Messias Bolsonaro, que havia defendido no Congresso sobre a postergação da eficácia da LGPD para maio de 2021. No primeiro momento, os líderes do Congresso acordaram o adiamento para 31 de dezembro de 2020, entretanto, no afligir das eleições municipais de 2020 e o acirramento da polarização política, a crise econômica e sanitária, cumuladas com a perda de popularidade do governo Bolsonaro, fez com que o Senado retomasse a discussão, sendo decisivo e não aceitando mais a postergação da LGPD para 2021, tampouco para dezembro de 2020. Por conseguinte, a MP/959 não foi convertida em lei, e a LGPD entrou em vigor no Brasil no último dia 18 de setembro de 2020. No dia 26 de agosto, foi publicado o Decreto nº 10.474/2020, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, remanejando e transformando cargos em comissão e funções de confiança, sem a prorrogação da LGPD, o que implica em uma derrota ao governo.

Em 15 de outubro de 2020, Bolsonaro nomeou cinco nomes para compor a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, sendo destes cinco, três militares e duas advogadas civilistas representando o Direito Privado, indicações contestadas por alguns setores em virtude dos currículos técnicos, porém militares na maioria dos membros, o que pode influenciar e tirar a autonomia que a

Autoridade Nacional de Proteção de dados, tendo em vista que a composição é notoriamente ligada ao Presidente Jair Messias Bolsonaro.

Os impactos e incertezas econômicas geradas pela pandemia da Covid-19 nos processos de adequação são compartilhados por todo mundo. Na Califórnia, apesar da lei de proteção de dados já estar em vigor, a fiscalização – ou *enforcement* – ainda está suspensa e instituições de diversos setores já pressionam o governo para manter essa suspensão; uma tendência que estava sendo seguida pelo Brasil.

Ressalta-se que a alteração da regulamentação da LGPD, embora tardia e figurada apenas no campo teórico, inclui o Brasil no rol de países que têm legislação específica sobre privacidade de dados, cumprindo um dos requisitos para participar da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Portanto, faz-se necessária a ANPD para regulamentação da norma, evitando insegurança jurídica e prejudicialidade em casos específicos. Em um cenário que não se tenha a ANPD constituída, cabe as empresas tirar proveito deste "*delayed enforcement*" estabelecido com o suposto adiamento do órgão regulador e usar a hermenêutica para o que for mais conivente.

Ademais, será exigido da ANPD, do poder judiciário e dos controladores uma adaptação voltada não só para as práticas de privacidade relacionada à Tecnologia da Informação, mas também ao risco de judicialização de demandas em massa acerca do tema, transformando o judiciário em uma "indústria do dano moral", com casos que poderiam ser solucionados extrajudicialmente com as empresas ou administrativamente com a ANPD. Vale ressaltar que consta em tramitação no congresso a PEC 17/2019[125] que visa fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

Mais a mais, embora anseia-se que a partir de outubro de 2020, muitas empresas tenham recursos para os projetos de adequação à LGPD, fato é que, é difícil imaginar que os orçamentos sejam recuperados após a pandemia – ainda sem perspectiva de controle – e atinjam sua integralidade, o que mantém o Brasil em baixo nível de proteção se comparado aos padrões internacionais, dificultando o relacionamento com fornecedores de outros países.

Partindo deste cenário, trazemos à baila a necessidade de adequação das PME's para a Lei geral de Proteção de Dados, para que acompanhem a competitividade do mercado, com práticas e ferramentas acessíveis que, sem comprometer o seu orçamento, tratando com seriedade a privacidade de dados.

Este artigo é norteado pelas orientações de boas práticas de proteção de dados à Europa, que teve a GDPR aprovada em 2016 e regulamentada em 2018, fomentando estudos e modelos de gestão de dados adequados à GDPR – Legislação que foi base para construção da nossa LGPD.

Explanaremos neste artigo como as PME's podem se adequar à LGPD utilizando o modelo de desenho de privacidade da PhD Canadense *Ann Cavoukian*, modelo que se tornou referência para as empresas. Abordaremos também quais os documentos necessários para aplicação deste *framework* e as principais semelhanças e diferenças entre a GDPR e a LGPD.

2.A importância das PMEs para o Brasil

[125] Texto integral da Proposta de Emenda à Constituição 17, que visa alterar Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Endereço para o texto da PEC 17: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em consonância com a Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006, conhecida como Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, é considerada uma microempresa a sociedade empresária ou simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário com receita bruta anual de R$360 mil reais. Quando a renda bruta anual for superior a este valor e inferior a R$ 3,6 milhões, a entidade será considerada uma pequena empresa.

De acordo com o Conselho Federal da Administração – CFA[126], as micros e pequenas empresas têm um papel econômico fundamental no Brasil. Além de representarem a maioria de todos os negócios formais do país, são responsáveis por uma grande fatia do faturamento de todas as empresas brasileiras, contratando mais da metade da mão de obra formal. Segundo o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), elas já são as principais geradoras de riqueza no país. As PME's respondem por 53,4% do Produto Interno Bruto (PIB) do comércio e, na indústria e no setor de serviços, a participação delas também é relevante – 22,5% e 36,3%, respectivamente. Representam também 27% do PIB, 52% dos empregos com carteira assinada, 40% dos salários pagos, 8,9 milhões de microempresas. Ratificando a pesquisa divulgada pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), a participação das micro e pequenas empresas brasileiras somadas representam 27% de todo o Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil. Ressalta-se que, se compararmos com números de décadas passadas, veremos que a participação das micro e pequenas empresas na economia brasileira cresce acentuadamente. Em 1985, representavam 21% do PIB. Já em 2001, 23,2%. Em termos de valores absolutos, de 2001 a 2011, o faturamento das micro e pequenas empresas saltou de R$ 144 bilhões para R$ 599 bilhões, em valores da época. Nesse sentindo, foi o fator decisivo para que este trabalho fosse recortado para PME's. Se considerarmos a participação no mercado de trabalho, verificamos que as micro e pequenas empresas têm uma importância ainda maior na economia brasileira, posto que os salários pagos por elas respondem por 40% da massa salarial brasileira, como foi informado em pesquisa realizada pelo SEBRAE.

De acordo com o Luiz Barretto, presidente do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, em entrevista ao portal do SEBRAE[127], o crescimento das micro e pequenas empresas na última década é motivado pelo melhor ambiente de negócios, como a criação dos Supersimples (que reduziu e unificou impostos para os pequenos negócios), o aumento da escolaridade dos brasileiros e o incremento do mercado consumidor na classe média. Além disso, ele considera que as pessoas estão abrindo pequenos negócios por acreditar no empreendedorismo, não apenas por falta de empregos, como antigamente.

> *"Esses três fatores têm motivado o brasileiro a empreender por oportunidade e não mais por necessidade. Antes as pessoas abriam um negócio próprio quando não encontravam emprego. Hoje, de sete a cada 10 pessoas iniciam um empreendimento por identificar uma demanda no mercado, o que gera empresas mais planejadas e com melhores chances de crescer", avalia o presidente do Sebrae, Luiz Eduardo Pereira Barretto Filho.*

[126] O Conselho Federal de Administração informa a importância das Pequenas e Médias Empresas para nossa economia, em especial o impacto no Produto Interno Bruto (PIB), estudo publicado no capítulo de ancoras do portal do Conselho: https://cfa.org.br/ancoras-da-economia/

[127] Segundo artigo publicado no portal do SEBRAE as Pequenas e Médias Empresas tem um crescimento evidente nos últimos anos devido a introdução do Supersimples, artigo pode ser visto em: https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD

De acordo com o levantamento do Sebrae, são mais de 8,9 milhões de micro e pequenas empresas no Brasil. O último levantamento do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) indicou que os pequenos negócios representam 99% dos estabelecimentos formais do país.

Em contrapartida ao crescimento informado em linhas volvidas, é inegável que os pequenos empreendimentos enfrentam dificuldade para se estabelecerem nos mercados nacionais, tendo em vista a competitividade causada pela livre concorrência da atividade empresarial. Por isso, na mesma base destes argumentos, devemos direcionar as nossas discussões sobre como promover a prosperidade empresarial, oferecendo aos microempresários e empresários de pequeno porte condições necessárias ao seu desenvolvimento, sem que desrespeitemos a liberdade em que a economia está pautada.

Atentos a esta realidade, devemos analisar um plano especial de adequação à LGPD para esta categoria que enfrentará dificuldades maiores se considerarmos somente o capital que dispõem, sendo necessário diretrizes que corrijam essa desvantagem econômica e que dê oportunidade de crescimento também as pequenas e médias empresas.

2.1 Autoridade Nacional de Proteção de Dados

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, foi definitivamente criada após a sanção da MP 869/2018, convertida na Lei 13.853/2019. Em sinergia com a compreensão disposta no art. 5º, XIX, da LGPD, a Autoridade Nacional é o órgão da Administração Pública encarregado por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD integralmente no Brasil. Entretanto, esse conceito não é suficiente para entender a extensão de sua atuação.

Há muitos questionamentos sobre qual é papel da ANPD, que no último dia 15 de outubro de 2020, teve cinco membros nomeados pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro. Esses nomes foram submetidos a sabatina à Comissão de Infraestrutura do Senado, sendo todos foram aprovados por unanimidade. No entanto, as nomeações provocaram um desconforto em parte dos setores – majoritariamente opositores ao governo Bolsonaro – que defendem a ANPD funcionando. Isso porque, três nomeados são militares notoriamente ligados ao presidente, o que pode causar interferência e ferir a autonomia desejada, algo que já tem sido observado nas recentes crises envolvendo o presidente, como por exemplo a do o ex-Ministro de Segurança e a Polícia Federal, Sergio Moro.

É sabido que a regulamentação é essencial para a efetiva aplicação das normas de privacidade e proteção de dados, entretanto há de se ponderar se tais nomeações não comprometem a autonomia da Autoridade Nacional de Privacidade de Dados. Considerando que a LGPD é uma norma principiológica[128], conforme seu artigo 6°, ou seja, uma norma que fixa preceitos gerais, com princípios a serem seguidos, um órgão que estabeleça bases e diretrizes gerais para o seu cumprimento, contribui para maior eficiência da sua implementação.

Com a ANPD atuante, além de fiscalização e aplicação de sanções, haverá regulamentações e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, para que os agentes de tratamento e os titulares de dados compreendam o alcance da norma.

Sua composição foi regulada pelo Decreto nº 10.474, de 26 de agosto 2020, que aprovou a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das

[128] O conceito principiológico da LGPD pode ser observado no seu artigo 6°e foi amplamente discutido no VIII Workshop de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais - Princípios na LGPD da OAB Contagem, podendo ainda ser acessado seu conteúdo através do endereço: https://www.youtube.com/watch?v=VRcSDRy4Ips&ab_channel=OABContagem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, remanejando e transformando cargos em comissão e funções de confiança. Os cinco nomes nomeados pelo chefe de estado, foram sabatinados pela Comissão de Infraestrutura do Senado, conforme estabelece a nossa Constituição em seu artigo 52, que define as competências do Senado, reza-se:

> *"Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal - III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de - f) titulares de outros cargos que a lei determinar;"*

Ressalta-se ainda que a criação da ANPD sinaliza aos países que também estão se adequando ao novo paradigma da privacidade de dados pessoais, que o Brasil está comprometido na adoção de medidas práticas, visando a proteção dos dados pessoais, o que pode contribuir para a segurança e crescimento das negociações internacionais em diversos segmentos.

Embora ainda exista uma visão que a ANPD atuará apenas como a "pardal", aplicando multas milionárias aos agentes de tratamento, é necessário esclarecer que a sua atuação não será apenas direcionada às sanções. A ANPD terá competência normativa, deliberativa, fiscalizadora e sancionatória, tendo como principal função zelar pela proteção de dados pessoais.

O órgão será responsável pela elaboração de diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, com a finalidade de nortear os agentes de tratamento para que atuem em conformidade com as normas. É importante, inclusive, que as empresas trabalhem consoante não só com as normas, mas em parceria ao órgão regulamentador, para que evitem a judicialização de demandas que podem ser solucionadas extrajudicialmente ou administrativamente.

Nesse sentido, as sanções devem ser vistas como a última opção, quando houver violação dolosa ou negligente. Em um primeiro momento, é essencial que haja mecanismos simplificados para registro de reclamações e estímulos para adoção de serviços que facilitem o controle pelo operador e pelo titular. Compete à ANPD promover aos interessados o conhecimento das normas, primando pela boa-fé e conscientizando de maneira simples, sobretudo as PME's, com diálogo e cooperação, para que haja um maior engajamento no mercado e a lei não vire somente suprimento para a "indústria do dano moral".

Há uma grande expectativa para que a ANPD seja um suporte àquelas empresas que estão no processo de adequação à lei. A lei dispõe que será assegurada a autonomia técnica e decisória à ANPD, características necessárias para uma legítima atuação, de forma a garantir tanto aos agentes de tratamento quantos aos titulares, decisões e orientações isentas a respeito dos impactos da norma.

Um dos pontos mais importantes além da atuação instrutiva, é o dever de atuação fiscalizatória, que terá grande impacto para a implementação da LGPD. A Autoridade Nacional será responsável por fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso. Ressalta-se que a aplicação das sanções não será imediata, limitando-se à multa de R$50.000.000,00, mas podendo ser aplicadas advertências, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas e multas simples de até 2% do faturamento no seu último exercício, excluídos os tributos.

As sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os critérios da LGPD. Destaca-se que, da

mesma forma que a ANPD observará as peculiaridades de cada caso, o processo de *compliance* à LGPD também deverá ser personalizado para cada empresa, não sendo possível uma receita genérica para todos os segmentos.

Em suma, o bem-estar da economia não pode sobrepujar as considerações de justiça. Portanto, precisamos nos perguntar em quais condições as pessoas são livres para fazer suas escolhas em vez de coagidas. Este é o cerne de que se trata a LGPD: a sociedade deve respeitar a liberdade individual, inclusive de suas escolhas econômicas. Este é o foco que norteará a ANPD. Da mesma forma, a Autoridade Nacional não pode tornar-se "vilã" das empresas, propiciando uma boa relação, sobretudo educacional para que disponhamos de padrões e técnicas que deem a verdadeira aplicabilidade e eficácia que se espera com a lei.

3.Quais empresas precisam se adequar a LGPD e quais dados são elencados

Conforme disposto na lei, todas as empresas que têm acesso a dados pessoais e/ou sensíveis devem se adequar à Lei Geral de Proteção de Dados, posto que, quem descumprir estará suscetível a advertências, sanções de até 50 milhões de reais ou até 2% do faturamento do ano anterior à multa.

O *compliance* das conformidades da lei precisa ser feito com uma avaliação de maturidade dos processos e impactos de riscos na empresa e redução dessa exposição ao risco, ou seja, avaliar todo o cenário empresarial e até onde esses dados são necessários para que os processos ocorram sem impacto. Em todos os outros casos, os dados deverão ser descartados se não forem disponibilizados e autorizados pelo detentor.

4.Quem pode tratar os dados das PME's?

Consoante a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), os principais sujeitos que podem tratar dados pessoais são:

> *Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:*
> *VI - **controlador**: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;*
> *VII - **operador**: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;*
> **IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador; [GRIFO]**

O *Data Protection Officer* ou o Encarregado de Proteção de Dados (EPD) é o profissional responsável por auxiliar as empresas e administrações públicas para adequação às leis e de privacidade. Na GDRP, é exigido que as empresas nomeiem um DPO em algumas situações, quando por exemplo, se tratar de *Big Data* (grande quantidade dados pessoais) de europeus, é necessário a nomeação de um DPO. No Brasil ainda não temos normativas definidas para dispensa ou necessidade de um DPO, entretanto, a LGPD em seu artigo 30 no inclina a esperar que esta orientação em breve será feita por legislação complementar pela ANPD:

> *Art. 30. A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares para as atividades de comunicação e de uso compartilhado de dados pessoais.*

4.1 As certificações de institutos internacionais para profissionais no Brasil

Existem atualmente duas trilhas de certificações internacionais para o profissional de dados ser considerado DPO, sendo no Brasil mais comum a trilha da EXIN e, na Europa, da IAPP.

A trilha da EXIN implica a realização de três certificações distintas: a *Information Security Foundation (ISFS)*, a *Privacy and Data Protection Foundation (PDPF)* e, por fim, a *Privacy and Data Protection Practitioner (PDPP)*. No que se refere a *International Association of Privacy Professionals (IAPP)*, os certificados oferecidos são: o *Certified Information Privacy Professional (CIPP), Certified Information Privacy Manager (CIPM) e Certified Information Privacy Technologist (CIPT).*

5.Como adequar as PME's a LGPD – Boas Práticas de Proteção de dados na Europa

A empresa especializada em segurança de informação "More It", em conjunto com a Associação Nacional de Profissionais de Privacidade de Dados – ANPPD, realizaram um Webinar[129] técnico em agosto de 2020, recomendando o modelo de boas práticas mais usado em todo mundo utilizando *o Privacy by designer,* framework construído pela canadense Ann Cavoukian, diretora executiva do Instituto de Privacidade e *Big Data* da Universidade de Ryerson, no Canadá.

5.1.1 *Privacy by Design*

A compreensão de *Privacy by Design*, ou "PbD", é uma concepção da Dra. Ann Cavoukian, diretora executiva do Instituto de Privacidade e *Big Data* da Universidade de Ryerson, no Canadá[130]. O *Privacy by Design* designa que todos os seus ciclos da metodologia de desenvolvimento de um produto ou serviço de uma entidade, devem obrigatoriamente ter a privacidade em primeiro lugar. Neste sentido, a compreensão de privacidade deve estar totalmente encastoada no projeto, e não se aplica a realizações onde a privacidade é discutida somente na fase final. O entendimento é que empresas que apliquem *Privacy by Design* nos projetos de desenvolvimentos de *software*, departamento de Tecnologia informação e comunicação (TIC)e planejamentos estratégicos ataviados com a ideia de privacidade, e não como algo à parte.

5.1.2 *Privacy by Default*

A ideia de *Privacy by Default* (privacidade por padrão) significa que um produto ou serviço, ao ser emitido no negócio, deve vir com os formatos de privacidade no modo mais restrito possível por padrão, e o titular deve conceder acesso à colheita de mais informações caso considere necessário.

A maioria das grandes empresas de tecnologia fazem justamente o contrário, ou seja, coletam o máximo de informações possíveis por padrão, mas permitem que o titular desabilite a coleta de dados. Caso *Privacy by Default* fosse aplicado, os aplicativos coletariam somente o necessário e permitiriam que o titular habilitasse a coleta de dados extras, caso acredite que isso fosse algo benéfico.

[129] A Lei Geral de Proteção de dados em seu Artigo 32 e também em seu Capítulo VII, faz um recorte sobre as boas práticas que devem ser adotadas para adequação desta legislação, o conteúdo também foi explanado no Webinar da More IT em parceira com ANPPD (Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados) trazendo esse treinamento de como adequar a LGPD e GDPR nas pequenas e médias empresas. O conteúdo ainda pode ser acessado pelo endereço: https://youtu.be/mYoD7S0mBGU

[130] Conteúdo retirado do Webinar de treinamento da More IT em parceira com a ANPPD (Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados) trazendo esse treinamento de como adequar a LGPD e GDPR nas pequenas e medias empresas aplicando *o Privacy By Designer. O* conteúdo ainda pode ser acessado pelo endereço: https://youtu.be/mYoD7S0mBGU

5.1.3 – Os princípios do *Privacy by Design*

Vale ressaltar que o conceito de *Privacy by Design* estabelece sete princípios, que são:

5.1.3.1. Proativo, não reativo. Prevenir, não remediar.

O *PbD* reconhece o valor de agir proativamente para antecipar, identificar e prevenir invasões antes que elas ocorram. O melhor é não esperar que riscos de privacidade cheguem a se materializar, e sim evitar que eles aconteçam.

5.1.3.2. Privacidade por padrão.

O conceito de *Privacy by Design* também engloba o *Privacy by Default*, e isso permite que em um sistema que se guie por essas regras, mesmo que um usuário não faça nada, sua privacidade continue intacta. Dessa forma, não é necessário desativar a coleta de dados extras, já que ela deve vir desativada por padrão.

5.1.3.3 Privacidade embutida no design.

A privacidade deve ser algo totalmente embutida no design, arquitetura de T.I. e práticas corporativas. Não é algo adicional ou complementar, mas faz parte integral de toda a estrutura do produto ou serviço.

Sempre que possível, relatórios de prováveis impactos e riscos devem ser criados e publicados, claramente documentando os riscos de privacidade e todas as medidas tomadas para mitigá-los.

5.1.3.4. Total funcionalidade.

Ao implementar privacidade em um produto ou serviço, ela deve ser feita de forma a somar funcionalidades ao projeto, e não prejudicar nenhuma funcionalidade.

As funcionalidades que conflitem com princípios de privacidade devem ser modeladas de forma criativa para que possam funcionar juntos.

5.1.3.5 Segurança ponta a ponta.

A privacidade deve ser continuamente protegida através de todo o ciclo de vida dos dados em questão.

A segurança dos dados deve estar em mente desde o planejamento até a execução, implantação e manutenção do projeto.

5.1.3.6 Visibilidade e Transparência.

A coleta, processamento e armazenamento de dados devem ser documentados de forma totalmente transparente, incluindo informações sobre a responsabilidade dos dados em caso de algum vazamento ou invasão.

5.1.3.7 Respeito pela privacidade do usuário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Deve ser sempre respeitada a decisão e a proteção dos dados do usuário, já que são propriedades dele. É necessário que haja consentimento no uso dos dados pessoais do usuário, com informações corretas e atualizadas conforme a necessidade. O usuário deve sempre ter acesso aos seus dados. É importante ressaltar que a LGPD não adotou os princípios de *Privacy by Design* ou *Privacy by Default* expressamente, mas traz alguns conceitos similares ao descrever medidas que as empresas devem tomar para proteção dos dados, ao estabelecer a necessidade de documentar a forma com que os dados pessoais são tratados e as medidas de proteção utilizadas.

Figura 01 – Ciclo de vida do Privacy by designer[131]

5.2 Ciclo de vida dos Dados na LGPD

Considerando as boas práticas advindas da GDPR na Europa e também o artigo 5° da Lei Geral de proteção de Dados Incisos I, II, III:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

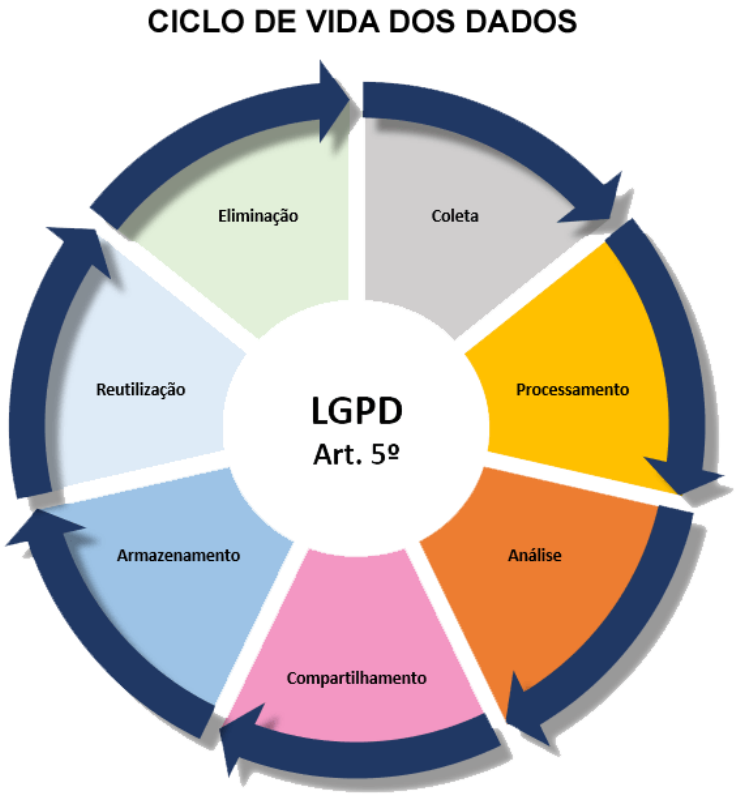
II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnico razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

[131] Figura do Ciclo de vida do *privacy by designer* e seus princípios apresentados no portal *Terms Feed* que pode ser acessado através do endereço: https://www.termsfeed.com/blog/privacy-design/

> *IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;*

Diante deste dispositivo e das boas práticas, entendemos da seguinte forma o ciclo de vida dos dados iniciando da coleta, conforme figura abaixo:



Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CICLO DE VIDA DOS DADOS		
FASE DO CICLO	**ANTES DA LGPD**	**COM A LGPD**
Coleta	Os dados pessoais são coletados indiscriminadamente.	Os dados pessoais coletados devem obedecer ao princípio da necessidade e da finalidade.
Processamento	Os dados podem ser processados sem um tratamento específico.	O processamento de dados só poderá ser realizado se o tratamento estiver enquadrado no Art. 7º da LGPD.
Análise	A análise de dados é feita para entender o mercado, conhecer o perfil das pessoas e definir estratégias para oferecer bens e serviços para o público-alvo.	A análise de dados deve levar em consideração a finalidade da coleta. Devem ser obedecidos os princípios de tratamento, com propósito legítimo, específico e explicito.
Compartilhamento	Os dados pessoais são compartilhados sem a necessidade do consentimento de seus titulares.	O compartilhamento de dados deve ser consentido pelos seus titulares.
Armazenamento	Os dados pessoais são armazenados e mantidos por tempo indeterminado.	Os dados pessoais devem ser armazenados e mantidos por prazos definidos, ou seja, até que finalidade seja alcançada ou deixem de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade.
Reutilização	Os dados pessoais são reutilizados sem a necessidade de consentimento de seus titulares.	Um novo consentimento deve ser solicitado sempre que houver mudança de finalidade.
Eliminação	Os dados pessoais são mantidos sem a obrigatoriedade de serem eliminados.	Os dados pessoais devem ser eliminados após o término de seu tratamento.

Figuras do Ciclo de vida dos dados analisados no contexto do artigo 5° da LGPD[132]

5.3 Principais diferenças e similitudes da GDPR com a LGDP

A privacidade e a proteção dos dados pessoais têm atingido cada vez mais espaço e magnitude no panorama mundial. A GDPR, lei europeia de proteção de dados, despertou pregressos para que no mundo inteiro os países prezem por fazer negócios valendo-se de dados pessoais concebidos por uma legislação que vise defender as pessoas. Isso faz que não haja nenhum excesso de dados, como houve no alvoroço da *Cambridge Analytica* em relação ao Facebook.

Não obstante, já que cada nação ou conglomerado de estados têm sua própria legislação, é corrente que estejamos hesitantes.

A LGPD e a GDPR são regulamentos de privacidade de dados e, como todo regulamento, seu texto é longo e detalhado. Mas, para facilitar o entendimento, elencamos as principais semelhanças e diferenças. São seis diferenças principais:

a) Território em que cada um é válido:

A LGPD será válida em todo o território brasileiro.

A GPDR é válida em toda a União Europeia.

b) Há quais titulares de dados se aplica a lei:

[132] Escopo e desenho coletado do portal XPOSITUM que pode ser visto em https://www.xpositum.com.br/ciclo-de-vida-dos-dados-e-lgpd

A LGDP se aplica a titulares naturais, ou seja, dados pessoais de pessoas físicas.

A GDPR é aplicável aos dados pessoais dos titulares dos dados, ou seja, os usuários. Podem ser clientes ou meros visitantes de um site.

c) A definição de dado pessoal:

Para a LGPD, dado pessoal é toda informação relacionada a uma pessoa identificada ou identificável. Existem informações que não te identificam pessoalmente, portanto você continua anônimo. Há outras, no entanto, que te identificam individualmente, como nome, e-mail e documentos pessoais.

Para a GDPR, tudo isso é dado pessoal. E há ainda duas categorias distintas: dados tornados públicos pelo próprio titular e dados relacionados a instituições sem fins lucrativos. Entre essas definições, de dados pessoais, anônimos ou não, há uma mais especial: dados sensíveis. A GDPR, ao contrário da LGPD, proíbe o uso de dados sensíveis, a não ser que esse uso esteja previsto em lei.

d) Quem trata os dados:

A LGPD e a GDPR, em seus respectivos territórios, se aplicam a todo tratamento de dados, com exceção do uso particular. Se é uma empresa, uma ONG ou uma instituição do governo, pouco importa: a lei se aplica.

e) Venda de dados pessoais:

Na LGPD e na GDPR, para que a venda de dados pessoais seja feita, é necessária uma base legal prevista na lei, não podendo ser realizado o serviço por qualquer pessoa.

f) Multas e penalidades

A GDPR e a LGPD e empregam multas e penas diferentes, por conseguinte, cada uma deve ser folheada em particular, avaliando, inclusive, o caso concreto.

g) Transparência sobre o uso de dados:

Os dois regulamentos preservam transparência conforme ao uso de dados: se estão sendo tratados, se podem ser vendidos e com que destino estas atividades são praticadas.

h) Faculdade de atualizar e eliminar dados

Os dois regulamentos consentem que os usuários revoguem a concessão dos dados, bem como abonam que ele consiga atualizá-los quando bem entender.

i) Autoridade responsável

Os regulamentos constituem uma autoridade oficial para salvaguardar que a lei seja efetivada. No caso da LGPD, é a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

5.4 Documentos que devem ser criados como boas práticas de adequação a proteção da privacidade de dados:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ressaltamos aqui, que embora citaremos alguns documentos que não são obrigatórios na LGPD[133], é uma boa prática construí-los, uma vez que tratando dados de estrangeiros que têm em seu país legislação de proteção de dados, em especial os da União Europeia, mesmo que os dados sejam tratados no Brasil, estes pertence a pessoa natural de outro país, portanto devendo ser considerado a legislação extraterritorial, em especial a GDPR.

a) Documentos mandatários na LGPD:

- ✓ Política de proteção de dados
- ✓ Aviso de privacidade
- ✓ Aviso de privacidade para funcionários
- ✓ Política de retenção de dados
- ✓ Cronograma de retenção de dados
- ✓ Formulário de consentimento do titular
- ✓ Formulário de consentimento dos pais
- ✓ Nomeação e descrição de cargo DPO

b) Documentos criados para atender as boas práticas da GDPR para aplicação <u>não</u> mandatárias na LGPD:

- ✓ Registro de inventário;
- ✓ Nomeação do DPO;
- ✓ Registros de AIPD (AIPD – Avaliação de Impacto na Proteção de Dados);
- ✓ Contrato de Processamento de dados do fornecedor;
- ✓ Procedimento de resposta e notificação de violação de dados;
- ✓ Registro de violação de dados;
- ✓ Formulário de notificação da violação de dados para autoridade supervisora.

6.Consequências jurídicas da não adequação da LGPD das PMEs

As consequências jurídicas para as PME's que não se adequarem à LGPD podem ser de multa de até 2% em cima do faturamento anual ou, no máximo, em R$50 milhões por infração. Mas há outras questões que, mesmo não sendo tão debatidas, podem influenciar nos negócios e prejudicar a empresa como um todo, como os problemas comerciais, visto que uma empresa que não cumpre a

[133] Orientações feitas pelo PhD Davis Alves, presidente da Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados no Webinar da More IT que pode ser visto no endereço: https://youtu.be/mYoD7S0mBGU

lei pode ter empecilhos com parceiros e clientes próximos. Isso acontece porque o consumidor final dos produtos e/ou serviços está cada vez mais criterioso, desconfiando de corporações que não contam com boas práticas internas.

O impacto com contatos internacionais será ainda mais severo, uma vez que, muitos países já estão em dia com o plano de proteção de dados. Podemos elencar também os riscos financeiros que, como observado na própria legislação, se tratam de uma penalidade mais grave para as empresas, que é a sansão aplicada de acordo com a violação ao que é previsto por lei. Entretanto, mesmo arcando com as sanções, não se adequar à LGPD pode trazer outros riscos financeiros, uma vez que pode impactar negativamente em todos os setores. Na perspectiva da governança, uma organização que não tem critérios de *compliance* pode vir a acabar com sua imagem e até mesmo falir.

Como dito em linhas volvidas, a penalidade com valores como os praticados na LGPD, que a princípio parecem exorbitantes e impraticáveis, já é uma realidade na Europa com a GDPR, onde ocorreu o caso da empresa Google, que foi multada pela CNIL por cinquenta milhões de euros por uso de dados pessoais. As consequências jurídicas da não adequação à LGPD estão expostas no Capítulo VIII, da fiscalização, Seção I – Das sanções administrativas. Dentre elas, destaca-se que, além das peculiaridades do caso concreto, deverá ser considerado também a boa-fé do infrator, a reincidência, a vantagem auferida ou pretendida e a cooperação do infrator. Entretanto, na base mesma desses argumentos, e por vezes se opondo a eles, a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, a adoção de política de boas práticas e governança e a pronta adoção de medidas corretivas transmitem não só à Autoridade Nacional, mas também aos consumidores, que a empresa pretende proporcionar o máximo de segurança em seus produtos e/ou serviços.

Destaca-se que, da mesma forma que a ANPD observa as peculiaridades de cada caso, o processo de *compliance* à LGPD também deverá ser personalizado para cada empresa, não sendo possível uma receita genérica para todos os segmentos. Caberá as empresas aproveitarem dessa lacuna abstrata que a lei proporciona em seu início para buscarem na doutrina e na jurisprudência – que também estão, de certa maneira, em fase educacional acerca do tema – conceitos que se acomoda melhor ao mercado consumerista e econômico.

7.Potencial aumento de demandas judiciais envolvendo titulares e operadores de dados:

A entrada em vigor da LGPD traz consigo algo que até então não era muito observado pelo senso comum, que é a importância de protegerem os seus dados pessoais, tendo em vista os riscos que a coleta, compartilhamento, tratamento e rastreio comportamental podem acarretar na vida de jovens, adultos, idosos e até mesmo crianças que já fazem uso de aparelhos eletrônicos. Outrossim, a conscientização das pessoas acerca do tema pode desenfrear uma disputa judiciária maçante, assim como já ocorre em outras searas consumeristas.

Nesse sentido, caberá às pequenas e médias empresas, que são maioria no país e não possuem grande capital para lidar com demandas que, em sua maioria, pretendem condenação em danos morais, pensar de forma estratégica para criar alternativas junto aos atores envolvidos – SENACON, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, Ministérios Públicos Federal e Estaduais, associações de defesa do consumidor, associações que tratem especificamente de proteção de dados, bem como a ANPD – possibilitando uma renovação nas políticas de defesa do consumidor sem que haja congestionamento judicial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Soma-se a isso a necessidade de implementação de resolução de conflitos não só com sanções, mas também com atividades educacionais, acessíveis e gratuitas, experimentando métodos extrajudiciais e administrativos, como a conciliação e mediação.

É interessante que os meios alternativos de solução de controvérsias sobre proteção de dados proporcionem não só o ressarcimento do consumidor ofendido, mas também sugestões de modificação dos procedimentos internos da empresa para que não se torne reincidente, evitando por exemplo a aplicação do artigo 52, V da LGPD. Ressalta-se que o intuito não é ferir o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, prevendo a necessidade de exaurimento de procedimento administrativo para que se reconheça o direito previsto em lei, apenas evitar o congestionamento do judiciário e dar ao consumidor uma resposta célere e amigável que não precisa ser imposta por sentença judicial.

De modo geral, esses mecanismos alternativos são estabelecidos por órgãos regulatórios, como a ANPD, em parceria com o poder judiciário, seguindo os princípios do contraditório e ampla defesa para possibilitar a negociação, mas figurando como fiscalizador de casos repetitivos e não necessariamente exercendo a função de resolução de conflitos.

E, partindo dessa premissa e tendo em vista que a lei é abarcada pela inovação do Direito Virtual e não exclui ou condiciona o acesso à justiça, mas estimula a autocomposição, devemos ter a tecnologia como meio prático para evitar o excesso de judicialização, implementando meios consensuais céleres e acessíveis. Temos como exemplo prático, inclusive, a plataforma consumidor.gov.br, formalizada através do Decreto nº 8.573/2015 e alterada pelo Decreto nº 10.197/2020, que é uma ferramenta pública gratuita, que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet, monitorada pela SENACON, Ministérios Públicos e da Justiça, Procons e Defensorias.

Haverá necessidade de se oferecer respostas rápidas e eficazes aos titulares de dados pessoais, colocando em evidência no mercado as empresas que preocupam-se em evitar os danos e/ou repará-los com agilidade, bem como os profissionais que atuam nas áreas do Direito e Tecnologia da Informação que buscam ideias inovadoras tal qual a lei criada.

8.O que as PME's devem fazer em caso de vazamento de dados

No campo teórico, o artigo 46 da LGPD dispõe que é dever dos agentes de tratamento – ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento – a adoção de medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

Pensando nisso, é recomendado que haja restrições de acesso, treinamento de funcionários, boa infraestrutura de Tecnologia da Informação, backups periódicos, dados criptografados, sistemas de softwares confiáveis desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução, bem como um Plano de Recuperação de Desastres (DRP — *Disaster Recovery Plan*).

Ademais, a ANPD precisa ser comunicada sobre o vazamento, conforme determina o Capítulo VII da LGDP que trata da Segurança e das boas práticas e, mais que isso, embora não seja uma exigência, mas à autoridade poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicáveis

as medidas de segurança, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis.

Embora a empresa esteja dentro dos padrões estabelecidos em lei, é importante saber lidar com possíveis incidentes, tendo em vista que os crimes virtuais vivem uma crescente devido a ampliação do mercado econômico digital.

Para que se mantenha um bom relacionamento com a ANPD e com os consumidores, o controlador deverá comunicar à Autoridade Nacional e ao titular dos dados a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante. A lei, contudo, em seu §1º do artigo 48 não indica qual o prazo razoável para que seja feita a comunicação, deixando a sua definição a cargo da Autoridade Nacional. Entretanto, sabe-se que a comunicação deverá mencionar, no mínimo: a descrição da natureza dos dados pessoais afetados; as informações sobre os titulares envolvidos; a indicação das medidas técnicas e de segurança utilizada para a proteção dos dados, observados os segredos comercial e industrial; os riscos relacionados ao incidente; os motivos da demora, no caso de a comunicação não ter sido imediata e as medidas que foram ou que serão adotadas para reverter ou mitigar os efeitos do prejuízo.

É competência da Autoridade Nacional verificar a gravidade do incidente e tomar medidas para salvaguardar os direitos dos titulares, bem como buscar a reversão e mitigação dos prejuízos. Outrossim, também ficará incumbida de avaliar eventuais medidas técnicas tomadas pela empresa, bem como os sistemas e estruturas utilizadas para o tratamento dos dados. Por isso nunca é demais ressaltar a importância de atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos na lei e às demais normas regulamentares, conforme disposto no artigo 49 da LGPD.

Alinhados as essas diretrizes, o controlador e/ou operador que for considerado responsável pelo dano patrimonial, moral, individual ou coletivo após procedimento administrativo pautado nos princípios do contraditório e ampla defesa deverá ser obrigado a repará-lo nos parâmetros e critérios elencados no artigo 52 da LGPD. Portanto, é importante que se demonstre boa-fé, coopere com as autoridades competentes, adote políticas de boas práticas e governança, bem como mecanismos capazes de minimizar ou reparar os danos.

Por fim, além de se preocuparem com a responsabilidade solidária e o direito de regresso no ressarcimento dos danos, os agentes de tratamento devem se ater as exceções trazidas no artigo 43 da lei.

> *Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:*
>
> *I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;*
>
> *II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou*
>
> *III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.*

Por conseguinte, está cada vez mais importante a introdução de profissionais capacitados no ramo da Tecnologia da Informação e Direito Digital para resguardar a empresa e deixá-la em evidência não só à Autoridade Nacional, mas também aos consumidores e parceiros multinacionais que já estão mais avançados na adaptação imposta pela GDPR.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

9.Conclusão

A Lei Geral de Proteção de dados LGPD vai trazer profundas transformações em matéria de proteção dos dados pessoais no Brasil, acarretando impactos para inúmeras empresas – de pequeno ou grande porte – e também para outras instituições, inclusive para a Administração Pública. Apesar da ampla vacância estabelecida – originalmente, de dezoito meses, depois na tentativa fracassada de postergar sua vacância pelo Governo do presidente Jair Messias Bolsonaro, através da MP959/2020 que tentou estender o prazo para maio de 2021 para as vigências e agosto de 2021 para o início das aplicações de penalidades. O governo negociou inicialmente com o congresso uma data que atendia ambos os interesses: 31 de setembro de 2020. O cenário de crise política, econômica e sanitária que se ilustra o estado brasileiro, fez com que o Senado desfizesse o acordo com o governo, deixando a MP 959/2020 caducar, ou seja, não sendo convertida em lei, logo sua eficácia iniciou nos 15 dias uteis subsequentes, no caso, dia 18 de setembro de 2020, tento sido no mês posterior feito as nomeações para composição e regulamentação da ANPD para execução da LGPD já em 2020 e bem antes do acordado anteriormente entre governo e congresso.

Nessa direção de aplicação da LGDP já em 2020, levanta vários questionamentos sobre a adequação tanto do mercado quanto da administração pública a legislação aprovada em 2018. Outro ponto que chama atenção, é sobre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, que foi composta por indicações do presidente Jair Messias Bolsonaro por cinco nomes, três deles, militares ligados à sua família, o que coloca em discussão a autonomia e parcialidade da ANPD.

Nesse contexto, baseamos este artigo nos modelos já utilizados na Europa com a GDPR e no que vem sendo considerado boas práticas de segurança da informação e de proteção de dados em todo mundo, como o *framework Design by privacy*.

Por fim, torna-se absolutamente relevante que as pequenas e médias empresas, assim como a administração pública, devem se adequar à nova legislação, não apenas para evitar penalidades, mas também para garantia da proteção dos dados pessoais, hoje com status de direitos fundamentais pelo ONU, promovendo maior segurança jurídica, proteção dos direitos dos titulares e correlação de forças no mercado.

10.Referência bibliográfica

BRASIL. Lei complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006. **Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm >. Acesso em: 10 de maio de 2020

BRASIL. Lei N°13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm >. Acesso em: 10 de maio de 2020

ANPPD – Associação Nacional de Profissionais de Proteção de Dados. **Pareceres Técnicos**. Disponível em: < https://anppd.org/pareceres-tecnicos > Acesso em: 10 de maio de 2020

CFA – Conselho Federal de Administração. **Ancoras da Economia**. Disponível em: < http://www.cfa.org.br/ancoras-daeconomia > Acesso em 10 de maio de 2020.

PRIVACY virtuoso. ***Privacy By Design***. Disponível em: < https://privacyvirtuoso.com/privacy-design.php > Acesso em 10 de abril de 2020.

MORE IT. **LGPD - Como as PMEs devem enxergar a adequação?**. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=mYoD7S0mBGU > Acesso em 16 de abril de 2020.

CONJUR, Consultor Jurídico. **Postergação da vigência da LGPD: um remédio necessário?** Disponível em < https://www.conjur.com.br/2020-mai-01/direito-civil-atual-postergacao-vigencia-lei-geral-protecao-dados-remedio-necessario > Acesso em 20 de junho de 2020.

CÂMARA dos deputados. **Medidas Provisórias – Relatoria, obstrução e prazo final.** Disponível em < https://www.camara.leg.br/internet/lideres/MedidasProvisorias.pdf > Acesso em 20 de junho de 2020.

SEBRAE. **Micro e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil.** Disponível em <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD> Acesso em 10 de abril de 2020.

CNIL. **The CNIL's restricted committee imposes a financial penalty of 50 Million euros against GOOGLE LLC**. Disponível em: < https://www.cnil.fr/en/cnils-restricted-committee-imposes-financial-penalty-50-million-euros-against-google-llc > Acesso em 20/06/2020.

FOLHA. **França multa Google em 50 milhões de euros por uso de dados pessoais**. Disponível em < https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/01/franca-multa-google-em-50-milhoes-de-euros-por-uso-de-dados-pessoais.shtml > Acesso em 20/06/2020.

CONGRESSO de proteção de dados. **Os princípios do Privacy by designer**. Disponível em:<https://www.congressodeprotecaodedados.com.br/2019/ppt2019/2.1_PPT_WKS_%20PRIVACY%20AND%20SECUTIRY.pdf > Acesso em 20/06/2020.

BRASIL, Decreto nº 10.474**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10474.htm> Acesso em 20/10/2020.

CALIFORNIA Legislative Information. **California Consumer Privacy Act**. Disponível em <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?division=3.&part=4.&lawCode=CIV&title=1.81.5 > Acesso em 20/10/2020.

INTERSOFT Consulting. **General Data Protection Regulation GDPR**. Disponível em: < https://gdpr-info.eu/ > Acesso em 20/10/2020.

TERMS Feeds. **Privacy by Design**. Disponível em: < https://www.termsfeed.com/blog/privacy-design/ > Acesso em 01/11/2020.

BRASIL, Congresso. **Inteiro teor PEC 17 Proposta de Emenda à Constituição**. Disponível em:< https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757 > Acesso em 01/11/2020.

XPOSITIUM. **Ciclo de Vida dos Dados e LGPD**. Disponível em: < https://www.xpositum.com.br/ciclo-de-vida-dos-dados-e-lgpd > Acesso em 01/11/2020.

www.conteudojuridico.com.br

A LAVAGEM DE CAPITAIS NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

LUCAS COUTINHO BORIN: Bacharel em Direito pela Instituição de Ensino Superior de Brasília (IESB); Pós-graduando em Direito Penal e Controle Social;

RESUMO: Paulatinamente se tem discutido acerca da extensão do sigilo entre advogado e cliente quando se está diante de uma suposta prática de lavagem de dinheiro. Caberia ao profissional, quando no exercício de seu mister, violar a confiança nele depositada e informar as autoridades competentes a respeito da suposta prática? A questão, de relevantes considerações práticas, passou a ser amplamente debatida após a publicação da Lei nº 12.683/2012, o qual acrescentou na Lei nº 9.613/98 o dever dos profissionais que prestam consultoria ou assessoria (e outras atividades similares) em informar a Unidade de Inteligência Financeira do Brasil a respeito de tais práticas. Portanto, busca-se com este trabalho estudar se as obrigações são válidas ou não, bem como estudar as consequências dos advogados que auxiliam na prática de branqueamento ou recebem como contraprestação honorários maculados.

Palavras-chave: Lavagem. Advocacia. Criminalização**.**

ABSTRACT: Gradually it's has been discussed about lawyers and client's secrecy when it is faced to be helping cover money laundering activities. Could the professional, exercising its job, violate the trust of his client and inform the legal authorities about the supposed laundering? This question, with applicable practical considerations, became wide discussed after the publication of the Law nº 12.683/2012, which complemented the Law nº 9.613/98 the obligation to consultive or advisory professionals (and other resembling activities) to inform the Brazilian's Unit of Final Intelligence about supposed money laundering practices. Therefore, this article pretends to study either these obligations are lawful or not, as well as study its consequences to lawyers who help their clients perform money laundering or lawyers who receives its fees stained by money laundering activities.

Keyword: Laundering. Advocacy. Criminalization.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A LAVAGEM DE CAPITAIS PELOS ADVOGADOS; 2.1 O DEVER DE SIGILO DO PROFISSIONAL; 2.3 DOS HONORÁRIOS MACULADOS; 3 DO DIREITO COMPARADO; 3.1 DA EXPERIÊNCIA DO CANADÁ; 3.2 DA EXPERIÊNCIA ESPANHOLA; 4 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4841; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com levantamento de dados e pesquisas integradas, estima-se que seja lavado, anualmente, 2% a 5% do PIB mundial, conforme dados divulgados pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. Os efeitos econômicos decorrentes da prática da atividade fomentam nefastas consequências ao plano econômico-social de um país, especialmente em um plano macroeconômico onde atinge diretamente os índices

inflacionários, desdobrando-se em relevante fator prejudicial para o desenvolvimento socioeconômico e cultural de um país.

Com o intuito de reprimir a prática ilícita, em 14 de julho de 1989 o G7 se reuniu em Paris organizando a Financial Action Task Force – FATF (também conhecido como Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro e Financiamento do Terrorismo – GAFI/FATF), precipuamente designada para combater a prática crescente de lavagem de dinheiro, conduta criminosa que vinha sendo comumente utilizada por traficantes de drogas e mafiosos. A força tarefa ficou mundialmente reconhecida pelas 40 recomendações expedidas instruindo formas de combate e repressão à lavagem de capitais, posteriormente sendo adotada mais 9 recomendações.

As medidas de combate estudadas pela entidade são encontradas em diversos países, em razão de sua aplicabilidade prática que demonstrou apta a combater efetivamente a lavagem de dinheiro, bem como prevenir a conduta pelos variados agentes e grupos criminosos.

Observando que todas as atividades voltadas ao comércio de assessoria, consultoria, auditoria, aconselhamento etc. estão suscetíveis a fornecer substratos na prática do ilícito e possível mascaramento da prática, buscou o Gafi estabelecer as mais variadas recomendações à todos que estão suscetíveis em contribuir para a prática, ainda que de forma eventual, indireta ou culposa, atingindo classes cuja essência se naturaliza no dever jurídico de sigilo entre o cliente e o profissão, a exemplo dos advogados.

Evitando que os profissionais de consultoria jurídica fornecessem os subterfúgios idôneos ao cometimento do ilícito, seja de forma direta – agindo com a intenção de auxiliá-lo ou produzir o resultado – ou indireta – agindo de forma negligente, imprudente ou com imperícia – no decorrer de suas atribuições.

Fora com base na Recomendação nº 23 do Gafi que o legislador brasileiro se inspirou ao editar e publicar a Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, impondo a todos os profissionais que atuam, mesmo que de forma eventual, nas atividades de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência o dever de comunicar as autoridades competentes quando houvesse a suspeita da ocorrência de uma possível lavagem de dinheiro por seus clientes, ensejando multa o seu não cumprimento.

Assim, discute-se a respeito da extensão desta obrigação legal aos advogados, posto que, ainda que genericamente, os elementos descritos na norma em questão, abrange homogeneamente as atividades especializadas dos advogados, quais sejam a consultoria e assessoria jurídica, sabido de que o respectivo profissional, para o regular exercício da profissão, se mantem em uma relação de estrita confiança com seu tomador.

Ante o exposto, o presente trabalho abordará teoricamente os pontos precípuos no exercício da advocacia e a sua comunicação com a possível prática do ilícito de lavagem de capitais, discorrendo sobre eventual contrariedade a respeito do dever legal de confidencialidade, abrangendo a extensão da obrigação do inciso XVI do parágrafo único do art. 9º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, bem como a possível lavagem de capitais pelo próprio advogado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2 A LAVAGEM DE CAPITAIS PELOS ADVOGADOS

Preliminarmente, o crime de lavagem de bens, direitos ou valores encontra-se previsto no art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, possuindo a seguinte redação:

> Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Desta forma, o agente que busca ocultar ou dissimular a origem do bem, de forma dolosa, visto que o elemento subjetivo do tipo penal não prevê a modalidade culposa ante a ausência da disposição normativa, enquadrar-se-á no tipo penal em comento, praticando a infração de lavagem de bens.

O tema em questão triparte-se em três situações distintas: (a) a primeira é quando o agente não deseja praticar os elementos objetivos do tipo ou concorrer para a prática, porém se encontra em relação de dúvida sobre a obrigação em informar ao Órgão Público competente sobre as operações suspeitas; (b) a segunda é percebida quando o profissional concorre para a prática da infração penal ou venha ele mesmo a realiza-la; e (c) por último, haverá a hipótese em que o profissional não deseja praticar a infração, mas vem a prestar serviços àqueles que o cometeram e acabam por ser remunerados com o proveito do crime, também conhecido como honorários maculados. (ESTELLITA *et al*, 2016, p. 11)

2.1 O DEVER DE SIGILO DO PROFISSIONAL

Na esteira do artigo *supra*, a legislação trouxe em seu art. 9º, parágrafo único, o rol dos agentes obrigados a prestar toda informação que venha obter sobre a possível lavagem de capitais ao Poder Público, determinando em seu inciso XIV a obrigação às “pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações” (BRASIL, 2012).

As operações a qual o inciso se refere são elencadas logo em seguida, sendo-as:

> a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;
>
> b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;
>
> c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;
>
> d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;
>
> e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e
>
> f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;

O enfoque se encontra nas palavras consultoria e assessoria, visto que a Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da OAB - EOAB), em seu inciso II do art. 1º estabelece que serão atividades privativas do advogado as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

Indaga-se a extensão da norma contraposta ao art. 1º, II do Estatuto da OAB, visto que ela não se limitou a estabelecer quais atividades de consultoria, assessoria, contadoria etc. que recairá o dever de prestar as eventuais informações que venham a obter de seus clientes.

Têm-se, portanto, dois fatores importantes a serem considerados: a. considerando a advocacia como uma das atividades obrigadas a informar, poderá incorrer nas penalidades previstas na legislação; b. se não considerar a advocacia como atividade obrigada a prestar os esclarecimentos, legitima-se uma possível atividade de consultoria ou assessoria aos criminosos em como promover a lavagem de capitais.

Na primeira consideração se percebe a existência de uma antinomia, pois há direito em conflito, eis que o advogado é obrigado a guardar o sigilo das informações que venha a receber dos clientes, consoante determinação legal da norma do inciso II do art. 7º do Estatuto da OAB, vindo a incorrer nas penas do delito previsto no art. 154 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal - CP), cuja rubrica se destaca como "Violação do segredo profissional", quando o profissional divulga o segredo de seu cliente.

Neste sentido, deverá o operador do direito lançar mão dos critérios de solução da antinomia, quais sejam os critérios hierárquico, cronológico e especial, com o escopo de por fim ao conflito, pois se agir será punido, porém em sua omissão incorrerá também em penalidades.

Apresenta-se um dos principais complicadores à resolução do conflito, posto que pelo critério cronológico, prevalecerá o dever do advogado em comunicar o Poder Público, em específico o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, sobre a possível ilicitude de seu cliente. Contudo, considerando-se esta como norma geral (art. 9º, parágrafo único, XIV, Lei nº 9.613/98), a resolução se faz pelo critério da especialidade, em razão da norma do art. 7º, II, do EOAB ser especial em equiparação àquela, afastando-se o dever do profissional em comunicar o órgão público.

A questão importa na prática, pois haverá responsabilidade administrativa se adotar a hipótese da obrigação ao profissional jurídico em informar ao órgão público competente, ensejando as penalidades listadas pelo art. 12 da Lei nº 9.613/98:

> I - advertência;
>
> II - multa pecuniária variável não superior:
>
> a) ao dobro do valor da operação;
>
> b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> c) ao valor de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);
>
> III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º;
>
> IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

Mesmo não possuindo caráter vinculativo, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao julgar a apelação cível nº 2007.34.00.004227-1, entendeu que a assessoria por escritórios de advocacia em compra e venda de imóveis não se considera atividade típica de advogados, impondo-lhes o dever de comunicar ao COAF eventuais suspeitas de lavagem de capitais.

Na ocasião, discutia-se acerca da aplicabilidade das disposições do parágrafo único do art. 1º da Resolução nº 14/2006 do COAF, a qual determina que pessoas jurídicas que exerçam atividade de compra e venda de imóveis deverá informar ao órgão público eventuais suspeitas da prática de branqueamento de capitais, previstos no art. 1º da Lei nº 9.613/98.

> Art. 1º Com o objetivo de prevenir e combater os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, conforme estabelecido na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, regulamentada pelo Decreto nº 2.799, de 8 de outubro de 1998, as pessoas jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis deverão observar as disposições constantes da presente Resolução.
>
> Parágrafo único. Enquadram-se nas disposições desta Resolução, dentre outras, as seguintes pessoas jurídicas que exerçam as atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis em caráter permanente ou eventual, de forma principal ou acessória, cumulativamente ou não:
>
> I. Construtoras;
>
> II. Incorporadoras;
>
> III. Imobiliárias;
>
> IV. Loteadoras;
>
> V. Leiloeiras de imóveis;
>
> VI. Administradoras de bens imóveis; e
>
> VII. Cooperativas habitacionais.

O magistrado, no julgamento do *mandamus*¸ entendeu que a palavra "dentre outras" indicava que o rol previsto no ato administrativo o declarava meramente exemplificativo,

razão pela qual incide a obrigação dos escritórios de advocacia em providenciar a emissão das informações das operações aos COAF, em virtude de não ser atividade típica de advogado. O tribunal, ao julgar a apelação, manteve a sentença, consubstanciando o entendimento do magistrado. Neste sentido, cite-se o aresto:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. ASSESSORAMENTO PARA COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS. COMUNICAÇÃO DE OPERAÇÕES SUSPEITAS DE LAVAGEM DE DINHEIRO E OCULTAÇÃO DE ATIVOS. ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO DA RESOLUÇÃO N. 14/2006, DO CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF). INCIDÊNCIA. 1. As sociedades de advogados, no exercício de atividades de assessoramento para compra e venda de imóveis não realizam atividade típica da advocacia, não se aplicando, nessa hipótese, a cláusula de inviolabilidade prevista na Constituição Federal (art. 133) e na Lei n. 8.906/1994 (art. 2º, § 3º). Não há óbice, desse modo, a que se submetam às disposições da Resolução n. 14/2006 do COAF. 2. "Sociedade de advogados, no exercício de atividades de assessoramento para compra e venda de imóveis, submete-se à Resolução-COAF n. 14/2006, ante os termos do seu art. 1º e parágrafo único. O sigilo previsto no Estatuto da Advocacia não alcança atividades que não são típicas dos advogados, as quais vêm previstas no seu art. 1º" (Parecer do MPF). 3. Sentença confirmada. 4. Apelação desprovida.
>
> (AMS 0004182-05.2007.4.01.3400, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 20/04/2010 PAG 243.)

A questão tem relevo prático, pois retira-se da norma da alínea a do inciso XVI do art. 9º da Lei nº 9.613/98 a mesma obrigação contida na então Resolução nº 14/06 do COAF, ou seja, a obrigação daqueles que promovem assessoria, consultoria, auditoria, contadoria, aconselhamento ou assistência em operações de compra e vendas de imóveis.

Com isso, de acordo com o entendimento supramencionado, as sociedades simples de advogados estariam obrigadas a fornecer eventuais informações ao COAF, sob pena de incorrer nas multas cominadas pela respectiva lei.

Questão de difícil pacificação, posto que a obrigação imputada poderá refletir diretamente nas atividades advocatícias quando ligadas à eventuais litígios, ou seja, quando envolver assessoramento ao cliente para promover operação de compra e venda de imóveis com o intuito de evitar litígios, a exemplo dos advogados contratualistas que confeccionam os contratos de compra e venda ou de sua promessa (observado o imperativo legal do art. 108 do Código Civil).

Chamado a manifestar-se, decidiu o Órgão Especial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que as obrigações atribuídas aos profissionais de consultoria e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

assessoria no inciso XIV do parágrafo único do art. 9º não vinculam os advogados, pois inviável admitir que a norma geral revogue a norma especial, sendo esta última o dever de sigilo imposto pelo art. 7º, II, do EOAB. A consulta ficara com a seguinte ementa:

> Consulta n. 49.0000.2012.006678-6/OEP. Assunto: Consulta. Lei n. 12683/2012. Lei de Lavagem de Dinheiro. Aplicabilidade ou não aos advogados e sociedades de advogados. Consulente: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Relatora: Conselheira Federal Daniela Rodrigues Teixeira (DF). Ementa n. 076/2012/OEP: Lei 12.683/12, que altera a Lei 9.613/98, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Inaplicabilidade aos advogados e sociedades de advogados. Homenagem aos princípios constitucionais que protegem o sigilo profissional e a imprescindibilidade do advogado à Justiça. Lei especial, Estatuto da Ordem (Lei 8.906/94), não pode ser implicitamente revogado por lei que trata genericamente de outras profissões. Advogados e as sociedades de advocacia não devem fazer cadastro no COAF, nem têm o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhe foram entregues no exercício profissional. Obrigação das Seccionais e Comissões de Prerrogativas Nacional e estaduais de amparar os advogados que ilegalmente sejam instados a fazê-los. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Pleno do CFOAB, por unanimidade, em conhecer e responder à consulta, nos termos do voto da Relatora, parte integrante deste. Brasília, 20 de agosto de 2012. Alberto de Paula Machado - Presidente. Daniela Rodrigues Teixeira - Relatora. (DOU. 23.08.2012, S. 1, p. 71)

Desta forma, em regra, não se atribui ao advogado a responsabilização jurídica pelo não cumprimento do dever legal de informar ao COAF acerca de supostas irregularidades nas operações elencadas pelo inciso XIV do parágrafo único do art. 9º da Lei nº 9.613/98, em razão do fato de não lhe ser possível exigir a quebra da confiança depositada ao advogado pelo cliente, em razão de lhe ser determinado constitucionalmente (art. 133 da Constituição Federal), legalmente (art. 7º, II, do EOAB) e administrativamente (art. 35 do Código de Ética e Disciplina da OAB).

2.2 DA RESPONSABILIDADE PENAL

Apesar de ser imune, em regra, quanto à obrigação em informar ao COAF acerca de supostas irregularidades cometidas pelos clientes, difere a situação quando os profissionais jurídicos decidem, com liame subjetivo, auxiliar seu cliente em como lavar promover a operação de branqueamento de bens ou direitos.

Ao advogado não se veda a consultoria jurídica ou mesmo assessoria àqueles que cometem operações ilícitas com o intuito de promover a lavagem dos bens, sendo, contudo, inadmissível que oriente ao cliente subterfúgios jurídicos aptos a auxiliá-los em sua prática delituosa. Estaria agindo contrário aos deveres inerentes à sua profissão, pois deve o causídico se abster de praticar atos que atentem contra a ética, moral, honestidade e à pessoa humana,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

confronte art. 2º, VII, "c" do Código de Ética e Disciplina da OAB, bem como nos incisos XVII e XVIII do art. 34 do EOAB.

Por não haver tipo penal específico, nem tampouco haverá participação, em regra, caso o advogado se preste a fornecer as informações solicitadas pelo cliente, não restará nenhuma responsabilidade penal a ser cobrada. No entanto, por óbvio, caso o advogado, aderindo ao desígnios do cliente, auxilia-o em como realizar a conduta prevista no art. 1º da Lei nº 9.613/98, restará sua autoria ou participação, a depender do caso.

Como bem destacado com Pierpaulo Cruz Bottini (2014), "caso viole as normas de cuidado e tenha dolo de colaborar com o crime, será punido, ao menos a título de participação". E mantem o citado autor que se o ato praticado pelo advogado contribuir para o crime de lavagem, haverá participação na prática do crime, se houver o dolo do profissional em colaborar com o agente.

No mesmo sentido, apesar do art. 133 da Constituição Federal conhecer a importância da advocacia para a administração da justiça, nada impede que haja a responsabilização criminal deste quando estiver possibilitando que o cliente promova a lavagem de dinheiro, pois não estará respaldado pelo exercício regular de sua profissão, mas sim contribuindo e concorrendo com o delito previsto. (ESTELLITA *et al*, 2016, p. 153)

Desta forma, configura-se a coexistência da responsabilidade administrativa e criminal em face do profissional.

Em razão do princípio da culpabilidade adotado no Direito Penal, não haverá qualquer responsabilidade objetiva. Desta forma, caso o advogado preste a consultoria ignorando a situação de fato que ensejou a busca do cliente pelas informações, não poderá haver qualquer penalização daquele, visto que não agiu com a vontade em praticar ou verbo núcleo do tipo (dolo) e que o tipo penal não prevê a modalidade culposa.

2.3 DOS HONORÁRIOS MACULADOS

Hodiernamente tem ganhado holofote o dissenso sobre os honorários dos advogados quando assessoria o cliente acusado de praticar o ilícito de branqueamento de capitais. A discussão possui inúmeros relevos práticos, visto que paulatinamente tem sido admitida a teoria da cegueira deliberada pelos Tribunais, a qual busca imputar a prática do crime de branqueamento aos profissionais quando estes, buscando ignorar a origem do dinheiro, os aceita.

Preliminarmente, entende-se por honorários maculados o pagamento ao profissional, à título dos serviços prestados ao cliente, com os proveitos da infração praticada. É o caso de, *v.g*, o indivíduo ser acusado da prática de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006) promover o pagamento ao seu procurador com o dinheiro que obteve no decorrer da prática do ilícito.

A discussão se divide em duas vertentes: a. não haverá ilícito penal o simples fato de ter o advogado recebido honorários maculados; e b. que o honorário pago, em decorrência de ser possivelmente fruto do ilícito, enseja a responsabilização do profissional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para a primeira haverá um sério comprometimento econômico-financeiro ao profissional, uma vez que a advocacia precipuamente é exercida privativamente, ou seja, o profissional recebe diretamente do cliente a sua renda. Também se discute sobre o possível cerceamento das atividades e o direito de defesa do acusado, posto que apesar de cometido o ilícito penal, tem constitucional direito a uma defesa técnica (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

Conforme bem retratado por Sanchez Rios (2010, p. 145),

> Ao se adentrar em uma sucinta interpretação dogmática do tipo penal de lavagem em vigor em nosso direito positivo (Lei nº 9.613/98), depara-se com os aspectos dissonantes, pois a atuação do profissional, conforme tradicional entendimento, demandaria um elementar subjetivo especial – receber para ocultar ou dissimular – e quem presta efetivo serviço profissional não oculta nem dissimula. Essa perspectiva da ação neutra do advogado ao receber honorários maculados encontraria, no âmbito, da solução do dolo, a restrição da incidência do tipo penal da lavagem, recebendo respaldo dogmático e político criminal (pois manteriam-se as prerrogativas do defensor do livre exercício da profissão).

Ocorre que, diante do princípio da legalidade estrita (art. 1º do Código Penal e art. 5º, XXIX, da Constituição Federal), não haverá crime se não houver sanção prevista em lei. Desta forma, o mero fato de receber seus honorários, cuja origem é ilícita, não configura, *per si*, crime. Deve haver a intenção do advogado em praticar o verbo núcleo do tipo, isto é, ocultar ou dissimular a origem, natureza, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

A segunda hipótese reconhece o sancionamento do profissional que recebe o capital fruto do ilícito praticado, respondendo pelo seu branqueamento nos termos do art. 1º da Lei nº 9.613/98. Para esta vertente, haverá a responsabilização do indivíduo que, possuindo capacidade em saber qual a precedência do dinheiro, busca ignorá-la para evitar possível responsabilização. Esta hipótese vem paulatinamente ganhando espaço tanto na teoria quanto na prática, em razão da adoção da teoria da cegueira deliberada, supramencionada.

Historicamente, a teoria ganhou seus contornos em 1861, quando pela primeira fora mencionada no julgamento do caso Regina v. Sleep. Na ocasião, Sleep fora acusado de desfalcar bens públicos. Alegou em sua defesa que não sabia a origem dos bens, tendo, no entanto, sido condenado pelo júri. Ocorre que o juiz Willes o absolveu sob a alegação de que o júri não teria certeza se o homem de fato conhecia a origem dos bens públicos ou se ele deliberadamente procurou desconhecê-la (ROBBINS, 1990).

Conforme bem destacado por Robbins (1990), “this comment suggests that, with sufficient evidence, the court would have upheld conviction for deliberate ignorance in lieu of actual knowledge”.

Com base nesse julgamento, em 1875 tornou a ser aplicado no julgamento do caso *Bosley v. Davies*, em que considerou culpado Davies pela prática ilícita de jogos em suas

instalações hoteleiras, aplicando-se-lhe o que seria posteriormente a teoria da cegueira deliberada ao afirmar que apesar de ser necessário o conhecimento da imputação, era possível exigir o conhecimento destes pelo réu, condenando-o sob este fundamento. (ROBBINS, 1990)

No Brasil, a teoria foi aplicada pela primeira vez no julgamento da ação penal nº 2005.81.00.014586-0. Na presente ação, o Ministério Público Federal imputou aos sócios de uma concessionária a prática de lavagem de capitais decorrente da compra de 11 (onze) automóveis em espécie por um dos autores do crime conhecido como "assalto ao banco central". Na sentença, o juiz da 11ª Vara da Federal do Ceará entendeu que apesar de não saber sobre a origem dos bens, era possível suspeitar de sua origem, aplicando a teoria da cegueira deliberada. Posteriormente, a Segunda Turma Criminal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sede de apelação, absolveu os acusados sob o fundamento de que não havia previsão legal da referida teoria, bem como estaria violando o princípio da culpabilidade, o qual veda a responsabilidade objetiva no Direito Penal. Neste sentido:

> [...]2.4- Imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (willful blindness), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n.º 9.613/98. O inciso II do § 2.º do art. 1.º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do § 2º.
> (PROCESSO: 200581000145860, ACR - Apelação Criminal - 5520, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 09/09/2008, PUBLICAÇÃO: DJ - Data::22/10/2008 - Página::207 - Nº::205)

Aponta-se, contudo, que a teoria tomou seus contrastes no Brasil quando do julgamento da Ação Penal nº 470 (vulgarmente conhecida como Mensalão) no Supremo Tribunal Federal, o qual destacou o relator que:

> (…) Pode-se identificar na conduta dos acusados-beneficiários, especialmente dos parlamentares beneficiários, a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada. Para o crime de lavagem de dinheiro, tem se admitido, por construção do Direito anglo-saxão, a responsabilização criminal através da assim denominada doutrina da cegueira deliberada (willful blindness doctrine).

Por óbvio, haverá lavagem quando o escritório é contratado para prestar determinado serviço jurídico a determinado preço, o qual, porém, vem a posteriormente repassar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

percentual dos valores obtidos ao prestador (cliente), havendo claro indícios do cometimento do delito previsto no art. 1º da Lei n 9.613/98.

3 DO DIREITO COMPARADO

Convém retratar, de forma sincrética, a experiência em outros países que já debateram - e ainda debatem - sobre a atividade advocatícia em estrita ligação à lavagem de capitais. Importante se faz da lição dos países como Canadá e Espanha, posto seus interessantes desdobramentos e posições tão antagônicas nas decisões tomadas a respeito do assunto.

3.1 DA EXPERIÊNCIA DO CANADÁ

Ademais, em pertinência ao tema, convém destacar que no ordenamento jurídico brasileiro não se depreende quaisquer imposições legislativas ou normativas restringindo o percebimento dos honorários advocatícios, tampouco a forma de os auferir, como feito pelo Canadá. A experiência ali constatada em muito se assemelha à atual vivida em atualmente. Por ocasião da promulgação do Proceeds of Crime (Money Laudering) and Terrorist Financing Act, de 29 de junho de 2000, assentou-se o entendimento que a obrigação estipulada em seu item 5, acerca das pessoas obrigadas a repassarem as devidas informações quando houvesse suspeitas de lavagem de direito, se estendia aos advogados diante da redação contida nos itens 5(i) e 5(j), o qual determina:

> 5 This Part applies to the following persons and entities:
>
> (i) persons and entities engaged in a prescribed business, profession or activity;
>
> (j) persons and entities engaged in a prescribed business or profession, while carrying out a prescribed activity;

Deste modo, a Federation Of Law Societies of Canada ajuizou representação na Supreme Court of British Columbia134, solicitando a declaração da inconstitucionalidade da obrigação em face dos advogados, o qual posteriormente fora reconhecida a inconstitucionalidade, sendo um de seus argumentos a de que haveria clara violação ao sigilo entre o profissional, bem como o de que a imposição das obrigações deveria ser realizada pelo Conselho de Classe competente. (ESTELLITA *et al*, 2016, p. 99 e 104)

Neste sentido, com o escopo em evitar a lavagem de dinheiro por parte dos advogados, a Law Society of British Columbia (órgão semelhante às seccionais da Ordem dos Advogado do Brasil), estabeleceu as regras que ficaram conhecidas como “No cash rule” (na tradução livre, regra do sem dinheiro), a qual basicamente consiste na proibição imposta aos membros da classe, seja os profissionais liberais ou as sociedades advocatícias, em receberam ou aceitarem mais que $7,5 mil em espécie em suas transações, bem como limitou a $1 mil – reitera-se ser imprescindível que seja em espécie o montante - o reembolso de despesas em determinadas situações. A “No cash rule” fora posteriormente adotada pela

134 Supreme Court of British Columbia. Federation of Law Societies of Canada v. Canada (Attorney General), 2011 BCSC 1270.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Federation of Law Societaties of Canada e demais seccionais representativas do conselho de classe, com exceção do Quebec, bem como o ulterior regramento a respeito da identificação dos clientes conhecida como “Client ID”, estabelecendo aos advogados o dever de armazenar toda informação relativa a seus clientes, com o escopo de possível identificação dos clientes para qual se presta o serviço, sendo certo que tais informações serão repassadas à autoridades competentes em aferir os dados levantados.(ESTELLITA *et al*, 2016, p. 95)

A experiência mencionada pode influenciar diretamente na questão em debate, posto que somente a partir de 2012 com o advento da Lei nº 12.683 começou-se a questionar o papel da advocacia como fator de fomento para a lavagem de dinheiro, sendo que em outros países há muito debatiam o assunto, em especial o Canadá. Como mencionado, o julgamento do caso pela Supreme Court of British Columbia, impactou consideravelmente os deveres impostos aos profissionais, conhecendo que as medidas de combate ao branqueamento de capitais a potencialização destas pelos advogados, em verdade, restará melhor enfrentada pela regulamentação pelos próprios conselhos de Classe, e não ao legislador, até porque este, por mais nobre sua intenção, acaba por desnaturalizá-la, tornando-o uma espécie de agente público *sui generis*.

3.2 DA EXPERIÊNCIA ESPANHOLA

Atendendo as determinações postas pela Directive 2005/60/CE do European Parliament and of the Council, de 26 de outubro de 2005, a Espanha editou a Lei nº 10/2010 incluindo o advogado como um dos profissionais responsáveis pelo combate direto ao delito de branqueamento de capitais, após ser condenada pela Court of Justice of the European Union em outubro de 2007 por descumprir as determinações da respectiva diretriz.

A diretriz em comento do Parlamento e Conselho Europeu, em síntese, adotou o posicionamento de que o advogado estaria resguardado no exercício de sua atividade típica contenciosa, mas sendo perfeitamente possível ao Estado reduzir a amplitude do dever de confidencialidade das informações obtidas quando no exercício de atividades outras que não diretamente relacionadas ao contencioso.

Neste sentido:

> Where independent members of professions providing legal advice which are legally recognised and controlled, such as lawyers, are ascertaining the legal position of a client or representing a client in legal proceedings, it would not be appropriate under this Directive to put those legal professionals in respect of these activities under an obligation to report suspicions of money laundering or terrorist financing. There must be exemptions from any obligation to report information obtained either before, during or after judicial proceedings, or in the course of ascertaining the legal position for a client. Thus, legal advice shall remain subject to the obligation of professional secrecy unless the legal counsellor is taking part in money laundering or terrorist financing, the legal advice is provided for money laundering or terrorist financing purposes or the lawyer

knows that the client is seeking legal advice for money laundering or terrorist financing purposes.

Desta forma, o Lei nº 10/2010 incluiu em seu art. 2º a obrigação dos advogados em informar sobre eventuais suspeitas quando estes participarem na concepção, realização ou assessoramento em nome do cliente nas operações de compras de imóveis ou estabelecimentos comerciais; fundos de gestão, valores e ativos; abertura de contas corrente, poupança ou conta de valores; organizar os aportes de capitais necessários para criação, funcionamento ou gestão de empresas; criação, funcionamento ou gestão de fideicomissos, sociedades; quando atuam em nome de seus clientes em qualquer operação financeira ou imobiliária. Contudo, não estão obrigados quando as informações obtidas pelos clientes desde que destinadas a eventuais processos judiciais ou com intuito de evitá-los, confronte o art. 22 da referida lei.

De maneira semelhante ao ocorrido no Brasil, a Espanha possui leis no sentido de resguardar o sigilo das informações obtidas pelos advogados, sendo objeto de regulamentação da própria profissão pelo Código Deontológico dos Advogados da Espanha. Menciona-se ainda a previsão constitucional impondo o dever de cuidado das informações que os profissionais em comento devem ter quando do exercício de suas funções, visto que lhe são resguardados constitucionalmente a confidencialidade das informações lhes confiadas. Evidente que a norma jurídica do art. 2º da Lei nº 10/2010 se encontra em conflito com os direitos previamente legitimados.

Instado a se manifestar a respeito das obrigações impostas aos advogados, o Court of Justice of the European Union declarou que a legitimidade das obrigações impostas aos advogados pelas Directive 91/308/EEC e Directive 2001/97/CE não infringe o direito ao devido processo legal, assegurado pelo art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, legitimando o teor da Directive 2005/60/CE, vez que esta decorre diretamente da Directive 91/308/EEC, consoante determinado em seu parágrafo 4º135.

4 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4841

Em 23 de agosto de 2012 fora ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4841 junto ao Supremo Tribunal Federal – STF pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais - CNPL, em razão da publicação da Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, que alterou a Lei nº 9.613/98.

Insurge a Confederação contra os art. 2º da Lei nº 12.683/12, sob o fundamento de que as obrigações presentes no arts. 10 e 11 acrescidos pelo artigo impugnado violam o direito de sigilo dos profissionais liberais, citando as imposições normativas legais e administrativas aos variados profissionais, inclusive a obrigação de sigilo dos advogados para com seus

135 A diretiva possui o seguinte teor: A fim de dirimir estas preocupações no domínio do branqueamento de capitais, foi adoptada a Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. A mesma exigia que os Estados-Membros proibissem o branqueamento de capitais e obrigassem o sector financeiro, incluindo as instituições de crédito e um vasto leque de outras instituições financeiras, a identificar os seus clientes, a manter registos adequados, a instituir procedimentos internos de formação do pessoal e de prevenção do branqueamento de capitais e a comunicar eventuais indícios de branqueamento de capitais às autoridades competentes

clientes, consagrado no art. 7º, II, do EOAB. No mesmo sentido, impugnam a incidência da norma do inciso XVI do parágrafo único do art. 9º da Lei nº 9.613/98, posto que a obrigação abarcará todos os profissionais liberais que demandam do sigilo profissional para o regular exercício de suas atribuições.

O Procurador-Geral da República manifestou em duas vezes no processo, sendo a primeira na ocasião sobre o pedido liminar pleiteado, e a segunda acerca do mérito. Nesta última, impugnou pela improcedência do pedido, sob o fundamento de que: i. a Lei nº 12.683/12 reproduziu a Recomendação nº 23 do Gafi; ii. que o sigilo não é um direito absoluto, sendo perfeitamente plausível, em determinadas situações, seja quebrado desde que com "justa causa"; e iii. que o objeto de impugnação não atinge diretamente a advocacia contenciosa.

Salienta-se que até a data deste trabalho não houve julgamento da ação, sendo que nem sequer chegou a ser incluído para a pauta de julgamento, estando concluso para o relator desde 2013.

Destaca-se que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB se manifestou pela improcedência dos pedidos quanto aos advogados, sob o fundamento de que a autora não possui legitimidade ativa para demandar em favor destes profissionais.

Importante salientar que se afastado o pedido da CFOAB, o julgamento em nada impactará os advogados, sendo certo que isso poderá influenciar negativamente, como já reconhecido no julgamento da Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 0004182-05.2007.4.01.3400, onde estipulou que as obrigações de comunicar eventuais suspeitas de lavagem de capitais se aplicam ao advogado, isto quando o âmbito era meramente de ato administrativo.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, é possível concluir que no exercício da advocacia, deverá o profissional agir com o zelo devido para evitar possíveis contribuições para a prática do ilícito de branqueamento de capitais. O advogado, no exercício regular de suas atribuições, exerce um *múnus* público constitucionalmente imposto, sendo-lhe exigível em todos seus atos e falas o mínimo de decência para com a sociedade. Quando assim não o observa, agindo de forma indecorosa, é lícito ao Estado – seja ele Estado-Administração ou Estado-Justiça – exigir a devida responsabilização dos atos irregulares.

Neste sentido, é o que se fundamenta a implicação da responsabilização em eventual prática de lavagem de capitais pelo advogado, sempre em observância das ressalvas estudadas.

A primeira tem estrita relação com o dever de confidencialidade das informações obtidas pelo cliente. Deve-se aqui coibir possíveis abusos e perniciosas tentativas em desvirtuar a prerrogativa, cujo direito deve ser reconhecido em sua máxima constitucional: direito individual fundamental de 1ª geração.

Em que pese a exigência legal, tem-se reconhecido não ser possível exigir do advogado a quebra do sigilo entre o profissional e o cliente quando este procura o profissional

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

para, dentro de suas atribuições legais e quando a atividade exercida for exclusivamente da classe, prestar assessoria, aconselhamento ou consultoria.

A segunda ressalva é a clara distinção entre o advogado-diligente e o advogado-criminoso. Este busca concorrer para a prática ilícita de seus clientes ou os orienta de tal forma a permiti-la, falhando com seu dever constitucional e praticando a conduta abjeta e culpável. Aquele age de forma zelosa e honrável, sendo-lhe incabível a imputação ou quaisquer obrigações que venham a limitar o exercício de suas funções.

Evidentemente deverá o profissional agir dentro das imposições administrativas e legais, pois do contrário poderá ser responsabilizado penal e administrativamente, desde que corrobore para a prática do ilícito, vez que se veda a imputação do art. 1º da Lei nº 9.613/98 a título de culpa.

Por fim, a terceira ressalva a ser observa tem relação com a função desempenhada e o recebimento por ela. Não se pode conceber que o profissional aja sem interesses econômicos, posto que felizmente adotou-se o sistema capitalista no Brasil, porém não lhe é possível que perceba os valores que não corresponda à realidade fática do serviço prestado, da capacidade econômica do réu, bem como da média cobrada pelo serviço por aquele mesmo profissional.

A respeito da contraprestação dos serviços do profissional, ainda não se definiu com precisão a respeito dos honorários advogados, sendo certo, porém, que a atitude deve estar dentro de um contexto fático plausível. Ou seja, é inviável que o advogado receba R$ 100.000,00 (cem mil reais) em espécie para a prestação dos serviços, em especial quando a renda salarial do cliente não chega a 10% do valor correspondente. Haverá, ainda, quando este obtém os respectivos valores e posteriormente desembolsa o cliente, posto que haverá a configuração do ilícito em seu dolo direto.

Por fim, observa-se que o entendimento aqui explicitado poderá sofrer relevante impacto quando do julgamento da ADI nº 4841 pelo Supremo Tribunal Federal, em que influenciará diretamente no dever de confidencialidade entre o advogado e seu cliente, caso este venha a ser obrigado em cumprir as determinações dos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/98. Desta forma, haverá concomitantemente uma responsabilidade administrativa ao advogado em possível concurso com uma responsabilidade penal no caso de inobservar as regras legais.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, DF, out 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.

_____. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**, Rio de Janeiro, RJ, dez 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em: 25 ago. 2020.

_____. LEI Nº 12.683, DE 9 DE JULHO DE 2012. **Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de**

dinheiro, Brasília, DF, jul 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 25 de ago. 2020.

_____. LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências**, Brasília, DF, mar 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613compilado.htm> Acesso em: 25 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial. REsp 1.865.325/PR. Relator(a): Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, 30 de março de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=1865325.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1. Acesso em: 24 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação penal 470/MG. Rel(a): Min. Joaquim Barbosa. Brasília. Julgado em 17 dez. 2012. Publicado no DJE-074 de 13 set. 2019. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. (2. Turma). Apelação Criminal 5520. Processo n.

200581000145860. Rel(a): Des. Federal Rogério Fialho Moreira. Julgado em 09 de set. 2008. Publicado no DJ de 22 de out. 2008 - Página::207 - Nº::205. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/InteiroTeor/publicacoes.jsp?numproc=200581000145860

BOTTINI, PIERPAOLO CRUZ. Advocacia e lavagem de dinheiro. 2014. Disponível em: https://www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/48. Acesso em: 25 set. 2020.

_____. Ordem dos Advogados do Brasil (Órgão Especial). Consulta. 49.0000.2012.006678-6/CNECO. Rel. Daniela Teixeira; Julgado em 20 de agosto de 2012. Publicado em 23 ago. 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/lei-lavagem-profissionais-liberais-adi.pdf. Acesso em: 25 de set. 2020.

CANADÁ. Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act S.C. 29 de junho de 2000. An Act to facilitate combatting the laundering of proceeds of crime and combatting the financing of terrorist activities, to establish the Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada and to amend and repeal certain Acts in consequence. Disponível em: https://lois-laws.justice.gc.ca/eng/acts/P-24.501/page-1.html. Acesso em: 25 set. 2020.

CARIBBEAN FINANCIAL ACTION TASK FORCE. Recommendation 23: DNFBPs: Other measures. Disponível em: https://cfatf-gafic.org/index.php/documents/fatf-40r/389-fatf-recommendation-23-dnfbps-other-measures. Acesso em: 25 set. 2020.

ESPANHA. Ley 10, de 28 de abril de 2010. Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Disponível em: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-6737. Acesso em: 25 set. 2020.

ESTELLITA, HELOISA *et al*. **Exercício da advocacia e lavagem de capitais** / Heloisa Estellita (cord). 1ª. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

ROBBINS, IRA P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. 1990. Disponível em: https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc. Acesso em: 25 set. 2020.

SÁNCHEZ, R. R. *Série GVLAW - Advocacia e Lavagem de dinheiro, 1ª edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. 9788502115194. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502115194/. Acesso em: 22 set 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O ACESSO À JUSTIÇA E O FENÔMENO DA AGREGAÇÃO DA COMARCA DA CIDADE DE CURIMATÁ, NO EXTREMO SUL PIAUIENSE

RODHOLFO NATANIEL RODRIGUES FONSÊCA: Bacharelando em Direito pela Faculdade do Cerrado Piauiense – FCP.

RESUMO: Tendo em vista a situação de vulnerabilidade social que alcança a maior parte da população no Estado do Piauí e decisões de cunho administrativo do Tribunal de Justiça que interferiu no cotidiano de seus jurisdicionados, pesquisou-se sobre o fenômeno da agregação da comarca da cidade de Curimatá, no extremo sul piauiense, a partir da seguinte problemática: a decisão de agregação violou o direito de acesso à justiça? Houve equidade quanto aos critérios objetivos para definição das comarcas agregadas? A agregação da comarca estudada trouxe melhoria aos jurisdicionados? Para a efetividade do estudo é necessário compreender o acesso à justiça como um direito fundamental, entender o fenômeno da agregação de comarcas e seus critérios, analisar a posição de órgãos que atuam na área de jurisdição e verificar se as variáveis invocadas habilitam a promoção de sua agregação. Foi realizada uma pesquisa dialética, com pesquisa bibliográfica e exploratória em doutrinas, além de tratamento quantitativo obtido a partir de leis e normas específicas. Diante disso, verifica-se que a medida promoveu a exclusão de boa parte da população que se situam abaixo da linha de pobreza, houve desrespeito a princípios norteadores da administração e a critérios de cunho objetivo o que impõe a constatação de que as variáveis invocadas não habilitam a promoção de sua agregação.

Palavras-chave: Agregação de comarca. Acesso à justiça. Direito Fundamental.

ABSTRACT: In view of the situation of social vulnerability that affects most of the population in the State of Piauí and decisions of an administrative nature by the Court of Justice that interfered in the daily life of its jurisdictions, research was carried out on the phenomenon of aggregation in the region of the city of Curimatá, in the extreme south of Piauí, from the following problem: did the decision to aggregate violate the right of access to justice? Was there equity in the objective criteria for defining aggregate counties? Has the aggregation of the studied region improved the jurisdictions? For the effectiveness of the study, it is necessary to understand access to justice as a fundamental right, to understand the phenomenon of aggregation of counties and their criteria, to analyze the position of bodies that operate in the area of jurisdiction and to verify whether the variables invoked enable the promotion of their aggregation. Dialectical research was carried out, with bibliographic and exploratory research on doctrines, in addition to quantitative treatment obtained from specific laws and norms. Given this, it appears that the measure promoted the exclusion of a good part of the population that are below the poverty line, there was disrespect to the guiding principles of the administration and to objective criteria, which imposes the observation that the variables invoked do not enable the promotion of their aggregation.

Keywords: County aggregation. Access to justice. Fundamental right.

INTRODUÇÃO

Através da temática do acesso à justiça e o fenômeno da agregação da comarca da cidade de Curimatá, no extremo sul piauiense, analisa-se o acesso à justiça como um direito

fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988 e entendido tanto como o direito de ingressar no sistema jurisdicional quanto à decisão de mérito.

No Estado do Piauí o acesso à justiça é garantido pela lei ordinária nº 3.716 de 12 de setembro de 1979, que foi recepcionada como Lei Complementar por força do Art. 77, parágrafo único, II, da Constituição do Estado do Piauí, de 05 de outubro de 1989, sendo que tal legislação dispõe sobre a organização judiciária do Estado do Piauí.

No ano de dois mil e dezesseis, a Assembleia Legislativa aprovou, e o Governador do Estado sancionou projeto de lei complementar que autorizou ao Tribunal de Justiça agregar, mediante resolução, diversas comarcas no Estado, com destaque a de Curimatá, no extremo sul, onde se situa uma das populações de maior vulnerabilidade social do Piauí.

O presente estudo busca verificar se a agregação de comarcas viola o direito fundamental de aceso à justiça, estampado na nossa carta magna, e se o ato praticado se encontra em harmonia com o princípio da legalidade, onde para sua análise é necessário a compreensão do alcance de um direito fundamental, e se no tocante ao acesso à justiça em que condições se podem relativizá-lo.

Busca-se ainda analisar o processo administrativo à luz do princípio da vedação ao retrocesso que entende que os direitos não podem retroagir, só podendo avançar na proteção dos indivíduos, sendo inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios.

Oportuno destacar que para fins de subsidiar o estudo, é necessário a compreensão conceitual do fenômeno de agregação e os critérios promissórios conferidos em lei, e se diante da possibilidade de relativização de um direito fundamental os mesmos são suficientes para sua aplicabilidade.

Com base em tais indicadores, espera-se ser possível inferir se a agregação da comarca de Curimatá no extremo sul piauiense promoveu ou não uma violação substancial do acesso à justiça e verificar se a população foi tolhida da prestação jurisdicional do Estado e/ou ainda o processo de agregação contribuiu para tornar o judiciário de primeira instância mais eficiente, através de uma possível modernização da prestação jurisdicional e, dentro desse relevante objetivo, é oportuno aferir se o mesmo foi ou não exitoso, em relação à comarca citada.

Quanto ao aspecto de cunho econômico se espera constatar se sua aplicação seria justificativa suficiente para ensejar o fenômeno. É mister destacar que para sua promoção se faz necessário a análise dos direitos de acesso à justiça sob o prisma de princípios, tais como: o da razoável duração do processo e economicidade administrativa e a conexão com o principio da proporcionalidade.

A discussão, portanto, tem um papel relevante de buscar identificar dentro dessas variáveis, elementos que contribuam para assegurar um direito fundamental que a carta maior do nosso país assegura que é o de que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça do direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Estado, na qualidade de guardião e provedor do bem-estar de sua população não pode se esquivar de oferecer todas as condições necessárias a resguardar e assegurar as medidas que culmine no acesso a essa importante justiça.

Como forma de alcançar essa finalidade, o Código de Processo Civil – CPC/2015 ampliou o direito de acesso à justiça ao garantir o direito à decisão de mérito que se junta ao de inafastabilidade da jurisdição e a razoável duração do processo que estão implícitos na Constituição Federal de 1988.

A pesquisa caracteriza-se, quanto aos fins, como exploratória por proporcionar maior facilidade com o problema, permitindo construir hipóteses em relação ao acesso à justiça e sua correlação com o fenômeno de agregação da comarca de Curimatá, contando com uma abordagem qualitativa, pois se solidifica na busca da compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais apresentando dados advindos do embasamento teórico de forma quantitativa, associado a uma pesquisa de campo voltado a coleta de dados, por meio de diferentes recursos. Utiliza-se de uma formatação quadripartite. No capitulo inicial analisa-se o acesso à justiça como um direito fundamental apresentando seu conceito a partir de uma perspectiva moderna. Já o segundo traz o fenômeno da agregação das comarcas à luz da lei complementar nº 211/2016 e resolução correlata, apresentado a partir de toda a documentação que foi referendada pelo Tribunal de Justiça do Piauí para sua promoção. No bojo do terceiro capítulo têm-se as posições dos órgãos/profissionais com atuação na jurisdição com foco no Tribunal de Justiça do Estado, Ordem dos Advogados do Brasil – Secional Piauí e Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Piauí. No capítulo final se analisa as demandas judiciais tendo como parâmetro o fenômeno tanto no âmbito do Estado do Piauí quanto em outras unidades federativas, seguido de uma análise a respeito dos dados levantados.

1 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Existe um sentimento de que o acesso à justiça deve ser observado de forma mais abrangente do que a perspectiva de sua mera definição literal. Até pouco tempo era comum seu significado ser associado como a simples manifestação de postulação ao Estado-juiz, ou seja, o ingresso de entrada aos tribunais pátrios.

Com uma nova mudança de interpretação de seu significado passou a englobar também o direito ao devido processo, vale dizer, direito às garantias processuais, julgamento equitativo (justo), em tempo razoável e eficaz.

A partir dessa ampliação interpretativa, se analisa se o fenômeno de agregação de comarcas promovido pelo poder público no Piauí atende a essa garantia constitucional de acesso indistinto à justiça e, portanto mantêm salvaguardados direitos fundamentais.

Na busca da consolidação de tais direitos o Estado exerce o papel de garantir a instituição de órgãos jurisdicionais e possibilitar o acesso dos mais diversos públicos que dele venha necessitar.

> A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI, 1998).

No Brasil, os maiores avanços ocorreram a partir do fortalecimento das organizações sociais, na década de setenta do século vinte, e período da ditadura militar. A influência de movimentos populares trouxeram reflexos rapidamente a nossa legislação, pois já na década de oitenta do mesmo século, foi editada a Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984, que criava o juizado de pequenas causas, hoje denominados de juizados especiais, que objetivava incluir uma camada considerável da população (marginalizadas socialmente) que ainda permaneciam excluídas dessas garantias constitucionais.

Segundo Carneiro (2000), a importância dessa legislação é aferida através dos seguintes objetivos que foram por ela consolidados: a descentralização da justiça, favorecendo, especialmente, o acesso das classes menos favorecidas, o privilegio à conciliação extrajudicial como meio de pacificação e de resolução de conflitos, ser o palco para a resolução de causas de pequena monta, que praticamente não eram levadas à justiça tradicional, de sorte a garantir em todos os níveis, o exercício pleno da cidadania e servir de referência de polo, onde as pessoas do povo pudessem ter informações sobre os seus direitos em geral, e como fazer para torná-los efetivos e ser gratuita e rápida, desburocratizada, informal, equânime e efetiva e desafogar a Justiça tradicional.

A partir desses objetivos buscados pelo legislador que propiciou o acesso de parcela considerável da população, se questiona: a agregação de comarcas no Estado do Piauí pode ter contribuído para um avanço ou retrocesso. Na construção do acesso à justiça o professor Wilson Souza (2013) aponta as limitantes a sua implantação satisfatória, dentre as quais se destaca os problemas de natureza educacional, socioeconômico e cultural.

No tocante aos problemas de cunho educacional ensinam que o acesso à justiça nasce a partir do momento que todos passam a conhecer os seus direitos e quando violados disponham de mecanismos para exercê-los.

> São três os pontos principais de estrangulamento, neste aspecto, ao acesso presentes no Brasil. Em primeiro lugar a falência da educação nacional, o descompromisso dos “meios de comunicação” com a informação, e por fim, a quase inexistência de instituições oficiais encarregadas de prestar assistência jurídica prévia ou extraprocessual, que atuariam informando e educando a população sempre que surgissem dúvidas jurídicas sobre situações concretas. (RODRIGUES, 1994, *apud* TORRES, 2002).

Uma regra, cabíveis exceções, se estrutura no fato de que o cidadão desprovido de uma educação sistêmica tende a ignorar direitos violados, por desconhecimento de quais são ou da forma de buscá-los.

Por sua grande relevância, deve ser um dos fatores que merece ser mensurado na elaboração de políticas públicas, e o fenômeno de agregação de comarcas como um ato invocado pela administração pública padece de sua observância.

Os dados oficiais nos permite constatarmos que o Brasil tem pelo menos 11,3 milhões de pessoas com mais de 15 anos analfabetas (6,8% de analfabetismo). No Estado do Piauí esse segmento da população representa 16,6% e quando analisado no contexto local o município de Curimatá e de Júlio Borges (antigo termo judiciário) são de 23% e 20,9% respectivamente. Quando o público é de pessoas com 60 anos ou mais, a taxa de analfabetismo do Piauí é de 42,7%.

Quando se observa o ato de agregação da comarca de Curimatá que se insere em um Estado com uma população com tamanho grau de analfabetismo, essa variável merece ser levada a análise para fins de justificação do processo.

Em relação à variável socioeconômica entende-se como intimamente ligada à anterior, uma vez que se aponta que quanto maior o nível de pobreza de uma pessoa, maior será o reflexo em seu nível de informação, e sem a reunião de tais fatores se mantém uma parcela considerável da população sem acesso a este serviço público.

> Estes estudos revelam que a justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas revelam, sobretudo que a justiça civil é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis. É que são eles fundamentalmente os protagonistas e os interessados nas ações de menor valor e é nessas ações que a justiça é proporcionalmente mais cara, o que configura um fenômeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça (SANTOS, 1994, p. 168).

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE divulgou, no ano de dois mil e dezessete, o mapa da pobreza no Brasil onde o Estado do Piauí ocupou a sétima posição com um Produto Interno Bruto de 45,36 bilhões e quando a esses dados se incorporam o de distribuição de renda, dados de dois mil e dezenove, a renda per capita do piauiense é de oitocentos e vinte e seis reais, sendo a quarta pior do país.

Esse critério não pode ser desconsiderado quando da análise do êxito da agregação, pois um país de dimensões continental necessita analisar as peculiaridades de cada uma de suas regiões.

O problema cultural, este de menor extensão em relação aos outros, alcança maiores índices em países subdesenvolvidos onde vigora um sentimento de desconfiança em relação aos juízes, promotores, desembargadores, ministros, advogados e serventuários da justiça que se agrava maciçamente com o noticiário de desvios éticos por parte desses profissionais, terminando por mistificar toda uma classe por aquilo que deveria ser percebido como exceções.

> A distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, têm mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou as possibilidades de reparação jurídica. (SANTOS, 1994, p. 74).

Apesar de sua menor incidência em relação aos outros fatores esse não pode ser afastado, pois a percepção da população em relação ao judiciário do Piauí pode trazer informações que reflitam na prestação jurisdicional.

Os direitos fundamentais se encontram previstos na Constituição Federal a qual o apresenta como sendo aquele mais básico e acessível a todos os cidadãos. É oportuno destacar a intima relação dos direitos fundamentais com os direitos humanos, estes à medida que avançava no mundo proporcionava melhorias significativas para aqueles e consequentemente na qualidade de vida dos seres humanos.

Esses direitos se cristalizam como essências à estruturação de uma vida digna e prevê a satisfação aos anseios de liberdade, igualdade e dignidade humana. Tais direitos configuram núcleo inviolável dentro do contexto social, uma vez que não há como uma sociedade ser justa e próspera sem a real efetivação dos direitos fundamentais.

Esse cenário evolutivo do acesso à justiça evidencia a importância desse direito fundamental e de mecanismos que garantam sua observância à luz do principio da vedação do retrocesso que em linhas gerais preserva toda uma luta social em prol da preservação de direitos.

> Trata-se, em essência, de um limite à liberdade de conformação do legislador, retirando-lhe a possibilidade de revogar total ou parcialmente determinadas leis quando isso decorra da paralisação ou considerável esvaziamento da eficácia de dispositivos constitucionais dependentes de regulamentação. (...) A vedação do retrocesso operaria em um segundo momento, impedindo que, uma vez criada norma regulamentadora, esta viesse a ser suprimida, devolvendo a ordem jurídica ao vazio anterior, contrário à Constituição. (BAROSSO, 2007, p.01).

Esse princípio assegura que as situações de vazio legislativo antes vigente não voltem a acontecer o que na presente situação impossibilitaria a privação da população aos serviços do judiciário, tal como o ocorrido mediante agregação de comarcas.

Apesar disso a doutrina majoritária entende que os direitos fundamentais não gozam de caráter absoluto e, portanto, podem ser relativizado. Filia-se à corrente Alexandre de Morais, que entende que os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, já que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna, esse é o princípio da relatividade.

No sistema constitucional brasileiro prevalece à supremacia do interesse público coexistindo com o princípio da convivência das liberdades. Assim, o Estado pode adotar medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, respeitando o exposto na Constituição Federal, sua relativização não pode ser adotada de forma indiscriminada, não

sendo possível ir além do que o estritamente necessário e respeitando princípios basilares como os da razoabilidade e da proporcionalidade.

Quando se propõe analisar o acesso á justiça como um direito fundamental não se pode esquecer que outros princípios devem adentrar o bojo de análise, pois são perfeitamente aplicáveis à espécie.

A razoável duração do processo determina a conexão com a emergência que toda pessoa tem de uma imediata ou breve certeza sobre a sua situação jurídica.

Nos ensinamentos de Bárbara Mota Pestana faz-se necessário o uso de uma medida restritiva de direito fundamental, quando o fim a que se pretende não pode ser cumprido, da mesma forma ou com a mesma intensidade, através de outra medida de menor potencial ofensivo. Assim, entre duas situações prejudiciais, é preciso escolher aquela que será menos adversa.

Apesar disso, e tendo por base os dados coletados, tanto oriundos da vasta bibliografia consultada, como aqueles coletados em campo, se espera apontar se a agregação viola direitos fundamentais e, em caso positivo, em que circunstâncias/atos eles foram desrespeitados.

2 O FENÔMENO DA AGREGAÇÃO DAS COMARCAS À LUZ DA LEI COMPLEMENTAR Nº 211/2016 E RESOLUÇÕES CORRELATAS

No Estado do Piauí esse acesso à justiça, a partir de seus aspectos conceituais de cunho tradicional, se encontra disciplinado na lei nº 3.716 de 12 de setembro de 1979, que dispõe sobre a organização judiciária do Estado do Piauí, e dá outras providências.

O texto original editado em 1979 previa que o território do Estado do Piauí, para fins de Administração da Justiça, dividia em zonas, comarcas e termos judiciários. As comarcas eram classificadas em quatro categoria ou instâncias e esta classificação somente se alteraria com proposta motivada do Tribunal de Justiça pelo voto de dois terços, no mínimo, de seus membros efetivos.

> Art. 5° - A divisão judiciária do Estado do Piauí compreende:
>
> V - Quarenta e uma Comarcas de primeira entrância, com sede em Água Branca, Alto Longá, Angical do Piauí, Batalha, Benditinos Bertolínia, Capinas do Piauí, Capitão de Campos, Caracol, Cocal, Conceição do Canindé, Cristino Castro, **Curimatá**, Demerval Lobão, Elesbão Veloso, Francinópolis, Francisco Santos, Fronteiras, Gilbués, Guadalupe, Inhuma, Ipiranga do Piauí, Itainópolis, Itaueiras, Luís Correia, Matias Olímpio, Monsenhor Gil, Nazaré do Piauí, Paes Landim, Palmeirais, Parnaguá, Pimenteiras, Pio IX, Porto, Regeneração, Ribeiro Gonçalves, Santa Cruz do Piauí, Santa Filomena, São Miguel do Tapuio e Socorro do Piauí. **(grifo nosso).**
>
> VI - Cinquenta e hum termos Judiciários dependentes das seguintes Comarcas;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

28) Avelino Lopes, dependente de Curimatá; (BRASIL, 1979).

A mesma legislação ainda previu as condições necessárias para criação, rebaixamento e extinção de comarca. Para fins de criação apontava a necessidade de critérios, tais como: população mínima, área territorial, número mínimo de processos na área, receita tributária federal, estadual, municipal superior a mil vezes o salário mínimo regional, em sua totalidade; prédios apropriados, residência condigna do Juiz e Promotor, provimento de todos os cargos judiciais e do Ministério Público e mil eleitores regularmente inscritos.

O legislador original entendeu a necessidade de que para fins de melhor prestação jurisdicional era oportuno que a cidade de Avelino Lopes fosse termo judiciário de Curimatá. Com as sucessivas alterações e atendendo aos critérios presentes na lei, essa condição foi superada e com o surgimento de novos municípios no Estado a Comarca de Curimatá passou a responder pelo município de Júlio Borges, na condição de termo judiciário e Avelino Lopes a Morro Cabeça no Tempo.

No ano de 2013 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Resolução nº 184 de 06 de dezembro, dispondo sobre os critérios para criação de cargos, funções e unidades judiciárias no âmbito do Poder Judiciário.

O texto se embasa na competência constitucional do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, na Lei de Responsabilidade Fiscal – e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, quanto à geração de novas despesas públicas e na missão constitucional de controle administrativo e financeiro impõe ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a análise de mérito de anteprojetos de lei de iniciativa do Poder Judiciário que impliquem aumento de gastos com pessoal e encargos sociais. Invocam observância ao princípio da eficiência, que preconiza o atendimento das necessidades dos cidadãos com a maior presteza e economicidade possível, pela Administração Pública, no desempenho de suas funções foram determinantes para que se estabelecessem os seguintes critérios: necessidade de cargos de magistrados e/ou de servidores, nos termos da seção anterior, estimativa de casos novos da base territorial da unidade que se pretende criar; e distância da unidade judiciária mais próxima com mesma competência material.

O posicionamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vai de encontro ao principio da economicidade administrativa, segundo o qual cabe à administração pública a obtenção do resultado esperado com o menor custo possível, mantendo a qualidade e buscando a celeridade na prestação do serviço ou no trato com os bens públicos, entretanto não cabe sua análise de forma isolada devendo se buscar sua conexão com os demais princípios, tais como o da proporcionalidade que na seara administrativa, segundo Dirley da Cunha Júnior (2009), é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a administração pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais.

Continua o documento especificando que salvo situações excepcionais devidamente justificadas, só será autorizada a criação de unidade jurisdicional em localidade em que já exista outra com igual competência material quando a estimativa de distribuição for igual ou superior a 50% da média de casos novos por magistrado do respectivo tribunal no último

triênio, cabendo aos tribunais adotar providências necessárias para extinção, transformação ou transferência de unidades judiciárias e/ou comarcas com distribuição processual inferior a 50% da média de casos novos por magistrado do respectivo tribunal, no último triênio.

Para os fins do caput, o tribunal pode transferir a jurisdição da unidade judiciária ou Comarca para outra, de modo a propiciar aumento da movimentação processual para patamar superior, para tal pode instalar postos avançados de atendimento, cabendo definir a estrutura de funcionamento do aludido órgão, de acordo com seu volume processual.

Existem contestações à legitimidade de tal resolução, pois a Constituição Federal em seu artigo 125 incumbe aos Estados organizar sua Justiça, observando os princípios estabelecidos nela presentes.

Buscando invalidar a argumentação dos dissidentes as mudanças definidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem sido objeto de legislação estadual que tem servido meramente para referendar os parâmetros adotados pela legislação apontada.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça estabeleceu a competência privativa ao Plenário do Tribunal de Justiça, mediante proposta ao Poder Legislativo, a iniciativa das leis que disponha sobre a alteração da organização e da divisão judiciária do Estado.

Na perspectiva de homologar a decisão aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o Tribunal de Justiça do Piauí-TJ/PI aprovou em Sessão Plenária de Caráter Administrativo realizada em 23 de março de 2015 a Resolução nº 005 e encaminhou a Assembleia Legislativa do Piauí - ALEPI/PI em 26 de março, tal decisão acompanhada da minuta do Projeto de Lei Complementar nº 01, conferindo ao Tribunal de Justiça do Piauí o poder de por meio de resolução, promover a desativação provisória de unidades administrativas e judiciárias, sua agregação a outras unidades, à definição de competência de suas unidades judiciárias e à alteração de termos judiciários.

Correntes contrárias ao ato entende que houve uma transferência indevida de atribuições, uma vez que a proposta conferiu ao Tribunal uma prerrogativa que competia ao Executivo, sendo apenas a propositura motivada pelo Tribunal, portanto um flagrante desrespeito ao princípio da legalidade.

> A ideia de legalidade é inerente ao Estado de Direito, tendo nascimento paralelo ao Estado Moderno. Trata-se do postulado que atribui ao Estado os deveres de criação das normas que o autolimite e o de respeitá-las. Vinculando a administração pública a realização daquilo que se encontra disposto na legislação. (CARVALHO FILHO, 2014).

Com os poderes conferidos através da Lei Complementar nº 211 de 08 de junho de 2016, o TJ/PI aprovou a Resolução nº 15/2016, de 11 de julho de 2016, que dispõe sobre a agregação de Comarcas do Estado do Piauí, nos moldes disciplinados no artigo 9º da Resolução nº 184/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como da Lei Complementar nº 211, de 08 de junho de 2016, e dá outras providências, se possibilitou à agregação de trinta e oito comarcas, envolvendo direta ou indiretamente sessenta e oito por cento dos municípios do Estado, e entre elas a comarca de Curimatá, e seu termo judiciário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Júlio Borges a comarca de Avelino Lopes que já contava com o termo judiciário de Morro Cabeça no Tempo, alcançando um contingente populacional de cerca de 30 mil pessoas.

No entendimento do Presidente do Tribunal a agregação teve critério objetivo. As comarcas que foram agregadas são aquelas que nos últimos três anos não atingiram, na distribuição, a nossa média estadual que é de 800 processos. Elas não serão obrigatoriamente agregadas à outra que atingiu a média. Há casos em que estamos propondo agregação de três unidades que estão fora do padrão para formar uma só.

O critério objetivo, defendido pelo Tribunal de Justiça do Piauí, tomando por base a redação da Lei Complementar nº 211, de 08 de junho de 2016, quanto a demanda de novos casos, não foi uniforme, uma vez que tal premissa não foi respeitada para as comarcas de Parnaguá e Jerumenha.

Segundo dados coletados pela Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí – STIC/TJPI – responsável por todos os dados processuais do Estado a média de casos novos no triênio analisado no Estado foi de 835 (oitocentos e trinta e cinco), tendo-se, assim, que as unidades que tiveram distribuição de casos novos inferior a 417 (quatrocentos e dezessete) processos foram agregadas.

A demanda processual da comarca de Parnaguá foi de apenas 287 (duzentos e oitenta e sete) casos novos no triênio o que corresponde a 68,82% (sessenta e oito vírgula oitenta e dois por cento) da meta estipulada, Jerumenha apenas 282 (duzentos e oitenta e dois) casos novos, equivalendo a 67,62% (sessenta e sete vírgula setenta e dois por cento) e mesmo atendendo os critérios objetivos, através da Resolução de nº 55, de 16 de fevereiro de 2017, sob a alegação de que as mesmas se situam em cidades históricas foram excluídas do rol de comarcas agregadas.

Já no ano de 2020, através da resolução nº 171/2020, de 17 de fevereiro foi proposto a Assembleia Legislativa, projeto de lei, respeitando a obrigatoriedade de iniciativa de autoria, visando recriar a comarca de Santa Filomena.

O Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário um dos autores, em sustentação oral, invocou como argumentação para o atendimento do pleito a grande distância entre a comarca agregada e a agregadora que corresponde a cento e quarenta quilômetros.

Novamente sem o atendimento dos critérios objetivos, pois a comarca de Santa Filomena apresentou como 91 **(**noventa e um) casos novos correspondendo a 21,82% (vinte e um vírgula oitenta e dois por cento).

A comarca preterida de Curimatá apresentou, segundo o órgão técnico, 331 (trezentos e trinta e um) casos novos no triênio, o que em termos percentuais corresponde a 79,37% (setenta e nove vírgula trinta e sete por cento), desempenho majoritariamente superior as desagregadas.

Assevera que houve burla à legislação vigente, uma vez que se estabeleceram agregações entre comarcas com números de processo inferior a média estabelecida. Novas legislações aprovadas e notoriamente direcionadas valoraram aspectos de natureza histórica e distância, portanto não houve tratamento simétrico, pois ao se analisar a geografia do

município de Curimatá se observa a posição central e de centro financeiro para os municípios limítrofes que ensejaria tratamento análogo.

Outro fator que corroborou com a baixa demanda processual da comarca de Curimatá reside no fato de ter passado mais de uma década sem a presença de um juiz titular o que gerou na população de 17 mil habitantes (Curimatá/Júlio Borges), um sentimento de descrédito no judiciário, sendo que o ônus recai no próprio Estado de desprover essa parcela de seu direito fundamental de acesso à justiça, na sua visão moderna.

Ressalta que a situação foi criada pelo próprio Estado que levou a população a vivenciar uma grave situação de calamidade, com verdadeiro abandono jurisdicional desse contingente populacional e ainda como medida de caráter punitivo os sujeitando a um *bis in idem*.

3 POSIÇÕES DOS ÓRGÃOS/PROFISSIONAIS COM ATUAÇÃO NA JURISDIÇÃO

O Tribunal de Justiça do Piauí entende que o fenômeno não causou perdas a sociedade, ao contrário, houve benefícios, pois na unidade judiciária agregada se manteve um posto de atendimento a população e se acabou com deslocamento de juízes da capital para o interior para responderem cumulativamente por mais de uma comarca e neste caso economizando com pagamentos de diárias, a realidade tem mostrado que permanecem o pagamento de diárias quando do deslocamento aos postos de atendimentos avançados.

Apontam ainda que a agregação das Comarcas iria baratear os processos e permitir um incremento na prestação jurisdicional, porque o jurisdicionado iria se dirigir a um Fórum e lá encontrar um juiz, uma secretaria funcionando, servidores e até promotor, sendo que a otimização seria em torno de 30%, algo equiparado a R$ 40 milhões de reais por ano. Esse valor será todo investido na qualidade do serviço ser prestado pelo Judiciário.

Quatro anos após o inicio da agregação de comarcas o quadro funcional do judiciário do Estado do Piauí é deficitário, com a quase totalidade das unidades de instância inicial com vagas a serem preenchidas.

Registra-se que é função Estatal garantir a existência de certas materialidades, dentre elas o acesso à justiça, em favor da coletividade, portanto se exige descentralidade e pelo fato da jurisdição ser uma função indelegável e à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição que garante a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos o ingresso aos órgãos judiciais é impreterível se afastar de tal análise variável como lucratividade inerente a função privada.

O Estado ao buscar suprir sua demanda orçamentária pode se valer do superávit das empresas estatais e direcioná-las àquelas funções de natureza indelegável, como a jurisdição. Com base em tal parâmetro não é relevante se invocar o principio da economicidade como balizador, pois o mesmo não impede o Estado de oferecer os serviços e sim tão somente ofertá-lo ao menor custo possível.

O ano de dois mil e vinte foi marcado ainda por nova mudança na estrutura da organização judiciária ao se aprovar uma nova resolução que possibilitou extinguir alguns

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dos postos de atendimentos (condição dada às antigas comarcas), configurando-se com um viés de definitividade quando a resolução autorizadora conferiu o status de provisoriedade.

No atual momento a promotoria da comarca de Avelino Lopes e ocupada cumulativamente pelo promotor da cidade de Corrente-PI, localizado a 150 km. Merece destaque que a comarca da cidade de Corrente veio a receber a comarca agregada de Cristalândia, estando responsável pelas demandas processuais das cidades de Corrente, Cristalândia e Sebastião Barros, com um contingente populacional de 38 mil pessoas.

No âmbito do próprio TJ/PI existe divergência quanto à legalidade do ato, pois para o desembargador Francisco Paes Landim existe um conflito de interesses entre essa pretensão estatal de desativar comarcas e o interesse que é também do Estado, mas, sobretudo das coletividades de ter seus respectivos municípios como sede de comarcas. O interesse estatal de extinguir é confrontado pelo interesse coletivo representado pelas populações das comarcas que pretendiam que seus municípios continuassem sediando as varas da Justiça estadual.

No sul do Estado, por exemplo, foram desativadas 15 comarcas, episódio realmente grandioso. A partir disso, entendeu que devia prevalecer o interesse das populações. Isso decorre da própria organização do Poder Judiciário que é um poder desconcentrado. A Justiça tem que ser interiorizada. Esse movimento é tão evidente que a própria Justiça Federal, assim como a Justiça do Trabalho, que não são interiorizadas, porque são regionais, tendem a se interiorizar, ir pelos sertões adentro, exatamente para que estejam próximas da população.

E a Justiça Estadual é interiorizada por excelência! Se houve realmente a assinatura de um contrato social na hora de formar o Estado, como propõem os corifeus do Iluminismo, sejam moderados, ou seja, radicais, tem cláusulas pétreas lá que não podem ser modificadas. Não podem ser fechados – deveria ter nesse contrato social – os hospitais, os órgãos de segurança, os tribunais, as escolas. São bens mais que essenciais, são bens necessários à civilização e à existência do próprio Estado. O fato de serem comarcas deficitárias não se justifica, pois não se trata de atividade empresarial, é um dever do Estado subsidiar todas essas atividades do Poder Judiciário nacional em toda parte. O direito ao judiciário é de todos, sendo que a baixa demanda processual não exime sua atuação nas comunidades pacificadas e a crise financeira alcança a todos, tanto as grandes metrópoles como também as cidades interioranas.

Nessa linha de pensamento é oportuno analisar a noção de interesse público que se materializa em primário e secundário, onde o interesse público primário é o verdadeiro interesse a que se destina a administração pública, pois este alcança o interesse da coletividade e possui supremacia sobre o particular, já no que diz respeito ao interesse público secundário este visa o interesse patrimonial do Estado.

No tocante aos atos praticados por iniciativa do Tribunal de Justiça do Piauí, se constata que o interesse secundário alcançou maior relevância do que os anseios da coletividade que foram privadas até mesmo da participação no processo de discussão da matéria.

Isso porque apesar da distância entre Curimatá e Avelino Lopes ser de quarenta e quatro quilômetros, existe povoado da antiga comarca, situados a mais de cem, e a única linha

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de transporte autorizada entre as cidades, sai de Curimatá às quatro horas da manhã e retorna às dezesseis horas.

Corrobora com tal posição o fato de no ano de dois mil e dezoito, dois anos após as primeiras agregações acontecerem, ter sido criado, uma nova vaga de desembargador a ser preenchida pelo critério de antiguidade e junto à vaga, a formação de quadro de pessoal de um novo gabinete, custeado a partir da economia orçamentária das comarcas deficitárias advindos da privação da população marginalizada socialmente do acesso á justiça.

A Ordem de Advogados do Brasil, Seccional Piauí – OAB/PI, em posição de seu presidente Celso de Barros, entende que a agregação de comarcas teve um planejamento, mas ele não está sendo cumprido. As comarcas não seriam extintas. Elas se tornariam postos avançados, não iriam ser completamente fechadas, mas sim agregadas a uma comarca-mãe, e essa comarca-mãe, através do seu juiz, iria resolver os problemas também das comarcas agregadas. Porém, isso não está funcionando. O acesso da população à Justiça é um direito fundamental, e que, por isso, deve ser assegurado a todos os cidadãos, mesmo que isso gere custos maiores aos cofres públicos, temos que ter Justiça em todo recanto do Piauí. A Justiça não escolhe local, não escolhe geografia. Mesmo que seja antieconômico, a justiça deve ser levada a todo lugar. É como a saúde, e educação.

O presidente do Sindsjus-PI (Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Piauí), Carlos Eugênio de Sousa, se posicionou contrário à decisão da agregação de comarcas feita pelo Tribunal de Justiça do Piauí. Para ele, o processo não foi positivo para nenhum dos lados, nem para a comarca agregada e nem para a comarca agregadora.

De acordo com o sindicalista, a maioria das comarcas sofre com número deficiente de servidores e com a sobrecarga de demandas. Com a agregação das comarcas, esse problema se acentuou mais ainda. Faltam juízes, faltam promotores e temos muita carência de servidores. A demanda ainda é muito grande e a quantidade de servidores e magistrados é muito pequena para o judiciário piauiense.

> A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), a garantia de acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e, ainda a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX). (THEODORO JÚNIOR, 2015).

De forma análoga a Associação entende que a agregação de comarcas foi na verdade o cerceamento de direitos da população que foi descartada do debate e as consequências que os afetariam, que os levaram de forma arbitraria a um retrocesso sem precedentes.

Em vinte de julho do ano de dois mil e vinte, por intermédio da resolução 182/2020, as comarcas de **Bocaina, Cristalândia, Francinópolis, Ipiranga do Piauí, Isaías Coelho, Monte Alegre do Piauí e Nossa Senhora dos Remédios perderam a condição de comarca e passaram a termos judiciários.**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4 DEMANDAS JUDICIAIS

O Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Piauí ingressou com uma ação direta de inconstitucionalidade nº 2016. 0001. 006833-7, perante o TJ/PI que se encontra concluso ao relator Desembargador Fernando Carvalho Mendes.

Entendem que diante da sanção do referido dispositivo legal, pode-se concluir que ao Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, a partir de então, é permitido proceder, por meio de Resolução à desativação de unidades administrativas ou judiciárias, sua agregação a outras unidades, à definição de competência de suas unidades judiciárias e à alteração da vinculação de termos judiciários e que tal permissivo é ilegal e inconstitucional, e sem nenhum parâmetro, a qualquer momento, ser extintas ou agregadas, de forma casuística, acarretando prejuízos irreparáveis à vida dos servidores e à da população das cidades atingidas, cujas populações e seus representantes não serão ouvidos pela direção do TJPI, quando da adoção dessas medidas restritivas de acesso ao Poder Judiciário.

O Conselho nacional de Justiça, através de inúmeros procedimentos administrativos tem reconhecido com base na resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que os atos vinculados e não discricionários, restando aos tribunais à adoção de medidas que assegurem a extinção, transformação ou transferência de unidades judiciárias e/ou comarcas com distribuição processual inferior a 50% da média de casos novos por magistrado do respectivo tribunal, no último triênio.

Por outro lado, no âmbito do referido Conselho, em decisão da lavra da conselheira Maria Tereza Uille Gomes foi determinado em procedimento de controle administrativo, a suspensão da Resolução nº 13/2019 do TJ/BA que determinava o fechamento de 18 comarcas do interior do estado, até a análise do mérito da questão.

A decisão também aborda a contradição do tribunal de criar vagas para desembargadores. "Dessa forma, vislumbra-se uma aparente contradição do TJ-BA, na medida em que alega dificuldades financeiras para fundamentar a desativação de Comarcas no interior, mas cria novos cargos na segunda instância, acarretando aumento significativo de despesas. Esse plausível descumprimento da Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição caracteriza o fumus boni iuris", pontua a Conselheira.

Em 20 de julho de 2020 foi realizada uma audiência de conciliação promovida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), agora sob a relatoria do conselheiro Marcos Vinícius Jardim Rodrigues onde o Tribunal de Justiça da Bahia, através de seu presidente, expressou o desejo de conciliação ad referendum (sujeito à aceitação posterior por parte de um colegiado) do Pleno do Tribunal de Justiça da Bahia, voltando atrás na desativação planejada, afirmando que o Poder Judiciário não pode, em nome de um economicismo, esquecer-se daqueles que estão na ponta, esperando a prestação jurisdicional.

O Estado do Piauí no ano de dois mil e dezoito criou uma nova vaga de desembargador e no ano vindouro deu inicio aos trabalhos de reformulação da lei de organização judiciária, sendo uma das propostas dessa reformulação, a criação de três novos cargos de desembargadores.

Segundo a gestão executiva do município de Curimatá tramita junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Piauí processo específico no qual se discute a relevância da desagregação da comarca de Curimatá.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada nesta pesquisa foi a dialética, com pesquisa bibliográfica e exploratória em doutrinas, com autores como: Barosso (2020), Carvalho (2016) e Carvalho Filho (2014). Além de artigos, sites especializados e legislação temática, com tratamento quantitativo, pois existem leis e normas específicas que fomentam as discussões a respeito da temática.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A doutrina nos mostrou que a plenitude do acesso à justiça é alcançada a partir do momento em que sua população passa a conhecer os seus direitos e quando estes são violados existam mecanismos que assegurem a seu exercício.

Esse critério ao ser analisado a partir da situação educacional presente no Estado do Piauí que conta com uma população maior de quinze anos no percentual de 16,6% analfabetas e quando analisado no contexto local o município de Curimatá e de Júlio Borges (antigo termo judiciário) são de 23% e 20,9% respectivamente. Quando o público é de pessoas com 60 anos ou mais, a taxa de analfabetismo do Piauí é de 42,7% reflete o quão distante esse público estar de um efetivo acesso à justiça.

É preocupante a situação dessa população ao se analisar tão somente esse critério, ao se inserir o fator socioeconômico, observa-se quanto maior o nível de pobreza de uma pessoa, maior será o reflexo do seu nível de informação.

O Estado é o sétimo mais pobre da nação, e o quarto pior em distribuição de renda, e quando da decisão pela agregação era o terceiro, o que leva à compreensão de que sua população ainda sofre com a falta de informação, pois estamos diante de uma parcela considerável que ainda que tenha uma informação, não sabe como processá-la e assim optam involuntariamente pela exclusão de seu direito.

Somam-se as variáveis apontadas a cultural e um país subdesenvolvido e cujos dados do Estado ainda são piores do que o nacional o sentimento de abandonado, de descaso, de desprezo, de esquecimento do poder público que passa décadas sem efetivo exercício da prestação jurisdicional tole a população da efetiva busca de resolução da lide pelo órgão competente.

Esses dados já são suficientes para a constatação de privação do acesso a justiça que passa a população de Curimatá e Júlio Borges, todavia o trabalho realizado foi mais amplo e traz dados que irão massificar essa compreensão.

Ao se analisar a legislação que embasa o processo de agregação de comarcas no Estado do Piauí, com destaque a de Curimatá, se convence de que existe durante o seu processo legislativo vício de legalidade, pois o mandado Constitucional confere somente ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Estado o poder de organização do seu judiciário, cabendo ao tribunal a iniciativa de propositura.

O texto da Lei Complementar nº 211/2016 é um ato de delegação ao Tribunal do Estado para promover mediante ato interno a agregação de comarcas. O vício é patente, pois os critérios objetivos deveriam incidir no corpo da própria lei complementar juntamente com a relação daquelas comarcas que seriam agregadas. A resolução que se mostra como uma mera reprodução das diretrizes determinadas pelo Conselho Nacional de Justiça o que poderia ser interpretado como uma interferência ilegal do órgão na autonomia do estado do Piauí define que a demanda de novos processos por comarcas corresponda pelo menos cinquenta por cento da média trienal de todo o Estado.

Registra-se que nenhuma das comarcas destacada alcançou o critério objetivo que as permitiriam manter seu status, ainda sim três delas, após agregação conseguiram o restabelecimento de sua jurisdição plena.

Essa norma vigente por ainda não haver manifestação quanto à inconstitucionalidade faz-se necessário sua análise a partir de alguns princípios constitucionais. Isso porque o Poder Judiciário Estadual como ente público, se encontra sujeito à estrita observância e regido pelo direito público, em especial o administrativo.

Segundo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2005), na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Dessa forma, o princípio da razoável duração do processo foi gestado a partir da percepção de que toda pessoa tem de uma imediata ou breve certeza sobre a sua situação jurídica e quando se observa que a agregação de comarcas simplesmente sobrecarregou a figura do juiz com uma maior carga processual se constata sua violação.

A produtividade dos funcionários, apesar de grande *déficit* de pessoal, devido à modernização digital permitiu um aumento, todavia toda a produção de duas comarcas e dois termos judiciários à espera de despacho/sentença, figura na mão de um único juiz para o exercício de função indelegável.

A inafastabilidade da jurisdição garante a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos o ingresso aos órgãos judiciais e essa garantia não implica apenas na existência em algum lugar do órgão jurisdicional, mas sim da garantia de provimento de que todas as condições necessárias a esse ingresso devam ser garantidas, o que no atual cenário não acontece, pois o único acesso regular entre as duas cidades acontece por uma linha de ônibus que sai de Curimatá às quatro horas da manhã com retorno às dezesseis horas.

Quanto à economicidade espera da administração pública a obtenção do resultado buscado com o menor custo possível, mantendo a qualidade e buscando a celeridade na prestação do serviço ou no trato com os bens públicos, este, portanto não serve de justificativa para defesa da agregação da comarca, uma vez que enaltece a eficiência da administração e não a privação do acesso à justiça, em sentido contrário novas vagas de desembargadores são criadas e/ou estudadas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda dentro dos princípios, se invoca o da vedação compreendido como a impossibilidade de que os direitos retroajam, só podendo avançar na proteção dos indivíduos, sendo inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios.

A criação de um posto de atendimento é um retrocesso e fere o principio analisado, ao aumentar despesas de uma população em vulnerabilidade e os meios digitais que dizem que serão implantados não alcançarão satisfatoriamente esse público.

Soma-se a isso o desrespeito à própria resolução editada pela justiça ao promover desagregação de comarcas invocando a distância acima de cem quilômetros da comarca agregadora e a grande extensão territorial do município, além de sua importância histórica. Trata-se de comarca instituída no ano de 1874, antes da criação do próprio Tribunal de Justiça.

O processo legislativo foi plenamente observado, pois a iniciativa foi respeitada, aprovada no Legislativo e sancionada pelo Executivo, todavia essa nova lei promoveu o tratamento diferenciado entre jurisdicionado onde alguns se sujeitam ao rigor da lei e outros às benesses. Pelos critérios utilizados aplicados às comarcas recriadas, a de Curimatá goza de uma situação geográfica privilegiada, por ser o centro econômico e financeiro da sua microrregião, além de seu termo judiciário (Júlio Borges) ter comunidades situadas a mais de cem quilômetros de distância de Avelino Lopes e possuir maior contingente populacional que as demais.

É patente que o acesso à justiça nessas condições ficam plenamente limitadas e que esse fenômeno distancia o judiciário, representado pela figura do juiz, pois a população deixa de contar com essa referencia no seu cotidiano, as novas gerações por não terem convivido e a atual por se adaptar ao conceito do judiciário como um prédio abandonado no centro da cidade. Quanto à carga processual, como o ocorrido, aumenta para cada magistrado o acesso também é limitado, pois o desrespeito às garantias de razoável duração do processo e inafastabilidade da jurisdição são mitigados.

Para abertura de um processo de agregação existe a necessidade de compromisso do Judiciário em designar magistrado a cada uma dessas comarcas por um triênio para somente assim se passar a análise dos critérios objetivos, claros e dispostos em lei que embasassem tal relativização de direito fundamental.

Na prática, a comarca foi desassistida da presença de um magistrado de forma permanente por uma década. No tocante a eficiência do Judiciário de entrância inicial ainda de forma preliminar é possível apontar a sobrecarga processual nas mãos de juízes e comarcas desassistidas da figura de um juiz titular o que corrobora para o entendimento de que as promessas do Judiciário de agilidade processual ainda se encontram apenas no papel como peça necessária a motivar o processo legislativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa se propôs, como objetivo geral, verificar se a agregação de comarcas violou o direito fundamental de aceso à justiça. Para seu êxito se colecionou vasto material que possibilitou apresentar considerações a cerca do que a doutrina entende como o acesso à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

justiça. É oportuno apontar que a pesquisa apresenta uma análise dos dados colhidos sob o prisma do autor e que as lacunas existentes comporta uma nova análise quanto ao tema e ao objeto de estudo, afinal o processo é cronologicamente recente, tendo em vista que outras comarcas abarcadas pela resolução ainda não foram agregadas e no futuro com a compilação de dados mais criteriosos será possível aferir novas conclusões ou pugnar pelas mesmas.

Nesse momento, consideramos que o objeto delineado foi alcançado entendendo que apesar da possibilidade de um direito fundamental poder ser relativizado exige a apresentação de dados relevantes que justifique a medida que deve ser sempre uma exceção e não regra.

A agregação da comarca de Curimatá promoveu a exclusão de boa parte da população situada abaixo da linha de pobreza e ao não se adotar critérios uniformes feriu os princípios que norteiam a administração pública.

A análise da demanda processual trienal levou ao entendimento de que diferente das conclusões da justiça à agregação não se materializou como um benefício à sociedade isso porque acumular cargas processuais relativos a duas comarcas é humanamente exaustivo, pois os atos processuais continuam a cargo de um único magistrado que não consegue da vazão a toda a demanda apresentada pelos serventuários que com a agregação passou a ser em maior número. A literatura pátria entende que as políticas públicas são responsabilidade estatal e deve ser descentralizada, posição essa ignorada pelo Judiciário que com a decisão promoveu verdadeira centralização, tornando a justiça mais cara e morosa a quem vive abaixo da linha de pobreza. O déficit orçamentário do Judiciário também não devia ser invocado para o que justificar o que representantes entendem ser um engodo, isso é a manutenção de comarcas deficitárias. O orçamento público é estruturado a partir da premissa da isonomia onde se entende que se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Por todo o exposto entendemos que as variáveis invocadas não habilitam a promoção de sua agregação, pois é patente a falta de critérios técnicos e para fins sugestivo se entende que a relativização do direito fundamental fosse abortado ou em caso de entendimento da possibilidade de sua relativização que a resolução voltasse *ab initio* (retornasse ao início) para correção dos vícios insanáveis e no novo texto especificar: permissivos legais e critérios embasadores de forma clara e objetiva.

REFERÊNCIAS

BAHIA. **Resolução nº 13 de 29 de julho de 2019.** Desativa Comarcas de Entrância Inicial, observando o disposto na Resolução n. 184/2013, do CNJ. Salvador-BA, jul. 2019.

BAROSSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil:** crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf. Acesso: 20 de abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Página 12.

BRASIL. **Instituto brasileiro de geografia e estatística - IBGE**. Pnads, 2001. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza.html. Acesso em: 19 de abr. 2020.

BRASIL. **Resolução CNJ nº 184, de 06 de dez. de 2013.** Dispõe sobre critérios para criação de cargos, funções e unidades judiciárias no âmbito do Poder Judiciário. Brasília, DF, dez 2013.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARVALHO. Cromwell de. **A desativação de comarcas no Piauí:** A crise da relativização de prioridades. Jornal O Libertas, Teresina-PI, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 7ª ed. Podium, 2009.

MIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PESTANA, Bárbara Mota. **Direitos fundamentais:** origem, dimensões e características. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50756/direitos-fundamentais-origem-dimensoes-e-caracteristicas. Acesso em: 22 abr. 2020.

PIAUÍ. **Lei Ordinária nº 3.716 de 12 de dez. de 1979.** Dispõe sobre a organização Judiciária do Estado do Piauí e dá outras providências. Teresina-PI, dez. 1979.

PIAUÍ. **Lei Complementar nº 211, de 08 de junho de 2016.** Altera dispositivos da Lei nº 3.716, de 12 de dezembro de 1979, e dá outras providências. Teresina-PI, jun. 2016.

PIAUÍ. **Resolução Tribunal de Justiça nº 02, de 12 de novembro de 1987.** Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Teresina-PI, nov. 1987.

PIAUÍ. **Resolução Tribunal de Justiça nº 05, de 23 de março de 2015.** Aprova Minuta de Projeto de Lei. Teresina-PI, mar 2015.

PIAUÍ. **Resolução Tribunal de Justiça nº 15, de 11 de julho de 2016.** Dispõe sobre a agregação de Comarcas do Estado do Piauí, e dá outras providências. Teresina-PI, jun. 2016.

PIAUÍ. **Resolução Tribunal de Justiça nº 55, de 16 de fevereiro de 2017.** Altera dispositivo da Resolução nº 15/2016 de 11.07.2016. Teresina-PI, fev. 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

PIAUÍ. **Resolução Tribunal de Justiça nº 171, de 17 de fevereiro de 2020.** Propõe envio ao Poder Legislativo de projeto de lei alterando a Lei de Organização Judiciária do Estado, para desagregar a Comarca de Santa Filomena. Teresina-PI, fev. 2020.

PIAUÍ. **Resolução Tribunal de Justiça nº 179, de 06 de julho de 2020.** Dispõe sobre a desativação provisória de Unidades Jurisdicionais do Estado do Piauí e dá outras providências. Teresina-PI, jul. 2020.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça.** Salvador, Bahia, Editora Dois de Julho, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – vol. I**. 56. ed. rev., atual e ampliada. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, C. A. **Democracia, educação e multiculturalismo:** dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ASPECTOS JURÍDICOS DA RECUSA DA REALIZAÇÃO DO TESTE DE ETILÔMETRO.

MAURÍCIO VIETH: Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins (UniCatólica).

FLÁVIO AUGUSTUS DA MOTA PACHECO[136]

WELLINGTON GOMES MIRANDA[137]

(orientadores)

RESUMO: Trata-se de escrito resultado de pesquisa exploratória, bibliográfica e descritiva que, tem a finalidade de discorrer sobre a legalidade e constitucionalidade da autuação ao recusar o teste do bafômetro. Valendo-se de abordagem quantiqualitativa, analisando pontos imprescindíveis, como a violação aos direitos e garantias individuais relativos à liberdade de ir e vir, a presunção de inocência e a individualização da pena. A pesquisa que serve como base para este trabalho possibilita uma articulação entre o Direito Constitucional, que é o ramo das ciências jurídicas que estuda a lei suprema do Estado Brasileiro e o Direito Penal que é utilizado como seu último recurso (última ratio), havendo extrema necessidade para as resoluções quando são afetados os bens jurídicos mais importantes em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de ir e vir. Presunção de inocência. Auto de infração. Etilômetro. Individualização da pena.

ABSTRACT: This is a written result of exploratory, bibliographic and descriptive research that aims to discuss the legality and constitutionality of the assessment when refusing the breathalyzer test. Using a quantitative and qualitative approach, analyzing essential points, such as the violation of individual rights and guarantees regarding the freedom to come and go, the presumption of innocence and the individualization of the penalty. The research that serves as the basis for this work allows an articulation between Constitutional Law, which is the branch of legal sciences that studies the supreme law of the Brazilian State and Criminal Law that is used as its last resort (ultimate ratio), with extreme need for resolutions when the most important legal assets in question are affected.

KEYWORDS: Freedom to come and go. Presumption of innocence. Infraction notice. Ethometer. Individualization of the penalty.

Sumário: Introdução – 1. O direito de não produzir prova contra si mesmo e o direito de permanecer em silêncio; 1.1. O princípio da presunção de inocência e a questão do ônus da prova; Considerações finais. Referências.

136 Administrador, Mestre em Administração e Doutor em Administração. Professor da universidade federal do Tocantins e do centro universitário Católica do Tocantins.

137 Professor da Unicatólica do Tocantins, Mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional pela ESMAT/UFT, especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT/UFT, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus Brasília/DF, analista jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, Médico Veterinário e bacharel em Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

Em 1997 foi sancionado o novo CTB que determinava o limite de gramas de álcool por litro (g/l) medido por etilômetro. Já em 2008 foi criada a Lei nº 11.705, a famosa Lei Seca, que após muitas discussões foi aprovada buscando diminuir os acidentes de trânsito, já que boa parte tem o envolvimento de condutores alcoolizados. De lá pra cá essa Lei sofreu diversas mudanças, tornando-se cada vez mais rígida.

No ano de 2016 foi incluído na Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (BRASIL,1997) nosso Código de Trânsito Brasileiro o artigo 165-A, pela Lei nº 13.281, gerando uma acirrada controvérsia, questionamentos e dúvidas, pois estipula severas punições para quem se recusa fazer o teste do bafômetro. A maior discussão então seria sobre à constitucionalidade do dispositivo, posto que pode ferir direitos fundamentais como o da liberdade, da presunção de inocência e da não auto incriminação.

Com o passar dos anos começou a se formar um entendimento judicial em alguns estados, considerando a simples recusa ao teste como sendo insuficiente para a aplicação das sanções, iniciando uma corrente pela inaplicabilidade, por inconstitucionalidade, do artigo aludido.

Com isso, é bastante discutido sobre o acusado não ser obrigado a ceder o sangue para exame, soprar o etilômetro, até porque esse tipo de prova envolve a violabilidade do corpo humano do suspeito. Ocorrendo a recusa, existe o meio de prova testemunhal também.

Sendo assim, quando alguém usufrui do direito de não se autoincriminar, não estar submetido a qualquer sanção. Até porque o que está autorizado por uma norma, não deve estar proibido por outra. Portanto, será isso que será tratado com mais clareza no presente trabalho.

1 O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO E O DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO

Vale destacar que, embora sempre mencionado pela doutrina e jurisprudência, o direito de não produzir prova contra si mesmo não está manifestado explicitamente em nosso ordenamento jurídico.

No art. 5º. LXIII, a Constituição da República Federativa do Brasil garante o direito ao silêncio, ao antecipar que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" (BRASIL, 1988).

E complementando nessa mesma lógica, o Pacto De San José Da Costa Rica ou Convenção Americana De Direitos Humanos, que foi integrado no direito brasileiro através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (PLANALTO.GOV.BR, 1992, Art. 8) antevê no artigo 8º que

> 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

> Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
>
> g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e […]

O objetivo é tentar entender se este direito abarca apenas o impedimento de arrancar obrigatoriamente do incriminado subsídios verbais que possam prejudica-lo, ou se é totalmente inaceitável que o Estado constranja o indivíduo a produzir provas contra si mesmo.

Segundo explica Moro (2006, p. 434) não se verifica com facilidade contextos que expliquem o aumento do direito ao silêncio para proteger as comunicações dos signos visuais. Pois isso, conforme ele, compelir, através do processo legal, o incriminado a contribuir com o processo em determinados casos específicos não atinge, com exceção dos casos de confissões, a confiabilidade da prova. O autor ainda elucida que em nenhuma hipótese pode ser legitimada a tortura ou qualquer outro meio de coação proibidos pelo Direito.

Finaliza que, nos dias de hoje, o direito de permanecer em silêncio possui o objetivo de tentar prevenir ao máximo, mesmo que não seja de forma absoluta, a realização de confissões obrigadas, independente de ser ameaça física ou moral, e evitar que o incriminado seja submetido a ter que confessar o crime.

Pacelli (2018, p. 45) seguindo o mesmo raciocínio, entende que o direito de permanecer em silêncio envolve não só a possibilidade que o incriminado ou o encarcerado continue em silêncio no percorrer de toda a investigação e mesmo em juízo, mas também evita que ele seja forçado a produzir ou a cooperar com a concepção da prova contrária ao seu interesse. O autor destaca ainda que nesta última conjectura a participação do réu é permitida em casos extravagantíssimos, que não só estejam expressamente previstos pela lei, mas que também não afete a integridade do agente.

As hipóteses legalmente previstas no ordenamento jurídico brasileiro são o fornecimento pelo acusado da sua escrita de próprio punho, para o reconhecimento de escritos por meio da comparação da letra e a realização do teste do etilômetro (bafômetro), a qual está prevista no art. 306, §2 do Código de Trânsito Brasileiro - com redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014. (PLANALTO.GOV.BR, 2014, Art. 306, §2). Acresça-se que a Lei nº 13.281, de 4 de maio de 2016 (BRASIL, 2016) alterou o CTB para expressamente tipificar a sanção a quem se recusa a se submeter a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa.

Em sentido contrário, grande parte da jurisprudência, incluindo o Superior Tribunal de Justiça, atualmente entende que nessas hipóteses há uma violação ao suposto direito de não produzir prova contra si mesmo.

No julgamento do HC 166.377 - SP (Superior Tribunal de Justiça, 2010) de relatoria do Ministro Og Fernandes, o Denunciado dirigia o veículo automotor pela contramão de direção, momento em que foi interceptado por uma viatura policial. Na abordagem realizada pelos policiais militares, foi constatado o visível estado de embriaguez alcoólica do denunciado, que se recusou a se submeter a qualquer exame de alcoolemia, inclusive o bafômetro. Por esse motivo, a defesa sustentava a falta de justa causa para a ação penal em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

razão da ausência de provas, apontando que o acusado foi submetido apenas a exame clínico, "o qual não é apto para constatar a concentração de álcool por litro de sangue".

Em seu voto, o Min. Fernandes (2010, p. 06) argumentou que

> […] o indivíduo não é obrigado a se autoincriminar (produzir prova contra si mesmo) e, em razão disso, não ser obrigado a se submeter ao teste de bafômetro ou a exame de sangue e, também, que o crime previsto no art. 306 do CTN exige a realização de prova técnica específica […].

No Acórdão (Superior Tribunal de Justiça, 2010), os eminentes Ministros foram unânimes em conceder a ordem de *habeas corpus*, por entenderem que, com o advento da Lei nº 11.705/08, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue na dosagem etílica superior a 6 (seis) decigramas, a qual não pode ser presumida, tornando-se indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue.

Insta mencionar que a Lei nº 12.971, de 9 maio de 2014 (BRASIL, 2014), alterou o art. 306 do CTB, admitindo no §2 deste dispositivo outros meios de prova, tais como "teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova."

No mesmo sentido do entendimento do STJ, recentemente o Ministério Público Federal manifestou-se em parecer no recurso especial nº 1.720.065/RJ (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018), defendendo que a recusa em submeter-se ao teste do etilômetro não implica, por si só, em implacável reconhecimento de estado de embriaguez, sob pena de violação da vedação à autoincriminação, do direito ao silêncio, da ampla defesa e do princípio da presunção de inocência.

E ainda, o Santos (2018, p. 2682) argumentou que

> […] se o indivíduo não pode ser compelido a se autoincriminar, *nemo tenetur se detegere*, não pode ser obrigado a efetuar o teste do bafômetro, competindo à autoridade fiscalizadora provar a embriaguez a fim de aplicar as sanções previstas pelo art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro através dos mecanismos dispostos pelo artigo 277 do mesmo diploma […]

Dessa forma, o MPF concluiu que na inexistência do teste de alcoolemia, cabe à autoridade de trânsito a produção de outras provas do suposto estado de embriaguez do ora recorrido por meios diversos, tais como o exame pericial, a comprovação testemunhal ou, até mesmo, a descrição do estado físico e mental do abordado.

Na Súmula HC: 93916 a Min. (Lúcia, 2008) já se posicionou sobre o assunto:

> "Habeas corpus. constitucional. impossiblidade de se extrair qualquer conclusão desfavorável ao suspeito ou acusado de praticar crime que não se submete a exame de dosagem alcoólica. direito de não produzir

> prova contra si mesmo: nemo tenetur se detegere. indicação de outros elementos juridicamente válidos, no sentido de que o paciente estaria embriagado: Possibilidade. lesões corporais e homicídio culposo no trânsito. descrição de fatos que, em tese, configuram crime. inviabilidade do trancamento da ação penal.
>
> 1. Não se pode presumir que a embriaguez de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo: Precedentes.
>
> (...).
>
> 3. Ordem denegada".

Assim, percebe-se que a Suprema Corte Brasileira também defende a existência do direito de não produzir prova contra si mesmo. Entretanto, concordamos com o posicionamento de Pacelli (2018, p. 391), isso porque, o objetivo do direito ao silêncio é proteger a integridade física, psíquica e moral do acusado. Ou seja, o direito ao silêncio busca proteger o réu de medidas realizadas pelo o Estado que afetem a integridade ou a dignidade do acusado. Nesse sentido, compelir alguém a soprar o aparelho do etilômetro não nos parece atingir a sua integridade.

De mesmo modo, assim como concluiu Moro (2006, p. 441), acreditamos que não há argumentos jurídicos ou históricos que autorizem a dilatação do direito ao silêncio para um direito genérico de produzir prova contra si mesmo. Conforme bem expõe o autor, "A invocação de pretenso direito da espécie pela doutrina e jurisprudência brasileiras é mais fruto do poder de um *slogan* do que de robusta argumentação jurídica." Ainda, no direito comparado, não se tem notícia de limitação do teste do bafômetro.

Enquanto o legislador brasileiro optou por tratar a questão da recusa ao teste de alcoolemia no Código de Trânsito Brasileiro (PLANALTO.GOV.BR, 2020) ou seja, fora da lei penal, no Direito Comparado, a Espanha, por exemplo, optou por tratar esse tema no próprio Código Penal. *In verbis*:

> Artículo 383. El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Em outras palavras, a lei espanhola estipulou a pena de prisão de seis meses a um ano e a suspensão do direito de dirigir veículos automotores e ciclomotores por período superior a um e até quatro anos para o condutor que, requerido por uma autoridade, se negue a se submeter às provas legalmente previstas para a comprovação das taxas de alcoolemia e a presença de outras substâncias psicotrópicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Já em Portugal, o Código da Estrada prevê, no artigo 152, inciso 3, (DRE.PT, 2020, Art. 152, 3) que os condutores, peões (pedestres) intervenientes em acidentes de trânsito e pessoas que se propuserem iniciar a condução que recusem a se submeter às provas estabelecidas para a detecção do estado de influência pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas são punidas por crime de desobediência.

Interessante lembrar que no ordenamento jurídico brasileiro, a realização do teste do bafômetro é obrigatória, uma vez que o artigo 165-A da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 prevê sanção (multa, suspensão do direito de dirigir, recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo) em caso da recusa à realização ao teste. (PLANALTO.GOV.BR, 2020, Art. 165-A). Ocorre que, um alto número de pessoas, sabendo do "slogan" adotado pelo Poder Judiciário Brasileiro de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ingressam com ação para afastar os efeitos previstos na lei, e na maioria dos casos consegue decisão favorável do juiz.

Quanto a aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere* na questão da obrigatoriedade de o acusado ser submetido ao teste de etilômetro, de DNA ou outros exames, Queijo aduz (2003, p. 432) que com relação às provas produzidas com a cooperação do acusado, mas sem intervenção corporal

> […] poderão ser determinadas pela autoridade policial ou pela autoridade judiciária, mesmo sem o consentimento do acusado, desde que impliquem apenas a colaboração passiva deste; - se a prova for determinada pela autoridade policial, ficará sujeita, obrigatoriamente, ao controle jurisdicional, feito *a posteriori*; se necessitarem, para a sua produção, de colaboração ativa do acusado, imprescindível será o seu consentimento, precedido de advertência com relação ao *nemo tenetur se detegere*, exteriorizado previamente à realização da prova, livre e conscientemente de modo expresso; - para atender ao princípio da proporcionalidade, poderão ser determinadas quando houver indícios de autoria ou participação em infração penal, seja ela contravenção ou crime apenado com detenção ou reclusão.

Em síntese, conforme explicam Bedê Júnior e Senna (2009, p. 42-43), sobre a aplicação do direito ao silêncio na questão da obrigatoriedade de o acusado ser submetido ao teste de etilômetro, há duas correntes bem marcadas: a primeira defende ser impossível a submissão do réu a qualquer perícia contra a sua vontade, não se podendo extrair da recusa nenhuma presunção de culpa. Já a segunda corrente defende a possibilidade de sujeição do réu a exames compulsórios.

A primeira corrente fundamenta-se na não obrigatoriedade de o indivíduo submeter-se ao teste do bafômetro, pois mostra-se como um direito público subjetivo a não realização de provas contra si.

Já a segunda corrente, a qual nos filiamos, juntamente com Pacelli, Moro, Bedê e Senna, fundamenta-se no fato de que não há base normativa que sustenta o direito genérico de não produzir prova contra si mesmo. O que há, na realidade, é o expresso direito ao silêncio, que compreende a possibilidade do acusado ou réu permanecer em silêncio sem que

seja usado em seu prejuízo e abrange a impossibilidade de forçar o sujeito a realizações de exames que afetem a integridade ou dignidade do acusado, o que não é o caso do bafômetro.

Portanto, defende-se a possibilidade legal e constitucional da sujeição do acusado ao teste do etilômetro ou outro teste de alcoolemia de forma obrigatória, com a consequente sanção em caso da negativa de sua realização.

Portanto, demonstra-se aqui outro posicionamento doutrinário no qual os autores defendem a possiblidade legal e constitucional das consequências caso o acusado negue ao teste do bafômetro ou qualquer outro similar de forma obrigatória, com as devidas sanções no caso de recusa.

1.1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A QUESTÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Tendo em vista que o tema em análise envolve a questão da produção de prova, não há como deixar de falar sobre o princípio da presunção de inocência e sobre o ônus da prova.

Primeiramente, é importante definir o que é prova. Conforme Dinamarco (2001, v. 3, p. 43.), "prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para julgamento". Já para Echandia (1972, p. 34), "prova é todo motivo ou razão levado ao processo pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, para levar ao juiz o convencimento ou a certeza sobre os fatos".

Para Lopes Jr. (2017, p. 344.), "[…] o conceito de prova está vinculado ao de atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz." O autor acrescenta que

> Em suma, o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade cognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimar o poder contido na sentença.

Com isso, compreende-se que o objeto da prova é sempre a alegação de um fato e não o fato em si mesmo. Isso porque

> Os fatos, em si mesmos, são acontecimentos que têm existência no mundo real. O fato aconteceu ou não, existiu ou não, não comportando adjetivações ou valorações. Aquilo que existe na realidade não pode ser verdadeiro ou falso; simplesmente existe. Verdadeiros ou falsos só podem ser nossos conhecimentos, nossas percepções, nossas opiniões, nossos conceitos ou nossos juízos a respeito de um objeto. Os 'fatos' debatidos no processo são enunciados sobre os fatos do mundo real, isto é, aquilo que se diz em torno de um fato: é a enunciação de um fato e não o próprio fato. Em consequência, o objeto da prova não é o próprio fato. O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamento da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> acusação e da defesa. O que pode ser verdadeiro ou falso, verídico ou inverídico, ou 'probo', são as alegações sobre o fato.

No caso do presente estudo, ou a pessoa está embriagada, ou seja, ingeriu substâncias que alteram sua capacidade psicomotora; ou está sóbria. A questão é compreender, em primeiro lugar, se o acusado que possui interesse em demonstrar a sua inocência, ao se negar a efetuar o teste do etilômetro, denota com a sua atitude uma provável existência de culpa, ou seja, de estar embriagado. Em segundo lugar, busca-se verificar se a opção adotada pelo legislador de tornar obrigatória a realização do teste do etilômetro, ao tipificar a própria conduta de recusar-se a ser submetido a procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, está de acordo com as garantias processuais penais e com a Constituição Federal.

Quanto à primeira indagação, não se vislumbram motivos plausíveis/razoáveis para alguém que não tenha ingerido bebida alcoólica ou outra substância psicoativa se recusar a soprar o aparelho do etilômetro. Isso porque, a alegação de que o aparelho de bafômetro pode estar "descalibrado" pode ser contra argumentada pela possibilidade de se efetuar um segundo teste (de etilômetro em outro aparelho ou exame de sangue ou exame clínico) no momento do flagrante.

Ainda, a Portaria nº 202, de 4 de junho de 2010, do INMETRO, em seu item 7.2.2 determina que o aparelho do etilômetro deve passar por uma calibração a cada 12 (doze) meses. Nesse sentido, quando essa determinação não é cumprida, certamente a prova deve ser desconsiderada. Já há admirável entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre essa questão:

> Penal e processual penal. embriaguez ao volante. art. 306 da lei n.º 9.503/1997. dosagem alcóolica. aferição. lei n.º
>
> 11.705/08. fato anterior à alteração normativa cristalizada na lei n.º 12.760/12. ausência de exame de sangue. sujeição ao bafômetro. aparelho sem aferição há quase dois anos. imprestabilidade da prova. tipicidade. inexistência. ação penal. trancamento. recurso provido.
>
> 1. Com a redação conferida ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei n.º 11.705/08, tornou-se imperioso, para o reconhecimento de tipicidade do comportamento de embriaguez ao volante, a aferição da concentração de álcool no sangue de maneira precisa.
>
> 2. A Lei n.º n.º 12.760/12 modificou a norma mencionada, a fim de dispor ser despicienda a avaliação realizada para atestar a gradação alcóolica, acrescentando ser viável a verificação da embriaguez mediante vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova, de modo a corroborar a alteração da capacidade psicomotora.
>
> 3. Contudo, no caso em apreço, praticado o delito com a redação primeva da legislação e ausente exame de sangue, a sujeição do

> recorrente a etilômetro sem aferição pelo INMETRO, há quase dois anos, torna imprestável a demonstração da embriaguez, denotando ser desarrazoado validar a persecução penal fundada naquela prova, cuja precisão não se tem no caso concreto. Ausência de justa causa demonstrada.
>
> 4. Recurso ordinário provido para trancar a ação penal no tocante ao crime do art. 306 do CTB.

Por essa razão, não há porque temer o aparelho descalibrado, pois caso isso se confirme a prova não poderá ser utilizada.

Em relação à segunda indagação, vimos que não há argumentos jurídicos ou históricos que autorizem a dilatação do direito ao silêncio para um direito genérico de produzir prova contra si mesmo, uma vez que não há menção expressa a este direito no nosso ordenamento jurídico, nem nos tratados internacionais os quais o Brasil é signatário. Ademais, o objetivo do direito ao silêncio é proteger o réu de medidas realizadas pelo o Estado que afetem a sua integridade física, psíquica ou a dignidade humana. Sendo assim, assoprar o aparelho do etilômetro por alguns segundos não lesionar a integridade física do ser humano.

Quanto ao princípio da presunção de inocência, o art. 5º (CRFB, 1988. Art. 5. LVII) garante que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Para Lopes Jr, (2017, p. 349) “a presunção de inocência é uma barreira de contenção que, somente superada, pode legitimar uma condenação.” Nesse sentido, para que o réu seja condenado, é necessário que existem provas capazes de demonstrar que ele praticou um ato típico, ilícito e culpável. Com isso, o juiz se utilizará das provas para confirmar ou negar a enunciação da existência de um fato.

Sobre o ônus da prova, Badaró (2003, p. 196.) entende que inclusive nos processos regidos pelo princípio inquisitivo, compreendido esta como livre investigação da prova, ainda que os poderes instrutórios sejam utilizados pelo juiz, poderá permanecer a dúvida sobre fato relevante no momento de decidir. Acrescenta que por mais amplos que sejam os poderes concedidos ao juiz no campo probatório, e por melhores que sejam os meios de investigação, não se pode excluir a dúvida com resultado da atividade instrutória. Conclui que é fundamental que exista uma regra determinando ao juiz como decidir sobre aquele fato que se mostrou incerto ao final da instrução. Essa regra de julgamento a determinar a solução para a hipótese de dúvida judicial é denominada como ônus objetivo da prova, o qual o autor entende que deve existir sempre, independentemente de tratar-se de processo “dispositivo" ou “inquisitório”, ou seja, de um processo em que o juiz seja inerte ou tenha poderes probatórios.

Portanto, a afirmação de que o ônus da prova é incompatível com a “busca da verdade material” e com os poderes probatórios de que é atribuído o juiz para cumprir tal intuito é fruto de uma concepção parcial e incompleta do conceito de ônus. É possível que a parte não se desincumba do ônus da prova, mas que dessa inércia não decorra um prejuízo, pois o juiz determinou a produção de provas *ex officio*, que comprovaram a existência do fato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

favorável ao onerado. Nesta hipótese, haverá ônus da prova, embora se trate de ônus relativo ou imperfeito. Vejamos o que dispõe o Código de Processo Penal:

> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
>
> I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
>
> II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Por essas razões, concorda-se com Badaró ao afirmar que os poderes instrutórios do juiz no processo penal não são incompatíveis com a noção de ônus. Dito isso, é evidente que o acusado possui interesse na atividade probatória em buscar provas que confirmem a sua inocência.

Dessa forma, apesar de o ônus da prova da culpa do acusado recair sobre a acusação, todo acusado tem direito à prova, ou seja, a possibilidade de se levarem ao processo todos os elementos necessários à demonstração de sua inocência. Isso significa dizer que mesmo não recaindo sobre o acusado o ônus de provar a sua inocência, cabendo à acusação o esforço de provar a culpabilidade do acusado, é evidente que existe um interesse dele em demonstrar a sua inocência.

Ainda que o ônus da prova seja da acusação e apesar do fato de o réu possuir o direito ao silêncio, isto é, ele pode permanecer em silêncio e não ser considerado culpado, defende-se, no mesmo raciocínio de Bedê e Senna (2009, p. 38.), que esse direito não impede o acusado de colaborar nas investigações e na elucidação do fato criminoso, visto que o acusado tem interesse em provar sua inocência. Ademais, o princípio do *nemu tenetur se detegere* não acoberta medidas dos que pretendem dificultar ou destruir os meios de prova da prática do crime.

Portanto, em que pese o ônus da prova ser da acusação, defende-se a compatibilidade da obrigatoriedade do teste do etilômetro com o princípio da presunção de inocência e com o ônus da prova.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou a pesquisa em questão tratar sobre qual é a legalidade e constitucionalidade da autuação ao recusar o teste do bafômetro. É sabido que o policial assim como qualquer outro servidor público é dotado de fé pública, e tem competência para lavrar um auto de constatação de embriaguez nos casos de recusa e quando existirem os indícios suficientes para tal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Porém, quando não há a lavratura do auto, a hipotética infração carece de provas, assim como determina a Resolução do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) 432/2013, que versa sobre a obrigatoriedade do preenchimento do termo específico para a comprovação da infração, no caso de recusa à realização dos testes pelo condutor.

É importante rever a obrigação dessa constatação em caso de blitz por exemplo, independentemente dos conceitos morais, não podemos deixar de lado os princípios constitucionais. Apesar do Policial ter a fé pública, ele não exerce competência funcional para dar diagnósticos, visto que ele poderia até testemunhar odor etílico, descoordenação, mas muitas vezes esses sintomas podem ser de outras substâncias ou até decorrentes do estado de saúde. As vezes a previsão da lei pode ser justa aos olhos do leigo, mas não é de direito.

Esse entendimento busca resguardar o cidadão de bem, que por direito opta em não se submeter ao exame, e quando os Agentes não constam o conjunto de sinais necessários para validar o auto de infração.

Por fim, é um conteúdo que gera muitas discussões, com argumentos fortes e fundamentados para os dois lados, tanto para quem entende ser correta a sanção para quem recusa soprar o bafômetro, como também para quem entende ser totalmente constitucional.

REFERÊNCIAS

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto De San José De Costa Rica).** San José, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 301.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL é o quinto país do mundo em mortes no trânsito, segundo OMS. Metro Jornal, 01/05/2017. Disponível em: <https://www.metrojornal.com.br/foco/2017/05/01/brasil-e-o-quinto-pais-mundo-em-mortes-no-transito-segundo-oms.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL reduz mortes no trânsito, mas está longe da meta para 2020. **Portal do Trânsito**, 21 set. 2018. Disponível em: <http://portaldotransito.com.br/noticias/brasil-reduz-mortes-no-transito-mas-esta-longe-da-meta-para-2020/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.140.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DE BEM, Leonardo Schmitt. Primeiras impressões sobre a Lei nº. 13.281/2016. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 469, nov./2016, p. 89-98.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 43.

ESPANHA. **Código Penal**. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf. Acesso em: 05 abr. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. *Bafômetro: é obrigatório?* Disponível em http://www.lfg.com.br 02 julho. 2009.

INMETRO. **Portaria Inmetro nº 202**, de 04 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC001575.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2020.

JESUS, Damásio de. Limites à prova da embriaguez ao volante: a questão da obrigatoriedade do teste do bafômetro. **Revista Bonijuris**, Curitiba, ano XVI, nº 493, p. 19-22 , dez. 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 349.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.73.

MOURÃO, Natalia Lemos. Teste do Bafômetro - Conflito de Direitos: Direito à Vida X Direito a não produzir provas contra si mesmo. **Revista Jurídica**, São Paulo, nº 425, mar. 2013, p. 61-69.

MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 853, ano 95, nov./2006, p. 441.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 45.

PATRUS, Aline Leite Viana Dilly. Revisitando o princípio da não autoincriminação: incidência da garantia como meio de defesa no processo penal. v. 15, n. 26, jan.-jun. 2016, p. 259-303.

PLANALTO, Gov.br. Lei n. 9.503. Artigo 165-A. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm acessado em 14/04/2020.

PLANALTO, Gov.br. Lei n. 9.503. Artigo 165-A. Disponivel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm acessado em 18/04/2020.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 200.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 798, abr. 2002, p. 23-50.

Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS n. 166.377 - SP (2010/0050942-8)**. Relatoria Min. Og Fernandes - Sexta Turma, 30 mar. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10410135&num_registro=201000509428&data=20100701&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 26 mar. 2020.

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE DOS AVÓS NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E AS CONSEQUÊNCIAS DO NÃO CUMPRIMENTO

VITOR AUGUSTO BARRETO:
Bacharelando em Direito pelo IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

Coautora

RESUMO: Os alimentos, de forma legal, são as contribuições para indivíduos que possuem dificuldades e não podem arcar sozinhos com as suas necessidades fundamentais. O presente artigo científico, objetiva-se em mostrar o valor do instituto alimentar que em regra compete aos pais, porém na ausência ou até mesmo dificuldades e impossibilidades financeira, os avós serão responsáveis para suprir de forma subsidiária ou complementar a obrigação. Para a construção deste, foi analisado inicialmente o instituto dos alimentos e seus conceitos, para então analisar cuidadosamente a obrigação alimentar e seus aspectos legais da responsabilidade dos avós para com os netos. O trabalho foi baseado em pesquisas bibliográficas, artigos científicos e jurisprudências brasileiras. Por fim, tem como intuito concluir que é possível os avós serem responsáveis, porém utilizando-se de medidas mais brandas, que não afetem sua fragilidade ou cause danos, para assim fixar a execução da obrigação.

Palavras-chave: Responsabilidade dos Avós. Alimentos. Obrigação.

ABSTRACT: Food, legally speaking, is the contribution for individuals who have difficulties and cannot afford their basic needs alone. This scientific article aims to show the value of the food institute, which as a rule is the responsibility of parents, but in the absence or even financial difficulties and impossibilities, grandparents will be responsible to supply in a subsidiary or complementary manner. For the construction of the scientific article, the food institute, concepts and its modalities were initially analyzed, then carefully analyze the food obligation and its legal aspects of the grandparents' responsibility towards the grandchildren. The work was based on bibliographic research, scientific articles and Brazilian jurisprudence. Finally, this article aims to conclude that it is possible for grandparents to be responsible, but using milder measures, which do not affect their fragility or cause damage, in order to fix the performance of the obligation.

Key words: Grandparents responsibility. Foods. Obligation.

1. INTRODUÇÃO

Os alimentos são contribuições devidas ao individuo que não tem possibilidade de arcar sozinho com suas necessidades fundamentais. Em regra, a responsabilidade de garantir o sustento dos filhos é de competência de seus genitores, ou seja, dos pais, porém na dificuldade ou impossibilidade financeira, a obrigação pode ser estendida aos avós. O presente estudo, tem por objetivo demonstrar que é possível estender a obrigação aos avós, mas é necessário entender que são pessoas mais frágeis, por isso deve-se analisar a

razoabilidade na fixação da incumbência, preservando a eles qualquer medida extrema que possa causar danos.

Destarte, esta pesquisa tem como importância e objetivo revelar a necessidade da cautela no momento de estender a obrigação para com os avós, principalmente se houver a necessidade de aplicar qualquer pena por descumprimento de tal. Á vista disso foram utilizadas ideias de autoridades e analogias bibliografias, artigos, jurisprudências brasileiras, sobre o tema direito de família, alimentos e responsabilidade alimentar.

Como maneira de elucidar o estudo, o artigo está estruturado em tópicos. Antes de adentrar ao assunto principal da pesquisa, no primeiro tópico é necessário abordar sobre o instituto dos alimentos, para abarcar o conceito e sua importância.

2. INSTITUTO DOS ALIMENTOS

O direito de subsistência é garantido ao indivíduo, que de início pode ser alcançado de diferentes formas, a mais comum, pelo trabalho. Ocorre que muitas vezes este não consegue arcar com tal responsabilidade e por isso, o Estado salvaguarda, através da própria sociedade, a sobrevivência ao mais carente, ou que está em dificuldades. Tal direito é resguardado pelo artigo 6° da Constituição Federal, que preserva a educação, saúde, trabalho, cooperação aos desamparados, entre outros.

Assim, deduz que os provimentos são essenciais para o desenvolvimento do ser humano desde o início e, na esfera jurídica, "significam o conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo" (GAGLIANO, 2013, P. 681). Portanto, pressupõe-se que é uma contribuição para garantir suas mínimas condições de sobrevivência.

A nomenclatura alimentos está cada vez mais ampla no sentido jurídico brasileiro, pois acaba envolvendo tudo o que é necessário para sobrevivência do cidadão.

Yussef Said Cahali (2013, P.16) define o termo alimentos como:

> Adotada no direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, a palavra "alimentos" vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção.

O alimento é o pressuposto mínimo para subsistência, principalmente para quem não pode prover por si, podendo ser convindos em dinheiro ou com o próprio alimento, para avalizar a sobrevivência (AZEVEDO, 2000). *Á vista disso conclui-se que este é essencial, também, para o desenvolvimento.*

Vale relatar que a responsabilidade de dispor alimentos aos filhos compete em regra aos pais, ou seja, os genitores. Cada um deve contribuir de acordo com suas condições, observando os princípios da pensão alimentícia, que é a necessidade, possibilidade e proporcionalidade. Entretanto, essa mesma obrigação pode ser alterada caso tenha

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

modificação das condições das partes, essa mesma previsão está disposta no artigo 1699 do Código Civil.

Faz-se necessário entender que para que os avós arroguem a obrigação alimentar em relação aos netos, é essencial que os genitores apresentem a carência ou impossibilidade de cumpri-la. Assim dispõe Maria Helena Diniz "O alimentado não poderá, a seu bel prazer, escolher o parente que deverá prover seu sustento" (DINIZ, 2011, P.612).

Por fim, demonstrado o contexto geral sobre instituto dos alimentos, entende-se que a obrigação dos avós na contribuição alimentar aos netos é válida, porém depende de alguns pressupostos e características legais.

3. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DOS AVÓS

Como mencionado no tópico anterior a responsabilidade alimentar, prioritariamente está ligada aos pais e seus filhos, ou seja, a obrigação inicialmente é estabelecida aos genitores. Todavia, na ausência ou indisponibilidade de recursos para arcar com estas, os parentes mais próximos devem ser convocados para auxiliar com a responsabilidade e garantir o desenvolvimento do alimentado.

A súmula 596 do STJ diz a respeito, onde discorre que a incumbência alimentar dos avós tem natureza complementar ou subsidiária, desde que comprovado a inviabilidade total ou parcial dos pais.

Somente depois de todos os meios exauridos e atestando que os pais não podem, a responsabilidade pode recair sobre o parente mais próximo, no caso, a lei assegura os avós. Assim a prestação alimentar recai em face deles para com seus netos. Neste sentido, Dias (2016 P.578) dispõe:

> Os avós são chamados a atender a obrigação própria decorrente do vínculo de parentesco, tratando-se de obrigação sucessiva, subsidiária e complementar. Em face da irrepetibilidade dos alimentos, é necessária a prova da incapacidade, ou da reduzida capacidade do genitor de cumprir com a obrigação em relação à prole.

Comprovado a impossibilidade dos genitores em assumir os alimentos, tal incapacidade deve ser concreta, por exemplo, pelo desemprego, doença, ou seja, algo que realmente comprove a insuficiência de realizar a assistência alimentar. Portanto para recair sobre os avós, como esclarecido, deve-se anteriormente ser comprovado às condições citadas.

Yussef Said Cahali (2013, P.480) afirma:

> Não vemos óbice, porém, a que a ação seja ajuizada desde logo apenas contra o ascendente de grau sucessivo, sem que a este seja dado o direito de impor a integração na lide de todos os ascendentes de grau mais próximo. Ocorre que, neste caso, o alimentando, preterindo desde logo a escala legal de preferência, se sujeita, sob pena de ver desatendido o pedido à prova plena de falta ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> impossibilidade econômica dos ascendentes de grau inferior imediatos.

A legitimidade do ascendente para arcar na responsabilidade alimentar para com os netos, ocorre primariamente para com os avós, os quais podem suportar a globalidade ou somente uma porção das necessidades.

É importante destacar que tal obrigação, por mais que recaia perante os avós, deve também cumprir os requisitos impostos na responsabilidade alimentar dos pais. Dentre os quais, merece destaque: a real necessidade do alimentado, quando não possuir condições de gerar sua própria subsistência; proporcionar as necessidades de quem necessita do alimento perante a pessoa obrigada a arcar com a prestação, uma vez que deve haver equilíbrio entre as partes (COSTA, 2011).

O equilíbrio deve haver, para não atribuir aos avós um ônus maior do que realmente lhe complete, a orientação traçada pelo Enunciado n° 342 do CJF:

> 342 – Observadas as suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucesso, complementar e não solidário, quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro dos seus genitores.

É visível que os avós somente serão intitulados para completar a obrigação depois de atestado a impossibilidade dos pais de proverem alimentos. A obrigação, como já mencionado, é principalmente dos genitores, portanto a ação de alimentos contra os avós não procederá sem a prova concreta de que os pais se mantêm impossibilitados de a realizar.

Confirmando a afirmação, o seguinte Agravo se posiciona:

> AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.713.253 - SP (2020/0138417-7): Assim, considerado que o genitor não cumpre a sua obrigação legal de pagar alimentos aos filhos na quantia determinada pela Justiça e sido esgotados todos os meios judiciais de cobrança pelos Recorrentes, a obrigação alimentar dos avós em relação aos netos encontra amparo nos artigos 1.696 e 1.698 do Código Civil (fl. 434).

Assim sendo, o credor de alimentos não pode se abster, porém se existir a real necessidade, pode deixar de exercer esse direito. Por ser uma obrigação fundamental para o desenvolvimento e sobrevivência do indivíduo do alimentado, os alimentos não podem ser penhorados.

4. PRISÃO DOS AVÓS

No que tange a obrigação alimentar, o ordenamento jurídico, possibilita a prisão civil do devedor, aquele que deixa de cumprir com a obrigação imposta a ele. Essa é a única

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

forma de prisão civil permitido no ordenamento jurídico e que possui uma grande prática, assim como dispõe o artigo 5°, da Constituição Federal, inciso LXVII, explicando que não há prisão civil por dívida com exceção do individuo responsável pelo descumprimento da obrigação alimentícia e do depositário infiel.

Como exposto, é totalmente possível a prisão do indivíduo que não cumpriu com a obrigação alimentícia. Ocorre que tal prisão não é um meio de execução e sim uma medida de caráter coercitivo buscando tal cumprimento. Esse esclarecimento é feito por Junior (2010, P.418):

> Essa prisão civil não é um meio de execução, mas apenas de coação, de maneira que não impede a penhora de bens do devedor e o prosseguimento dos atos executivos propriamente ditos. Por isso mesmo, o cumprimento da pena privativa de liberdade não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

Vale ressaltar que o artigo 19° da Lei de Alimentos (5.478/68) deixa claro que o ato do juiz é discricionário, ele pode tomar todas as providências cabíveis para o cumprimento da obrigação, avaliando a situação completa, para realmente ver a necessidade da prisão civil.

Nesse sentido, impende ressaltar que a prisão civil é uma medida ímpar e o grande problema é que quando são os avós responsáveis por tal obrigação, essa medida com caráter coercitiva, ataca diretamente a integridade física e age de forma negativa sob o ponto de vista psicológico, principalmente em indivíduos com idade avançada, pois pode acarretar prejuízos irreversíveis.

Dissertando sobre o assunto, o jornal G1 Globo de São Paulo em uma matéria publicada em 07/04/2018, preleciona que a prisão por inadimplência de alimentos é coercitiva e não é pena sanção, mas sim uma maneira de realizar pressão psicológica e fazer o devedor pagar a dívida.

É imprescindível que o Poder Judiciário seja razoável e avalie a real situação do caso, justamente por ser uma medida extrema que age de forma negativa para os idosos, que são frágeis e estão protegidos pelo Estatuto do Idoso.

É válido destacar que o Estatuto do Idoso (n° 10.741/2003), em seus diversos artigos, disserta sobre a proteção ao idoso e seus direitos garantidos, justamente por ser um indivíduo mais frágil.

Em especial o artigo 2° do Estatuto do Idoso, dispõe:

> Art.2 – O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhe por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Igualmente para proteger o idoso e sua fragilidade, a Constituição Federal, também disserta sobre o assunto, em seu capítulo VII, da Ordem Social. O artigo 230 da Constituição Federal versa:

> Art.230 – A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Para evitar que todos os direitos elencados nos artigos sejam violados com a prisão civil ou cause danos irreversíveis, será melhor optar por todas outras providências antes de decidir por tal medida extrema e coercitiva.

Tal como o artigo 528°, parágrafo 8° do Código de Processo Civil, que tem a finalidade do pagamento da dívida alimentícia, o exequente pode deliberar receber a dívida através da penhora, podendo ser em dinheiro ou até mesmo bens móveis e imóveis.

Isto posto, a prisão civil deve ser somente utilizada como medida excepcional, devendo o responsável julgador dar prioridade à execução menos gravosa, resguardado a integridade física e psicológica do idoso, especialmente, considerando a particularidade da situação, na qual os avós foram obrigados a arcar com tal obrigação, pois os pais, responsáveis primários, não conseguiram arcar com a responsabilidade.

5. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do artigo demonstrou que o alimento é um pressuposto essencial para o desenvolvimento, principalmente para indivíduos que não podem provê-los por si. A obrigação de forma primária é dos pais, porém, comprovando a impossibilidade ou dificuldade, o parente mais próximo da lista pode ser acionado para arcar com a responsabilidade, no caso, os avós.

A obrigação alimentar, quando demandada para os avós, deve ser tratada com maior cautela, justamente por se tratar de pessoas idosas e frágeis.

Diante das exposições realizadas no presente artigo cientifico, conclui-se que o Poder Judiciário deve ser razoável quando houver a necessidade de impor uma pena pelo não cumprimento da obrigação alimentar por parte dos avós, em especial a prisão civil, que como comprovado, é uma medida coercitiva e pode causar danos irreversíveis.

Sendo assim, o julgador deve respeitar o Estatuto do Idoso e a Constituição Federal, que como explanado, preserva sua saúde física e mental, portanto, deve haver equilíbrio entre as partes para suprir a necessidade do alimentado e não causar graves prejuízos ao alimentante.

REFERÊNCIAS

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. Novo Curso de Direito Civil:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Direito de Família. As Famílias em Perspectiva Constitucional. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 16

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 480

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Prisão civil por dívida. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2000.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

DIAS, Maria Berenice. Manuel de direito das famílias. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os limites da obrigação alimentar dos avós. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil - Processo de Execução e Cumprimento de sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 45. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Emenda Constituicional N° 26, 14 de Fevereiro 2000. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm#1> Acesso em: 03/06/2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa 1988. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 08/06/2020.

BRASIL. Lei N° 13.105, 16° de Março de 2015. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09/06/2020.

BRASIL. Lei n° 10.741, de 1° de Outubro de 2003. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm#:~:text=LEI%20No%2010.741%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20do%20Idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20providd%C3%AAncias.&text=Art.,a%2060%20(sessenta)%20anos>. Acesso em: 09/06/2020.

BRASIL. Da Ordem Social. Senado. Disponível em <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art_230_.asp#:~:text=CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20DA%20REP%C3%9ABLICA%20FEDERATIVA%20DO%20BRASIL&text=Art.,lhes%20o%20direito%20%C3%A0%20vida>. Acesso em: 09/06/2020.

CJF. Conselho da Justiça Federal. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/387>. Acesso em: 11/06/2020.

STJ: Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27596%27).sub.#TIT1TEMA0> Acesso em: 10/10/2020.

STJ: Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=113476539&num_registro=202001384177&data=20200813> Acesso em: 10/10/2020.

GLOBO. Entenda a lei sobre o pagamento de pensão que determinou a prisão de Dado Dolabella. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/entenda-a-lei-sobre-pagamento-de-pensao-que-determinou-a-prisao-de-dado-dolabella.ghtml> Acesso em: 10/10/2020.

BRASIL. Lei 5.478/68 de 25 de Julho de 1968. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm> Acesso em: 10/10/2020.

www.conteudojuridico.com.br

A PERSECUÇÃO PENAL PÚBLICA NO CRIME DE ESTUPRO E O DIREITO À INTIMIDADE DA VÍTIMA

INDIANARA CRISTIANA FERREIRA PEREIRA:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Una-Belo Horizonte - MG

SARA GRACIELLY LOPES DA SILVA

(coautora)[138]

Resumo: No presente trabalho, pretende-se abordar as alterações advindas pela LEI n° 13.718/2018,publicada no dia 25.09.2018, ao Decreto- Lein°2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, onde os crimes contra Liberdade Sexual passaram de natureza da ação penal pública condicionada a representação para ação penal pública incondicionada, independente da vítima ser ou não classificada como vulnerável, ser ou não maior de 18 anos, ou o crime for praticado com ou sem uso da violência. A análise da constitucionalidade do artigo 225 do Código Penal Brasileiro de 1940, diante da nova redação dada pela Lei nº. 13.718/2018, que, em termos práticos, faz com que o rito para o processamento das ações penais que tenham por objeto os crimes contra a liberdade sexual (Capítulo I, Título IV –Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, do Código Penal) seja através de ação penal pública incondicionada, ou seja, sem qualquer aquiescência por parte da vítima. Há evidente embate de princípios constitucionais: o direito fundamental à privacidade, explícita na redação do art. 5º, inciso X, da Carta Magna. Este trabalho será abordado em primeiro momento através de pesquisas bibliográficas, em seguida, analisaremos período compreendido entre 2017 e 2019, acerca da aplicabilidade da Lei e sua eficácia.

Palavras chave: Estupro. Capacidade Incondicionada. Liberdade Sexual. Intervenção do Estado.

INTRODUÇÃO

No mundo jurídico é essencial o estudo sobre determinadas mudanças em nosso Código Penal Brasileiro, e a análise de progresso ou retrocesso da polêmica alteração legislativa proporcionada pela lei nº. 13.718 de 2018, no que se refere a mudar o tratamento dos crimes contra liberdade sexual para ação penal incondicionada, gerou dano ao direito fundamental à privacidade das vítimas nestes crimes, que deixaram de possuir a prerrogativa de condicionar sua vontade ao início da persecução penal.

O legislador teve por necessário atender os clamores sociais de endurecimento da legislação referente aos crimes sexuais. De fato, considera-se que a transformação da ação penal pública em incondicionada para todos os casos causa certa sensação de rigidez da norma penal, admitindo-se, assim, há congruência entre a nova redação do art. 225 do CP e a finalidade procurada pelo legislador.

138 Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Una-Belo Horizonte - MG

Há que se reconhecer, portanto, que a disposição do novo artigo 225 do CP afronta substancialmente a disposição constitucional do art. 5º, inciso X.

O objetivo dessa pesquisa é identificar a legitimidade da intervenção estatal ao estender o crime de estupro sobre a vítima capaz, a ação penal pública incondicionada. Para tanto pretende-se: analisar a liberdade de escolha da vítima em denunciar o crime, analisar o preparo dos policiais que têm o primeiro contato com as vítimas de estupro, verificar os efeitos da denúncia forçada sobre a vítima.

Este trabalho será abordado através de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais. A pesquisa bibliográfica proporcionará o aprofundamento necessário para que possamos entender e descobrir quais os efeitos negativos que a aplicação da atual Lei do Estupro n° 13.718/2018, versará sobre um direito constitucional explícito da vítima, qual seja: a liberdade , pois, seu direito de decidir se denuncia ou não o agressor passa a ser tutelado pelo Estado. Além disso, buscaremos novos conceitos doutrinários sobre o tema. Em seguida, analisaremos entendimentos e decisões judiciais, através da jurisprudência, período compreendido entre 2017 e 2019, acerca da aplicabilidade da Lei e sua eficácia.

Estas pesquisas serão de extrema importância para o aprofundamento sobre o tema abordado, com o intuito de trazer um olhar mais crítico sobre os efeitos negativos quanto à exposição pública da vítima, o despreparo das autoridades policiais na abordagem do tema, além do retrocesso do direito a liberdade pessoal adquirido com a constituição de 1988, ser maculado por um Estado intervencionista.

Serão observadas as seguintes etapas para a conclusão destas pesquisas: a) Pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre julgados de vítimas de estupro que tiveram a denúncia condicionada; b) coleta de dados estatísticos de fontes oficiais, relacionados às mudanças do número de denúncias antes e depois da alteração da lei; c) Filtragem e sistematização dos dados com os resultados levantados.

1.OS NÚMEROS DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER

Segundo a Câmara dos deputados (55ª Legislatura-4ª sessão Legislativa), que criou a Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, o Mapa de Violência contra a mulher (2018) traz uma análise de 140.191 notícias publicadas pela imprensa brasileira no período de janeiro e novembro de 2018.

A fonte das informações veiculadas foi o banco de matérias da empresa Linear Clipping, especializada em monitoramento estratégico de pesquisa, com análise inicial realizada pela Associação de Educação do Homem de Amanhã de Brasília (HABRA) identificando 68.811 casos de violência contra a mulher em cinco categorias: importunação sexual, violência online (crimes contra a honra), estupro, feminicídio e violência doméstica.

No formulário de pesquisa havia cinco critérios: data do episódio, tipo de crime, unidade federativa onde o crime ocorreu, idade da vítima e relação dela com o agressor. Já para as notícias relacionadas a estupro, existia um critério adicional para identificar a natureza do crime: comum, coletivo ou virtual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os dados gerados foram cruzados para chegarem a um nível de informação de qualidade onde se constatou que cerca de 50% dos estupros são cometidos por companheiros e familiares. Conhecidos da família representam pouco mais de 15%. Os vizinhos representam o menor percentual de 3,7%. Diante desses dados, verifica-se que os estupradores em 31% dos casos de violência sexual são desconhecidos pela vítima.

Em análise a idade da vítima, evidenciou-se que quando se trata de menores de 18 anos, os parentes são responsáveis pelo estupro em 60% dos casos. Se somado a esse percentual os menores de 14 anos quando se configura estupro de vulnerável, os parentes, conhecidos da família e vizinhos representam juntos, 86,4% do total de abuso sexual a menores. O menor percentual representa as mulheres idosas em 4% das vítimas do crime de estupro.

Estes dados mostram o quão foi urgente tratar das violências às quais essas vítimas estão expostas.

Avançamos da ação penal privada na década de 1940, para a pública condicionada à representação em 2009.

Finalmente em 2018, criou-se a Lei 13.718/18 em que o poder legislativo incumbiu privativamente ao Ministério Público o papel de promover a ação penal pública conforme a nova redação dada ao artigo 225 do Código Penal, a ação penal pública nos casos dos crimes contra a liberdade sexual deixa de ser condicionada à representação.

A diferença da ação penal pública incondicionada para a condicionada à representação é a proteção que o Estado remete ao ofendido a deliberação de propor a ação ou preferir o silêncio.

Esse dano ao campo íntimo está diretamente ligado ao direito fundamental à privacidade, disposto no art. 5º, inciso X, da CF/88: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

O Código Civil também procurou dar-lhe proteção própria em seu art. 21, que assim dispõe: "a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".

A privacidade, enquanto direito fundamental, compõe uma vertente da própria dignidade da pessoa humana. Há a violação do direito à privacidade, em um sentido amplo, quando o Estado passa a permitir a persecução penal em casos onde o crime praticado envolve, inevitavelmente, dados íntimos da vítima, sem que essa possa opor o seu constrangimento como óbice à ação.

2.DIREITO AO ESQUECIMENTO

Também tratado como "direito de ser deixado em paz" ou o "direito de estar só", conhecido nos Estados Unidos como *"therighttobeletalone"*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para falar em direito ao esquecimento, temos que falar primeiro nos direitos fundamentais assegurados na Constituição:

Artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal "X – **são invioláveis a intimidade**, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

O Inciso X traz a faculdade que cada indivíduo tem de inibir a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre suas vidas, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre essa área da manifestação existencial do ser humano.

A honra em sentido objetivo está ligada ao decoro, identifica-se com a estima e a opinião que os outros têm de uma pessoa, constituindo sua reputação.

Já o direito à imagem, pode ser apresentado, como sendo uma violação que pode repercutir no sentimento da vítima, na sua dor pessoal, na intimidade da sua consciência. Há, assim, sempre uma violência causadora de um dano moral.

Segundo René AriellDotti (DOTTI, René Ariel. "Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação". São Paulo: Ed. RT, 1980.), a intimidade se caracteriza como "a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais".

Este direito subjetivo está em sequer propalar por qualquer meio que seja sobre o fato, que lhe causou constrangimento.

O tempo tem que ser um aliado para a recuperação física, emocional e psicológica dessas vítimas de estupro. Elas têm o direito ao esquecimento. O direito ao esquecimento está intimamente ligado ao direito de personalidade, garantidor da proteção à dignidade humana.

As vítimas do crime de estupro têm o direito de escolher aquilo que estão dispostas a revelar aos outros.

O direito ao esquecimento é fundamental para que a vítima possa manter-se socialmente protegida e levar uma vida com dignidade.

A VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, trouxe no enunciado 531 que "a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento."

Aquele que comete um crime, depois de determinado tempo, vê apagadas todas as consequências penais do seu ato. No Brasil, dois anos após o cumprimento da pena ou da extinção da punibilidade por qualquer motivo, o autor do delito tem direito à reabilitação. Depois de cinco anos, afasta-se a possibilidade de considerar-se o fato para fins de reincidência, apagando-o de todos os registros criminais e processuais públicos.

A nossa Constituição em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea "b", veda a aplicação de penas perpétuas, de modo que os registros da condenação não devem ser além do tempo da condenação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ora, se o autor do crime tem direito ao esquecimento quem dirá a vítima. Esta também tem que ter o seu direito ao esquecimento respeitado pelo Estado, de ter a liberdade de escolha de ter sua vida íntima preservada e não ter este direito violentado, ao ter de forma incondicionada a denúncia do crime sofrido.

3.DIREITO DA PERSONALIDADE

O direito da personalidade é atributo de todo ser humano adquirido desde a concepção preservando os direitos do nascituro até o nascimento com vida, quando se inicia a personalidade jurídica. A personalidade como um direito natural é considerado inerente à pessoa humana, sem distinção de raça, cor, sexo ou condição social. Nesse sentido, doutrina Maria Helena Diniz:

> [...] a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens (DINIZ, 2005, p. 121).

A proteção à personalidade jurídica está intimamente ligada à ideia da dignidade da pessoa humana como principio norteador do Estado Democrático de Direito nos termos do Art. 5, III, da Constituição Federal.

Todo aquele que nasce com vida adquire personalidade para exercer direitos e contrair obrigações, são considerados prerrogativas individuais inerentes à pessoa humana. Não haverá proteção a dignidade da pessoa humana quando não forem respeitados os direitos advindos da personalidade jurídica.

A Constituição Federal em seu Art. 5, X, assegura à inviolabilidade a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O Código Civil também procurou dar-lhe proteção à privacidade em seu art. 21, que assim dispõe: “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Assim, Carlos Alberto Bittar assevera que a extensão dos direitos da personalidade é a classificação dos mesmos, distribuindo os direitos da personalidade em:

> a)direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais; os primeiros referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> membros; a imagem, ou efígie); os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo) e os últimos, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto) (BITTAR, 1999, p. 17).

No Código Civil dispõem expressamente cinco direitos da personalidade, sendo direito ao corpo, direito ao nome, direito a honra, direito à imagem e direito à privacidade.

Ressaltamos que no viés dos direitos da personalidade vem sendo introduzido o denominado direito ao esquecimento de origem na expressão inglesa *"righttobeforgotten"*. O direito ao esquecimento tutela a intimidade e vida privada no fato de que pessoa humana dispõe do poder de escolha em relação a conviver ou ser lembrado de algo que lhe causou constrangimento no passado.

Dito isto, o direito da personalidade é amplamente protegido por diversos princípios e garantias fundamentais a dignidade da pessoa humana, devendo ser observado com cautela para não depreciar um direito em detrimento de outro que está sendo violado, como será demonstrado neste estudo com relação ao crime de estupro na alteração trazida pela Lei 13.718/18.

Consagra-se, desta forma, que o debate proposto neste estudo parte da garantia fundamental do direito à privacidade, aplicável a todos os seres humanos e visto como uma das conquistas mundiais fixadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos; e vai de encontro com a atuação abusiva do Estado. Dessa forma, questiona-se acerca da constitucionalidade das alterações trazidas pela Lei 13.718/18.

4. O CRIME DE ESTUPRO E O DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana não se encontra no rol dos direitos e garantias fundamentais, para o legislador ela possui maior importância, como princípio fundamental à dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é dotada de valor supremo, princípio constitucional fundamental.

O legislador lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, constituindo assim um valor supremo. No artigo **1º** da Constituição Federal "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

> **III** - a dignidade da pessoa humana;
>
> Dignidade: "[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida".

Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual, p. 30/31.) leciona que:

> A dignidade da pessoa humana é princípio regente do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, da CF), constituindo-se de dois aspectos, objetivo e subjetivo. Sob o ponto de vista objetivo, abrange a segurança do mínimo existencial ao indivíduo, que precisa ver atendidas as suas necessidades básicas para a sobrevivência, tais como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social. No enfoque subjetivo, abarca o sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, destacando-se como indivíduo, desde o nascimento até o final de sua trajetória, durante a qual forma sua personalidade e relaciona-se em comunidade, merecendo particular consideração do Estado.

Essa dignidade se aplica também a liberdade sexual. Na nova disciplina dos crimes contra a liberdade sexual(Capítulo I, Título IV-Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, do Código Penal) como bens merecedores de proteção penal, por serem aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

A dignidade sexual é um bem protegido pela Constituição da República. O constituinte de 1988 deixou claro que o Estado democrático de direito tem comofundamentoa dignidade da pessoa humana (art. 1o, III, da Constituição Federal). Aquele reconheceu nadignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio.

Corrobora o FahdAwad:

> “Adotar a dignidade da pessoa humana como valor básico do Estado democrático de direito é reconhecer o ser humano como o centro e o fim do direito. Essa prerrogativa é o valor máximo, constitucionalmente falando, o valor absoluto. Esse princípio se tornou uma barreira irremovível, pois zela pela dignidade da pessoa,

> que é o valor supremo absoluto cultivado pela Constituição Federal.” (AWAD, 2006, p.113-114).

Toda pessoa possui uma dignidade sexual. Certo é que a vítima deve ter seu direito de escolha respeitado, em denunciar ou não o seu agressor.

5.A LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL RELATIVA AO CRIME DE ESTUPRO

O Ministério Público possui legitimidade para ação penal pública de acordo com preceito constitucional, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis conforme artigos 127 a 129 da Constituição Federal.

A ação pública subdivide em incondicionada ou condicionada a representação da vítima, se tratando da ação privada esta subdivide em privada, personalíssima e subsidiária da pública.

A ação penal pública é a regra. Tratando-se de ação penal pública incondicionada o Ministério Público não possui discricionariedade e conveniência sobre a ação, devendo dar início à persecução criminal sempre que estiverem presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do crime, não necessitando de qualquer solicitação ou autorização para iniciar o processo. (ESTEFAM, 2019, p.543)

Nesse sentido, de acordo com a Lei 13.718/2018 a ação penal no crime de estupro é incondicionada à representação do ofendido, na qual o Ministério Público dará início a ação penal independente da vontade da vítima assegurando a proteção aos direitos sociais e individuais indisponíveis.

No entanto, ainda que o Estado busque a proteção dos direitos sociais e individuais indisponíveis na propositura da Ação Penal, este não poderá justificar o desprezo aos princípios fundamentais da personalidade, privacidade, dignidade da pessoa humana e liberdade sexual que estão diretamente relacionados ao poder de escolha da vítima.

Portanto, após alteração da Lei 13.718/2018 o ordenamento jurídico passou a prevalecer um direito social se esquecendo do mais importante, pois, ao propora ação penal incondicionada obrigará a vítima a reviver um momento traumático que perdurará até o final do processo ferindo gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana.

6.A AÇÃO PENAL INCONDICIONADA

A Ação Penal Pública Incondicionada é promovida pelo Ministério Público. Em regra não está subordinada a qualquer requisito conforme artigo 129 da Constituição Federal “são funções institucionais do Ministério Público: I- promover, privativamente, a ação penal pública na forma da lei”. No entanto, o Código de Processo Penal em seu artigo 24 determina que Ação Pública dependerá de requisição do Ministério Público ou de representação do ofendido quando a lei o exigir em casos específicos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

São princípios da Ação Penal Pública a legalidade, indisponibilidade, intranscendência, divisibilidade e oficialidade, na qual difere da Ação Penal Privada que se rege ainda pelo princípio da conveniência.

A ação penal, no contexto dos crimes sexuais, conforme determinação do art. 225, caput, do Código Penal, cuja a redação havia sido alterada pela Lei 12.015/2009, era, em regra, pública condicionada a representação do ofendido. A exceção a regra enquadraria na hipótese em que a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, caso em que a ação seria incondicionada.

Atualmente, com entrada em vigor da Lei 13.718/2018, a ação penal, no contexto dos crimes sexuais, passa a ser pública incondicionada a representação do ofendido, isto é, independente da vontade da vítima.

Portanto, questiona-se a coerência do legislador ao ignorar o poder de escolha da vítima que teve sua intimidade, privacidade e liberdade sexual cruelmente violada.

A representação, nesses casos, é requisito para a propositura da ação e decorre da natureza e da gravidade do crime, que, lesando valores íntimos, a vítima prefere suportar a sua dor a ter que suportar o trâmite processual e a repercussão social que o caso oferece, causando danos maiores à vítima e seus familiares do que a própria impunidade do agressor. (SOUZA, 2019, p. 10)

O que se vê é completo desrespeito aos princípios fundamentais da personalidade, privacidade e dignidade da pessoa humana tendo em vista que o legislador desprezou a autonomia da vontade da vítima e respeito a integridade física e moral.

7.A LIBERDADE DE ESCOLHA DA VÍTIMA

A mulher vítima de violência sexual amplia os debates sobre participação da vítima no sistema penal, pois, não seria possível dar prosseguimento a uma ação penal desconsiderando o interesse e a vontade da vítima. Um dos pontos que causam obscuridade do legislador está justamente no ponto de querer a prevalência de uma lei que tenha utilidade social em detrimento da própria pessoa que integra a sociedade.

Não justifica a violação de um direito fundamental cuja finalidade seria defendê-los, preservando com segurança a Dignidade da Pessoa Humana. A norma fere a princípios constitucionais sob o motivo de proteção, isto é, um direito prevalecerá sobre o outro em determinadas situações. Talvez fosse melhor mudarmos para “Dignidade da lei”, assim, assumiríamos de uma vez por todas que a sociedade serve estritamente ao legislador, ignorando a função primordial de ordem e segurança jurídica aos Direitos da Personalidade e Dignidade da Pessoa Humana.

Todos nós sabemos que as leis devem atender as necessidades da sociedade. O fato importante é que as mulheres vítimas de violência sexual não podem simplesmente ter os seus direitos vilipendiados em detrimento de leis que ferem gravemente o seu direito de escolha.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O sistema jurídico Brasileiro deve ser um ponto de apoio e tutela a estas vítimas e não uma imposição normativa. Certo é que a vítima deve ter seu direito de escolha respeitado, em denunciar ou não o seu agressor.

8.O ATENDIMENTO ÀS VÍTIMAS DE ESTUPRO E OS EFEITOS SOCIAIS E PSICOLÓGICOS DA DENÚNCIA FORÇADA

A violência sexual é toda ação na qual uma pessoa numa relação de poder, por meio de força física, coerção, sedução ou intimidação psicológica, obriga outra pessoa a praticar ou submeter-se a prática sexual. Atualmente a violência sexual tornou-se parte do nosso cotidiano como um dos principais problemas que estamos enfrentando na sociedade.

As mulheres que foram vítimas de violência sexual podem evocar emoções muito fortes, em reação a invasão e desrespeito a intimidade de seu corpo que expressará muitos sinais em decorrência disso, pois, elas carregam e convivem com as marcas invisíveis causadas pelo seu agressor. É compreensível que diante de tal crueldade seus próprios limites corporais foram atacados friamente trazendo inseguranças e medo constante.

O Ministério da Saúde entende que é dever do Estado e da sociedade civil delinear estratégias para atenuar a violência sexual, e cabe ao setor de saúde acolher as vítimas para minimizar sua dor e evitar outros agravos. O grande risco aqui é tratar a violência como uma doença ou como um risco em saúde, e deduzir imediatamente daí um conjunto de procedimentos e ações que a mulher deve seguir para poder “curar-se” do problema.

O profissional de saúde é colocado muitas vezes frente a problemáticas de ordem social às quais não é preparado para enfrentar, já que os atendimentos emergem fortes emoções e sentimentos levando ao sofrimento da vítima ao reviver aquele momento que refletirá no profissional responsável pelo caso.

Os depoimentos ou relatos que as vítimas de violência sexual trazem durante o atendimento são densos e os colocam em uma posição delicada, frágil, diante da impossibilidade de resolver o problema porque extrapola seus limites de competência, o que pode gerar nesse profissional um sentimento de impotência e frustração.

A violência sexual é um problema complexo com sérias consequências, pois, afeta a multidimensionalidade da mulher. A pressa dos profissionais de saúde em tratar a vítima pode produzir um resultado oposto ao esperado, isto é, outra violência já que pode desrespeitar a trajetória dessa vítima e acabará por frustrá-la.

E o que dizer a respeito da morosidade do processo penal quanto ao crime de estupro, levando a vítima a reviver seu trauma por mais tempo em detrimento da longevidade do processo sem resolução rápida. A vítima precisa constantemente prestar declarações na delegacia, estar presente em audiências de instrução e julgamento, ou seja, relembrando à cada momento a agressão e lhe causando diversos abalos psicológicos que se refletem na sua vida em sociedade.

Talvez devamos pensar em reduzir ao máximo o atendimento e o procedimento da violência sexual pelo sistema de justiça criminal, deslocando-os para o âmbito da saúde (física

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e psíquica). Com isso, talvez também possamos refletir sobre o crime de estupro ter se tornado uma denúncia incondicionada, forçando a vítima a aceitar a imposição do Estado.

O estupro é um ato violentíssimo, uma invasão ao corpo com efeitos em gerais impensados e nem sempre reconhecidos: depressão, períodos longos de silêncio, descuido com o corpo, dificuldade e pânico diante de tentativas de estabelecer novas parcerias afetivas e sexuais, incompreensão e distanciamento de namorados, maridos, sentimentos de vergonha e uma sensação de medo constante e paralisadora. Não é necessário somar a tudo isso a privação de seu livre arbítrio em decidir se irá ou não prosseguir com a contra seu agressor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O legislativo, por meio da nova Lei 13.718/2018 força a mulher a perseguir seu agressor. Não é plausível que o Estado imponha à mulher passar por mais situações que vão contra sua vontade. Enquanto na verdade, ao invés do agressor, é ela quem sofre as maiores consequências de tal caminho.

A consequente mudança da ação penal como pública incondicionada não é necessariamente uma forma de proteção à mulher, visto que o Estado se preocupa mais em encarcerar do que em incentivar medidas preventivas contra as discriminações que essas vítimas sofrem.

Dessa forma, o estupro como ação penal incondicionada que traz a imposição da investigação por parte do Estado afronta a liberdade de escolha da vítima ao ser exposta. São necessárias mudanças estruturais para que a ação penal pública incondicionada seja efetiva em relação à proteção da vítima.

Os direitos fundamentais e direitos da personalidade amplamente tutelados pela Constituição Federal, muito embora sejam consolidados em nossa legislação, ainda necessitam de amparo específico e de políticas públicas e sociais que visem o respeito à liberdade de escolha da vítima de denunciar ou não seu agressor.

Evidencia-se, assim, que o direito a autonomia jurídica da vítima foi usurpado pela proteção estatal, que por sua vez sofrerá a posterior ridicularização pela exposição demasiada de sua imagem e de sua moral subjetiva, devido à mudança natureza da ação penal da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. Demonstrando assim, as consequências nas hipóteses da aplicação da nova redação do artigo 225 do Código Penal, tendo como resultado o ***strepitusiudicii***, que seria o escândalo do processo relacionado aos fatos íntimos da vítima. Além, da usurpação dos Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade da vítima do crime de estupro.

REFERÊNCIA(S) BIBLIOGRÁFICA(S)

ALMENDRA, C. A. da C.; BAIERL, L. F. A dinâmica perversa da violência e do medo social. **Revista Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 72, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL, Ministério da Saúde**. Violência Intrafamiliar: orientações para a Prática em Serviço. Brasília:** MS, 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS.Mapa da violência contra a mulher 2018: comissão de defesa dos direitos da mulher. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoespermanentes/comissaodedefesadosdireitosdamulhercmulher/arquivosdeaudioevideo/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: arts. 1º ao 120.** 23 ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

CHEMIN PIRES, M., SOBRADO DE FREITAS, R. DIREITO À MEMÓRIA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO: O TEMPO COMO PARADIGMA DE PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. **UnoeseInternational Legal Seminar,** p. 157-172, 25 fev. 2014.

DANTAS, Gleick Meira Oliveira; RODRIGUES, Thaís Maia. **A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual:** Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. In: Âmbito Jurídico. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em: 28 maio 2019.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, v. I.

DINIZ, Maria Helena. As Lacunas do Direito. 9 ed., São Paulo: Saraiva. 2009.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOTTI, René Ariel. **"Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação".** São Paulo: Ed. RT, 1980.

ESTEFAM, André. **Direito Penal , volume 1: parte geral (arts. 1º ao 120).** 8ª ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,** v. 88, p 439-459, 1 jan. 1993.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PUBLICA. **#APolíciaPrecisaFalarSobreEstupro:** Percepção sobre violência sexual e atendimento as mulheres vítimas nas instituições policiais. 2017. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/a-policia-precisa-falar-sobre-estupro-percepcao-sobre-violencia-sexual-eatendimento-a-mulheres-vitimas-de-estupro-nas-instituicoes-policiais/>. Acesso em: 25 maio 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual, p. 30/31.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma análise na perspectiva da doutrina e judicatura do ministro Carlos Ayres Britto. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de (Coord.). Direitos Fundamentais em construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 231-260.

SOUZA, Janielly Araújo Porfirio de. **Da violação ao direito à privacidade e a intimidade das vítimas de delitos sexuais.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)- Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, 2019. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/19664>. Acesso em: 21 jul. 2019.

WEBER, T. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 3, n. 9, p. 232-259, 30 dez. 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS LABORAIS: O PARADOXO DA PROTEÇÃO NO COMBATE AO *DUMPING* SOCIAL

CAMILLA GAMBARRA MOREIRA: Formada pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB, tendo cursado um período da graduação na Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Pós-graduada em Direito Civil pelo Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI. Analista Judiciária do Tribunal de Justiça de Pernambuco - TJPE.

RESUMO: Os direitos trabalhistas são constantemente ameaçados pela política neoliberalista que exige sua desconstitucionalização e precarização em face das exigências do mercado. A prática de comércio consistente na venda de mercadorias por preços inferiores ao dos concorrentes diretos ou indiretos, objetivando o monopólio, intitulada *dumping*, atinge a seara trabalhista e relativiza seus dogmas. É o *dumping* social. O artigo em apreço, elaborado por meio do método hipotético-dedutivo, analisa essa conjuntura e propõe medidas que desestimulem essa prática e minorem os seus reflexos. Conclui-se que, apesar de se tratar de uma temática complexa, uma possível solução não perpassa a flexibilização dos direitos sociais do trabalhador, haja vista constituírem uma extensão da sua própria dignidade.

Palavras-Chave: *Direitos trabalhistas. Flexibilização. Dumping social. Dignidade Humana.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Neoliberalismo, Globalização, *Dumping* Social. 3. Os Reflexos do *Dumping* Social. 4. Formas de Desestimular o *Dumping* Social. 5. Considerações Finais. 6. Referências

1 Introdução

Nos tempos hodiernos, com a internacionalização da economia e a política neoliberal, o comércio rompe as fronteiras domésticas e em face das exigências de crescimento econômico a todo custo ganha destaque o *dumping*. Meio de concorrência desleal, esta prática consiste na venda de produtos a um preço inferior ao seu valor real e ao proposto pela concorrência, no intuito de eliminá-la, visando o domínio do mercado, o monopólio.

Em uma de suas modalidades, o *dumping* atinge a seara laboral: é o *dumping* social. Para produzir produtos a preços tão mais baixos, as multinacionais, no âmbito internacional, instalam filiais em países cujos direitos laborais são ínfimos e há pouca fiscalização, como os países asiáticos. Já no âmbito interno, as empresas precarizam as condições laborais, descumprindo os direitos dos trabalhadores e expondo-os a condições indignas de trabalho.

Na luta capital *versus* trabalho, os prejuízos do *dumping* ultrapassam a figura do obreiro e atingem a ordem jurídica, social e econômica, acarretando danos transindividuais. O presente artigo analisará algumas teorias de combate e desestímulo a esta prática, sobretudo, enfocar-se-á na flexibilização das garantias dos obreiros a partir de um estudo acerca da sua viabilidade como uma possível solução para a problemática posta em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

detrimento do compromisso de não retrocesso social estabelecido pelo ordenamento jurídico pátrio.

2.Neoliberalismo, Globalização, *Dumping* Social

As mudanças empreendidas após a Segunda Guerra Mundial redesenharam as fronteiras no cenário global e atingiram diversas áreas: foi a Guerra Fria. O mundo dividido entre duas políticas antagônicas disputando a supremacia, o capitalismo e o socialismo, e o receio quanto a um novo conflito de proporções mundiais deram espaço, ao final deste período, a (re)afirmação do capitalismo e ao ressurgimento das ideias liberais.

Emergiu uma nova ordem econômica mundial que redefiniu as perspectivas de desenvolvimento ao aliá-lo a integração entre os Estados, fundada na livre circulação de mercadorias e de capital, na facilidade de transporte entre as Nações e no acelerado crescimento da indústria: o neoliberalismo desencadeou a globalização. Dentre muitos conceitos, este processo complexo, baseia-se, resumidamente, na ideia da internacionalização da economia. Globalizar é acabar com as fronteiras do mundo, ocasionando um aumento na intercomunicação e na integração no âmbito econômico, político, cultural e social, avizinhando países independentemente da localização geográfica - formando uma verdadeira 'aldeia global' - e promovendo uma economia universal para os mercados (internos) já inchados, tornando possível, assim, a expansão do capitalismo a partir da quebra de fronteiras. O neoliberalismo tornou possível esse processo, pois ele, em si, fomenta maior liberdade de mercado e menor intervenção estatal.139

O novo cenário internacional, marcado pelo desenvolvimento de tecnologias, de novas formas de comunicação e sua massificação, da internacionalização do capital e sua abertura, das novas relações contratuais, da divisão internacional do trabalho, vislumbrava novas exigências – políticas, governamentais, econômicas – enquanto a sociedade apresentava novas necessidades.

Tudo está interligado, é finda a ocorrência de fatos ou situações isoladas. O que acontece em determinada localidade pode repercutir no mundo todo, de forma direta ou indireta. Por conseguinte, as relações contemporâneas exigem uma regulamentação apta a dirimir as contradições que fazem parte da nova ordem.

> O que se observa é que hoje existem diversas economias-mundo, ou seja, a economia de cada país ou a economia regionalizada que aglomera alguns países, sendo que todas se limitam por uma economia globalizada, que dita regras e normas a serem cumpridas. [...] Destaca-se, ainda, que essas economias-mundo regionalizadas acabam se interpenetrando uma na região da outra de acordo com seus interesses, por todas trabalharem e profetizarem por um mercado aberto, baseado na economia-mundo capitalista global (Sousa, 2011, p.10).

139 A origem do neoliberalismo data do início do século XX na Inglaterra e sua consolidação ocorreu no governo da Primeira Ministra Margareth Tacher, em 1979. No Brasil, sua implantação se deu em 1990, no governo de Fernando Collor de Mello responsável por privatizações em diversas áreas da economia.

Além da política de globalização, alia-se a esta nova conjuntura global a sede pelo capital – sem equilíbrio ou limites –, marca precípua e fundamento da política capitalista cada vez mais selvagem e caótica. Só o lucro – a qualquer custo – interessa. Isso tornou as empresas cada vez mais competitivas e fomentou o surgimento do *dumping*, um conjunto de atos que visam o estrangulamento da concorrência comercial, em que empresas colocam produtos no mercado com preços abaixo do custo no intuito de eliminar a concorrência e aumentar as suas quotas de mercado, garantindo, assim, o monopólio. Sua definição pode ser encontrada inicialmente no artigo VI, 1, do Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), documento que tem por escopo regularizar as relações comerciais internacionais.140

> 1. As partes contratantes reconhecem o dumping, pelo qual os produtos de um país são introduzidos no comércio de outro país por menos que o valor normal dos produtos, deve ser condenado se causa ou ameaça causar um prejuízo material a uma indústria estabelecida no território de Parte Contratante ou retarda substancialmente o estabelecimento de uma indústria nacional. Para efeitos do presente artigo, o produto deve ser considerado como sendo introduzido no comércio de um país importador, por menos que o seu valor normal, se o preço do produto exportado de um país para o outro (a) é inferior ao preço compatível, no decurso de operações comerciais para o produto similar quando destinado ao consumo no país exportador, ou (b) na falta de preço no mercado interno, é inferior a (I) o maior preço comparável de um produto similar para exportar para qualquer país terceiro, no decurso de operações comerciais ou (II) o custo de produção do produto no país de origem mais um acréscimo razoável para cobrir custos e lucros (Tradução nossa).

Os países denominados ‘desenvolvidos’ foram os responsáveis pelas primeiras denúncias acerca do *dumping* social contra aqueles ‘em desenvolvimento’, em razão, sobretudo, da perda da competitividade deles em detrimento dos segundos.

> Observa-se que a prática do *dumping* social reflete uma relação direta entre o desenvolvimento do país e as condições de trabalho a que são submetidos os seus trabalhadores nacionais. Isto implica afirmar que, quanto mais desenvolvido o país, teoricamente, mais direitos e benefícios os trabalhadores tendem a possuir. O oposto também assim acontece, ou seja, quanto menos desenvolvido um país, menores são os direitos e benefícios trabalhistas oferecidos aos seus nacionais. Essa afirmativa demonstra o impacto que os direitos trabalhistas podem determinar no custo final do produto. Assim, em países menos desenvolvidos, com legislação trabalhista branda ou até mesmo inexistente, o custo da mão de obra atrelado ao custo final do produto

140 O Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT) foi o acordo internacional concebido em 1947 e que, até 1994, conduziu várias negociações destinadas a reduzir os obstáculos ao intercâmbio internacional de mercadorias. A Ordem Mundial de Comércio (OMC), criada em 1995, com o objetivo de supervisionar e liberalizar o comércio internacional, absorveu integralmente o GATT.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> torna o preço altamente competitivo (Massi e Villatore, 2013, p.10 apud Bonaccorsi e Vareto, 2014).

Atualmente, de forma genérica, os casos de *dumping* ocorridos no âmbito internacional são resolvidos pela Organização Mundial do Comércio (OMC), que é responsável por condenar esse tipo de prática com medidas compensatórias ou tarifas excepcionais. Nesse sentido, existe o *dumping* condenável, que é o que implica obrigatoriamente dano à indústria doméstica, devendo restar configurado o nexo causal entre o dano e a prática do *dumping*, e o *dumping* não condenável caracterizado pela mera exportação de produtos a preços abaixo dos praticados no mercado interno do país, que não afeta a indústria daquele país (Thortensen, 1999).

Dessarte, no âmbito das relações trabalhistas, as indústrias no intuito de diminuir os custos de produção, visando elevar sua competitividade e aumentar o lucro, migraram para localidades onde a mão de obra é mais barata e há menos fiscalização e respeito aos direitos da classe trabalhadora, como os países asiáticos, e no âmbito interno, reincidentemente descumprem os direitos laborais, mantendo os seus empregados em condições de trabalho inferiores ao aceitável, é o *dumping* social.

> É bem verdade que a expressão "dumping social" foi utilizada, historicamente, para designar as práticas de concorrência desleal em nível internacional, verificadas a partir do rebaixamento do patamar de proteção social adotado em determinado país, comparando-se sua situação com a de outros países, baseando-se no parâmetro fixado pelas Declarações Internacionais de Direito. No entanto, não é, em absoluto, equivocado identificar por meio da mesma configuração a adoção de práticas ilegais para obtenção de vantagem econômica no mercado interno (Souto Maior, Mendes e Severo, 2012, p.10).

Quando atinge a seara laboral, como espécie do gênero *dumping*, a prática do *dumping* social interno enseja a comparação a uma forma de trabalho escravo: o trabalhador tem sua mão de obra explorada, seus direitos desrespeitados e é submetido a jornadas de trabalho exaustivas em condições insalubres, já que não raro as instalações das empresas não atendem aos padrões sanitários mínimos, tendo, o empregado, consequentemente, sua dignidade maculada.

Para as empresas é mais benéfico pagar a condenação de uma reclamação trabalhista do que os direitos sociais devidos para todos os seus funcionários, tendo em vista a demora no trâmite processual permitir que elas coloquem seus produtos a um preço menor que a concorrência, conquistando, dessa forma, o mercado. Soma-se a isso, infelizmente, o reduzido número de trabalhadores que lutam pelos seus direitos por receio do perder seus empregos, o prazo prescricional de cinco anos e a possibilidade de acordo (através do qual o empregador termina pagando bem menos do que realmente era devido). Dessa maneira, mesmo com os juros trabalhistas de 1% (um por cento) ao mês não capitalizados e a correção monetária, tornou-se um "bom negócio" não observar, de forma correta, os direitos laborais, como já advertira Orlando Teixeira da Costa, ex-presidente do Tribunal Superior do Trabalho (Souto Maior, 2007).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.Os Reflexos do *Dumping* Social

A prática do *dumping* social tumultua a ordem jurídica, ao ferir importantes segmentos do Direito na dinâmica social moderna, como a área das obrigações – contratos – e do direito de empresa, os direitos trabalhistas e do consumidor, a ordem social, em sua dimensão genérica, pelo clima de insatisfação e insegurança que advém desta prática, e na dimensão específica consumerista, pela perda do bem estar, na medida em que tumultua as relações de consumo (Pinto, 2011, p. 141).

Além disso, o teor predatório do *dumping* repercute em diversas áreas, em especial, pode assumir a forma de dano transindividual difuso, ao impor seus efeitos à comunidade. O respeito ao trabalhador, como direito social, não é apenas uma normatividade jurídica, trata-se de um regramento de caráter transcendental, que impõe valores a sociedade e, consequentemente, a todo o ordenamento jurídico. Logo, o desrespeito deliberado e injustificado dos direitos laborais representa um dano a toda a coletividade.

A título de exemplo, tem-se que o não pagamento dos direitos trabalhistas ocasiona o não recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) que, viabiliza a concessão do benefício do seguro desemprego e, conforme estabelece o artigo 6º, incisos IV, VI e VII, o artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.036/90, possibilita a execução de programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana. Dessa maneira, o inadimplemento do Fundo de Garantia ocasionará a falta de capital para custear a efetivação de políticas públicas importantes à manutenção do Estado do Bem Estar Social. 141

Outra amostra de como o *dumping* repercute além da esfera individual do trabalhador é o aumento do número de acidentes de trabalho, ocasionados pela não obediência às normas de segurança laborais, que consequentemente, oneram a Previdência Social, que é custeada por toda a sociedade.

A Constituição Federal em seu artigo 170 institui uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, a fim de assegurar vida digna a todos, conforme a justiça social, observando, dentre outros, o princípio da livre concorrência e a defesa do consumidor. A prática de *dumping* afronta esses princípios e diretamente atinge a ordem econômica causando desequilíbrio (Caristina e Sayeg, 2014).

> Não estamos, pois, tratando de mera delinquência patronal, de um ato que tenha repercussão apenas nas esferas individuais do agressor e o ofendido, ainda que receba repúdio social. Trata-se de uma prática organizada, deliberada, que atinge, reflexamente, o sistema econômico, com prejuízo difuso para toda a sociedade (Souto Maior, Moreira e Severo, 2014, p.20).

O *dumping* repercute na ordem econômica quando ocasiona a falência de pequenas e médias empresas, que são obrigadas a fechar suas portas, visto não poderem competir com os baixos preços das grandes empresas, que terminam por monopolizar o mercado. Ainda, ao não cumprir os direitos laborais garantindo que o empregado receba o que lhe é devido, ele

141 O FGTS é uma poupança aberta pela empresa em nome do trabalhador, onde todo mês ela deve depositar o relativo a 8% do valor do salário que ele recebe.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fere o seu poder de compra, e isso, consequentemente, diminui o consumo dos trabalhadores, que constituem parcela considerável da sociedade, o que acaba repercutindo em outros setores, afetando todo o mercado.

Ademais, a Lei 12.529/11, que estabelece o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, comumente conhecida como lei *antidumping*, dispõe acerca da ordem econômica e as medidas preventivas e repressivas das violações dela, e estabelece em seu artigo 36, que constitui infração, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto ou efeitos (ainda que não alcançados): prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; ou exercer de forma abusiva posição dominante.

É clarividente que os reflexos do *dumping* se encaixam em todas essas formas de agressão a ordem econômica, de forma que constitui infração ao ordenamento, enseja punição, e por isso, dentre outras razões já expostas, deve ser combatido.

4.Formas de Desestimular o *Dumping* Social

Diante da habitualidade e frequência que o *dumping* social vem sendo praticado, no intuito de desestimular essa prática no mercado internacional, surgiu a ideia da implementação de uma cláusula social decorrente de uma atuação conjunta por parte da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no sentido de minimizar os efeitos que essa prática enseja a dignidade humana do trabalhador.

De fato, convém ressaltar que a carta de princípios e objetivos da OIT, a Declaração da Filadélfia, adotada na Conferência Internacional do Trabalho, em 1944, estabelecia que o princípio de que a paz permanente só pode estar associada à justiça social, por isso, instituía, dentre outros ideais, que o trabalho deve ser fonte de dignidade e não mercadoria.

> Quando a Organização Internacional do Trabalho declara que "o trabalho não é mercadoria", não tem a pretensão de negá-lo como bem negociável, mas sim a intenção de deixar clara sua dissociação das leis de mercado. A regulação normativa estatal e convencional atribui ao trabalho uma natureza jurídica de bem social, protegido da competitividade por limites retributivos civilizatórios mínimos. Trata-se de um bem social, porque o trabalho produz resultados econômicos não apenas para quem trabalha, mas para toda a sociedade de que o trabalhador faz parte (Martinez, 2010, p. 36).

Nesse ínterim, essa cláusula consistiria no estabelecimento de normas que conferissem uma proteção mínima ao trabalhador e que deveriam ser observadas nas relações comerciais.

> A cláusula social é a imposição de normas em tratados internacionais de comércio internacional que objetivam assegurar a proteção ao trabalhador, estabelecendo padrões mínimos a serem observados pelas normas que regulam o contrato de trabalho nos processos de produção de bens destinados à exportação (Rocha, 2002, p. 326).

O tema é bastante controvertido, visto confrontar posicionamentos discrepantes dos países ‘desenvolvidos’ e dos países ‘em desenvolvimento’, já que os primeiros reclamam serem prejudicados pela concorrência desleal no mercado internacional, uma vez que o custo da mão de obra menos onerosa nestes últimos possibilita um preço final mais atraente do produto, enquanto estes alegam que tais medidas só favoreceriam o protecionismo que aqueles países já adotam em relação as suas empresas, o que seria prejudicial às economias dos países ‘em desenvolvimento’. Infere-se assim que, neste conflito, os países estão mais preocupados com seus próprios interesses econômicos do que com a questão da violação dos direitos humanos a que os obreiros estão submetidos.

De fato, é inegável que por trás do intuito protetivo dos países ‘desenvolvidos’ na defesa da implantação da cláusula social, há certo grau de oportunismo, no entanto também não é razoável que os países ‘em desenvolvimento’ se aproveitem da sua farta mão de obra para explorá-la mediante a precarização dos direitos fundamentais trabalhistas mínimos. Nessa conjuntura, se pleiteia uma atuação conjunta da OMC e da OIT no sentido de apaziguar esse conflito, visto as relações trabalhistas e comerciais estarem intrinsecamente ligadas.

Além disso, apesar de a OIT ter um papel fundamental de controle dos padrões trabalhistas, se mostra ineficiente frente à resolução das controvérsias advindas da prática do *dumping* social, por lhe faltar um sistema sancionador efetivo, uma vez suas sanções só possuírem caráter moral, de modo que, a atuação conjunta desta com a OMC constituiria um mecanismo eficiente, uma vez que esta possui um sistema de solução de controvérsias que impõe sanções econômicas aos países que desrespeitam suas determinações. Logo, uma cláusula social imposta a partir de uma ação conjunta entre OIT e a OMC, possibilitaria a resolução e o próprio desestímulo do *dumping* social, uma vez que apurado o seu descumprimento pela OIT, seria possível a imposição de sanções econômicas pela OMC, com a imposição de retaliações comerciais (Lau, 2015).

Convém ressaltar que no quadro atual essa proposta dificilmente será posta em prática, visto que os países ‘em desenvolvimento’, que representam a maioria no cenário global, a recusam e ainda refugam qualquer atuação da OMC no que diz respeito aos direitos laborais.

No que diz respeito ao *dumping* social interno, tem-se que, influenciado pelo contexto de globalização em que o capitalismo aliado à revolução tecnológica acirrou a polêmica entre os defensores do Estado Liberal e os adeptos ao Estado Social, os doutrinadores pátrios se posicionaram de modos antagônicos e, assim, ressurgiu a discussão acerca da flexibilização dos direitos dos trabalhadores. Nesse ínterim, destacam-se três linhas de pensamento acerca do desestímulo ao *dumping* social a partir da relativização da regulamentação trabalhista, trata-se das teorias: flexibilista, anti – flexibilista e semiflexibilista.

> O direito do trabalho vive atualmente um conflito entre as suas concepções, a protecionista, acusada de hipergarantista, de afetar o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa, e a reformista que defende a flexibilização das leis e a reavaliação, no plano teórico, dos seus princípios e funções, pondo-se a flexibilização como uma polêmica reação contrária à rigidez da legislação tutelar do trabalhador (Nascimento, 2011, p. 68).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É preciso destacar a insatisfação dos dois polos diretos da relação empregado – empregador na atualidade. De um lado, é grande a insatisfação da classe empresarial quanto à rigidez da legislação laboral que onera fortemente os empregadores, que no Brasil, já suportam uma das maiores cargas tributárias do mundo. Além dos depósitos mensais do FGTS, arcam com contribuições previdenciárias, além do salário que obrigatoriamente não pode ser inferior ao mínimo definido em Lei. Não que estes sejam altos em si mesmos, mas ao se considerar que as condições do negócio não são levadas em conta na fixação dos salários e que eles são pagos a funcionários fixos, independentemente da qualificação e da eficiência apresentadas, pode-se concluir então que os salários são altos (Mesquita Barros, 2000).

Por outro lado, todo esse dispêndio serve para custear o Estado Social brasileiro e incluir os empregados nas vantagens que lhe garantam uma vida digna, tendo em vista a precariedade dos recursos do Estado, principalmente no que diz respeito à saúde e educação. Ainda, os empregados também são sobrecarregados por uma alta carga tributária que se reflete na grande desigualdade social que assola o país.

Diante dessa dualidade, surge a teoria flexibilista, defendida por doutrinadores como Amauri Mascaro Nascimento, em sua obra Curso do Direito do Trabalho (2011), e Luiz Carlos Amorim Robortella, em sua obra O moderno direito do trabalho (1994), que apoiam a flexibilização dos direitos laborais em razão da priorização da economia, que na ótica dos adeptos dessa corrente traria benefícios para toda a sociedade.

A flexibilização diz respeito à adaptação das normas jurídicas as novas circunstâncias do mercado de trabalho, se destacando, a partir desse entendimento dois modelos possíveis de atenuação dos direitos laborais: um que apregoa a desregulamentação do Direito do Trabalho e a consequente submissão do contrato de trabalho ao Direito Privado – mas especificadamente o regramento dos contratos que a teoria civilista dispõe; e outro que consiste na supressão das normas trabalhistas ainda que isso prejudique o empregado mediante convenções ou acordos coletivos de trabalho.

A relativização das normas trabalhistas na busca pelo progresso econômico e social consistiria em adaptá-las a realidade de modo a beneficiar as relações juslaborais, uma vez que uma menor rigidez normativa seria mais fácil de ser cumprida pelos empregadores. Ainda, a atenuação dos direitos laborais, tornando-os mínimos, ocasionaria diretamente a elevação do lucro e da produção das empresas, o que geraria mais postos de trabalho, aumentando a necessidade de mão de obra e, assim, a flexibilização seria uma importante ferramenta no combate ao desemprego.

> Quanto aos direitos do trabalhador, a flexibilização recai principalmente sobre compensação de horários de trabalho em parâmetros maiores que o semanal, passando até a anual, supressão de horas extraordinárias e sua não integração nos cálculos dos demais pagamentos, redução de salários por acordo coletivo, participação nos lucros desvinculada dos salários, remuneração variável, desindexação dos salários, promoção da mulher para ter acesso ao processo produtivo em igualdade com o homem, suspensão do trabalho e reclassificação do modelo legal de dispensas, justificando-se as

> decorrentes de motivos econômicos, tecnológicos ou de organização da empresa e outros (Nascimento, 2011, p. 272).

Essa corrente entende que um Estado intervencionista é incompatível com o mercado e com as necessidades da evolução da economia, de forma que a proteção rígida do trabalhador se voltou contra ele próprio, pois desincentiva a criação de empregos.

Nesse ínterim, surgiu a teoria semiflexibilista, corrente intermediária que admite a flexibilização, mas desde que ela se dê em situações excepcionais, previstas na lei ou por convenção ou acordo coletivo. Essa corrente defende que a flexibilização seria possível desde que se fosse respeitada a dignidade do trabalhador e a redução dos direitos ocorresse apenas como solução às crises financeiras em empresas com risco de falência, ou seja, em caso de comprovada e grave necessidade econômica.

A flexibilização, neste caso, não pode ser utilizada pelo empregador como instrumento para alcançar lucro, aumentar seus proventos, mas deve ser utilizada com cautela e apenas em caso de real e comprovada necessidade de recuperação financeira da empresa.

Maurício Godinho Delgado, em sua obra Curso do Direito do Trabalho (2011 p. 210 e 211), posiciona-se segundo essa corrente e sustenta que o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e o da imperatividade da legislação do trabalho se encontram condicionados ao tipo de direito que encerram, haja vista existirem os direitos de indisponibilidade absoluta e os de indisponibilidade relativa. Estes, como o próprio nome informa, poderiam ser transacionados, haja vista que o direito enfocado por eles traduz interesse individual simples, que não caracteriza um padrão civilizatório mínimo, que é a garantia de direitos mínimos à existência digna dos obreiros ou o mínimo existencial, nas palavras do autor. Logo, podem ser objeto de transação desde que ela não ocasione prejuízos ao trabalhador e seja de mútuo consentimento, como assevera o artigo 468 da Consolidação das Leis Trabalhistas.142

Assim, "somente será passível de transação lícita parcela juridicamente não imantada por indisponibilidade absoluta – independentemente do respeito aos demais requisitos jurídicos-formais do ato" (Delgado, 2011, p. 212).

Nesse sentido, Arion Romita no prefácio do livro Arbitragem, conciliação, mediação nos conflitos trabalhistas, da professora Zoraide Amaral de Souza (2004, p.11 e 12, apud Cassar, 2008, p. 105), também é filiado desta corrente, adotando, no entanto, os direitos da personalidade como limite a flexibilização. Isto é, excetuando-se estes direitos, tudo pode ser flexibilizado.

Ainda, neste seguimento, Valia Bomfim Cassar (2008), em seu livro Direito do Trabalho, defende a flexibilização necessária em favor do resgate da saúde da empresa, já que no caso dessa ser levada a extinção, o maior prejudicado será o trabalhador. Assim, se o empregador estiver em sérias dificuldades financeiras e isto restar devidamente comprovado,

142 São direitos de indisponibilidade absoluta todos aqueles previstos na Constituição (princípios e valores constitucionais), leis, decretos, normas de medicina e segurança do trabalho, já os de disponibilidade relativa são os direitos de caráter privado, isto é, não previstos na Constituição ou na lei, como os estipulados em normas coletivas, regulamento de empresa, contrato de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

podem ser aceitas as reduções das vantagens trabalhistas, com o único objetivo de manter todos os empregos existentes. Trata-se de uma medida de exceção, e como tal, será mantida apenas durante o processo de recuperação da empresa, não importando quanto tempo isto demande. Um exemplo prático desta teoria foi o caso da empresa aérea, Varig, em que os próprios empregados concordaram em reduzir e até suprimir seus direitos, na tentativa da recuperação da empresa (Cassar, 2008, p. 34).

Indo de encontro a qualquer tipo de atenuação dos direitos laborais, a corrente antiflexibilista defende que a flexibilização destes constituiria um retrocesso e, dentro da realidade brasileira, seria inviável outorgar este poder ao empregado, empregador ou sindicatos. O entendimento de que uma flexibilização momentânea para incrementar o desenvolvimento econômico da Nação seria a solução é desacreditado, diante do exemplo de países que experimentaram esse modelo, como a Espanha, e não vislumbraram a geração de novos empregos ou a diminuição das injustiças sociais (Bonna, 2008). Na verdade, o que se observou foi que a desregulamentação de direitos substanciais dos trabalhadores só tem trazido prejuízos para estes e, consequentemente, à economia como um todo. Jorge Luiz Souto Maior, Ranúlio Mendes Moreira e Valdete Souto Severo, em *Dumping* Social nas Relações de Trabalho (2014), são signatários dessa corrente.

> [...] neste diapasão, a tão propalada flexibilização das leis trabalhistas nada mais é que a positivação da banalização da injustiça social e o sepultamento dos direitos humanos no que concerne às relações de trabalho. Mas a referida flexibilização não nos é mostrada em sua face verdadeira. Aqueles que a querem impor a justificam como a salvação para a situação catastrófica que se principiou e ainda não concluiu por ter esbarrado em algumas normas protetivas, dizendo, no caso brasileiro, que a CLT é culpada pelo desemprego e pela miséria. [...] O grande triunfo do neoliberalismo, que o faz bem sucedido na sua implementação da politica de banalização da injustiça social é a precarização do trabalho, que se dá através da competição por um lugar no mercado de trabalho (Souto Maior, Moreira e Severo, 2014, p. 47).

Importante destacar que relacionar proteção de emprego e aumento da taxa de exclusão é tão errôneo quanto associar incentivo ao emprego com a redução da proteção, pois não há isoladamente nem desenvolvimento social nem tampouco desenvolvimento econômico, visto que ambas as figuras caminham juntas, são partes integrantes de um mesmo processo social e econômico.

> Do confronto entre a proteção e a desregulamentação resultaria o desaparecimento do Direito do Trabalho se vitoriosa a última. Tal não deverá acontecer porque a proteção é fator de maior produtividade e de paz social, que interessam ao capitalismo (Silva, 1999, p. 38).

Ainda, a corrente antiflexibilista se encontra amparada pelo princípio implícito da vedação ao retrocesso social que a ordem constitucional pátria traz e que se traduz na impossibilidade de precarização dos direitos fundamentais, incluindo, assim, os direitos sociais dos trabalhadores, sem que haja uma política substitutiva equivalente. Este princípio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

nasce da associação do princípio da dignidade humana e do princípio da segurança jurídica e atua como verdadeira garantia do mínimo existencial, ao definir que os direitos fundamentais só poderão ser ampliados, nunca suprimidos, de modo que não é admitida que nenhuma reforma retroceda a condição social do trabalhador (Nasihgil e Duarte, 2015).

Importante destacar que o Brasil adota a flexibilização legal, ou seja, a própria lei define exceções e autoriza a redução de direitos em hipóteses pontuais. Assim, é certo que nada impede que determinadas normas trabalhistas sejam flexibilizadas, pois seria inviável um ordenamento laboral estático, uma vez que o Direito precisa se adequar a sociedade hodierna. No entanto, tais mudanças legislativas precisam vir acompanhadas da respectiva compensação, pois é inaceitável que o discurso da lógica de mercado baseada no capitalismo selvagem prevaleça frente aos direitos que os trabalhadores conquistaram a duras penas e asseguram a sua própria dignidade (Bonna, 2008, p. 63).

> A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de "contrarrevolução social" ou da "evolução reaccionária".Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.:direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir,simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações econômicas difíceis, recessões econômicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subctração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos [...].O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constituiu um limite jurídico do legislador, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social (Canotilho, 1995, p.468-469, apud Bonna, 2008, p. 58).

Trata-se da Teoria da Conglobalização dos Pactos Coletivos em que se exige concessões recíprocas como requisito mínimo para validade dos ajustes contratuais empregado-empregador (Cassar, 2008, p. 41). Nesse sentido, alguns tribunais se pronunciaram, a exemplo:

> EMENTA: REAJUSTE SALARIAL DIFERENCIADO PREVISTO EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO À FUNÇÃO GRATIFICADA INCORPORADA Decorrem as negociações coletivas de concessões recíprocas, **em que observada a autonomia das partes convenentes, sedimentada na Carta Magna, as quais podem abrir mão, inclusive, de uma vantagem, em prol de condições que lhes tragam maiores benefícios**. Tal flexibilização, ajustada, patenteia-se, a exemplificar, nas disposições do art. 7a, incisos VI, XEtt e XIV da Constituição Federal. Há, pois, que prevalecer o Acordo Çoletivo do Trabalho, que determina índices de reajuste diferenciados para as diferentes rubricas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> salariais, estabelecendo que o reajuste de 25% tem pertinência, tão-somente, à tabela de empregos permanentes da Reclamada - ER não se estendendo à gratificação de função incorporada. TRT/DF - Processo: 00704.2004.011.10.00.3 - Rei. Designado: Juiz Alexandre Nery de Oliveira. D//DF14/01/2005. (grifo nosso).

O entendimento de que a flexibilização dos direitos trabalhistas só agravaria a exclusão social também é compartilhada por economistas, a exemplo de Aloísio Mercadante, que defende uma reforma no Direito Trabalhista a partir da construção de um novo contrato social. O trabalhador não mais seria visto como assalariado, mas como um produtor da riqueza social, como consumidor e como cidadão (Mercadante, 2000).

> É necessário promover uma ampla reforma trabalhista. [...] Nesse ideal neo-liberal de que a liberdade do capital é o único caminho de modernidade possível. Digamos que em se tratando da relação entre fortes e fracos, a liberdade escraviza, a lei liberta (Mercadante, 2000, p. 130).

> Nossa história econômica mostra que o mercado interno tem um papel fundamental no desenvolvimento da nossa industrialização e da produção. É ele que atrai investimentos, a capacidade de crescimento e de criar uma sociedade mais generosa para o seu povo do que a que temos (Mercadante, 2000, p. 132).

Dessa forma, a concepção da flexibilização como retrocesso deve prevalecer frente à errônea associação entre protecionismo e o desemprego, ou ainda, perda de posição no mercado internacional. Deve-se atentar que a mesma é adotada no Brasil (em hipóteses legalmente definidas) e é necessária, pois o Direito Laboral precisa se adequar aos anseios da contemporaneidade, as exigências do mercado. No entanto, os direitos sociais do trabalhador constituem uma extensão da própria dignidade humana dos empregados e, assim, estão protegidos pelo princípio da vedação ao retrocesso social, que apesar de não ser um princípio absoluto, veda que as condições laborais sejam precarizadas sem nenhuma compensação que garanta as mínimas condições sociais da classe obreira.

5. Considerações Finais

Nos tempos hodiernos, o mundo globalizado e a política neoliberal questionam os direitos laborais e pleiteiam sua mitigação em detrimento do crescimento econômico. Dessarte, surgiu à figura do *dumping*, prática de concorrência desleal que se configura pela colocação de produtos e serviços no mercado a preços bem menores, por vezes até que o próprio preço de custo, superando e dizimando, assim, a concorrência.

A fim de conseguir diminuir os custos de produção e, dessa forma, angariar vantagem sobre as empresas concorrentes, surgiu uma espécie de *dumping* que atinge diretamente a seara laboral, é o *dumping* social. Numa perspectiva internacional, esta prática se configura pela instalação de filiais em países cujos direitos laborais são ínfimos e há pouca fiscalização, como os países asiáticos, já no âmbito interno, se configura pelo reincidente e reiterado descumprimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É mais vantajoso para as empresas pagar a condenação de uma reclamação trabalhista do que cumprir a legislação, devido à mora processual, que permite que esta coloque seus produtos a preços inferiores durante um tempo considerável, prejudicando as empresas concorrentes que cumprem os direitos laborais e, por isso, têm produtos com um custo mais alto, bem como pelo reduzido número de trabalhadores que procuram o Poder Judiciário para fazer cumprir seus direitos.

Por conseguinte, os danos advindos dessa prática ultrapassam a esfera individual do obreiro e atingem toda a coletividade, pois o respeito ao trabalhador, como direito social, impõe valores a sociedade e, consequentemente, a todo o ordenamento jurídico, e o seu desrespeito produz um dano transindividual difuso. Além disso, o aumento do número de acidentes de trabalho, ocasionados pela não obediência às normas de segurança laborais, uma vez que elas oneram o custo final dos produtos e serviços, recaem sobre a Seguridade Social, em especial sobre a Previdência Social, que é custeada por toda a sociedade.

O *dumping* também repercute na ordem econômica quando ocasiona a falência de muitas empresas, que são obrigadas a fechar suas portas por não poderem competir com os baixos preços das grandes empresas. Ademais, também fere o poder de compra do empregado que não recebe a renda a que faz jus, e tem, consequentemente, que consumir menos, o que repercute em outros setores, afetando todo o mercado, haja vista que os trabalhadores constituem parcela considerável da sociedade.

Com vistas a desestimular essa prática, surgiram diversas teorias. Tem destaque no âmbito internacional, a da cláusula social, que se configura pela imposição de normas a partir de tratados de comércio mundiais com o intuito de estabelecer padrões mínimos de trabalho a serem observados pelas empresas na produção de bens destinados ao mercado internacional.

No âmbito interno, se destacam as correntes flexibilista, que defende a flexibilização dos direitos laborais em razão da priorização da economia, que na ótica dos adeptos dessa corrente traria benefícios para toda a sociedade; a semiflexibilista, cujos signatários asseveram que a flexibilização seria possível desde que se fosse respeitada a dignidade do trabalhador e a redução dos direitos ocorresse apenas em caso de comprovada e grave necessidade econômica; e a antiflexibilista, que entende a flexibilização como um retrocesso.

A partir de uma análise detalhada acerca das consequências da adoção de cada uma dessas correntes, prevalece o entendimento de que a corrente antiflexibilista deve prevalecer, uma vez que se encontra amparada pelo princípio da vedação ao retrocesso social que a ordem constitucional pátria aduz e que se baseia na impossibilidade de precarização dos direitos fundamentais, incluindo, assim, os direitos sociais dos trabalhadores, sem que haja uma política substitutiva equivalente. Este princípio define que os direitos fundamentais só poderão ser ampliados, nunca suprimidos, de modo que não é admitida que nenhuma reforma retroceda a condição social do trabalhador.

Importante destacar, ainda, que o ordenamento juslaboral pátrio adota a flexibilização legal, ou seja, a própria lei define exceções e autoriza a redução de direitos em hipóteses pontuais. Longe de esgotar o tema, este artigo tenta apenas suscitar possíveis soluções a problemática do *dumping* social, sem descuidar do obreiro, visando resguardar a não precarização de seus direitos, malgrado assevere a possibilidade de que determinadas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

normas trabalhistas sejam flexibilizadas, pois o Direito Laboral precisa se adequar as exigências do mercado, desde que tais mudanças legislativas sejam acompanhadas da respectiva compensação, pois os direitos sociais do trabalhador constituem uma extensão da sua própria dignidade humana e, assim, estão protegidos pelo princípio da vedação ao retrocesso social.

6. Referências

ARAÚJO, Aline de Farias. A necessária repressão da justiça do trabalho aos casos de dumping social. Revista da ESMAT 13 – Ano 4 – N. 4 – Outubro de 2011. Disponível em: http://www.amatra13.org.br/arquivos/revista/REVISTA%20DA%20ESMAT%2013%20ANO%204%20N%204%20OUT%202011[PARA%20IMPRESS%C3%83O%20COM%20302%20PAGINAS].pdf. /Acesso em: 15 de jul. de 2020

ARRUDA, Kátia Magalhães. Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal. São Paulo: LTr, 1998.

BARBOSA JÚNIOR, José Raimundo; LEAO CABRERA, Rosângela de Paiva. O dumping social na perspectiva atual da justiça do trabalho. Revista Objetiva VIII – ISSN 2317-0034. Disponível em: http://revistaobjetiva.com/revista/wp-content/uploads/2013/02/O-DUMPING-SOCIAL-NA-PERSPECTIVA-ATUAL-DA-JUSTI%C3%87A-DO-TRABALHO-Jos%C3%A9-Raimundo-Barbosa-J%C3%BAnior-Ros%C3%A2ngela-de-Paiva-Le%C3%A3o-Cabrera-.pdf. /Acesso em: 02 de jul. de 2020

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho – 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BONACCORSIL, Amanda Helena Azeredo; VARETO, Tamiris Carolina. A prática do dumping social no âmbito trabalhista e seus efeitos. Letras Jurídicas, Centro Universitário Newton Paiva. Versão on-line: ISSN 2358-2154 | Número 3 – 2. semestre 2014. Disponível em: http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=118./Acesso em: 24 de jul. de 2020

BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. Ver. Trib. Reg. Trab. 3º Reg., Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 51-66, jan./jun. 2008. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_77/Aline_Bonna.pdf. Acesso em: 18 de jul. de 2020

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: Constituição (planalto.gov.br). /Acesso em: 18 de jul. de 2020

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. São Paulo: Revista de Processos, 1977.

_____, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução e Revisão Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/1988.

CARISTINA, Jean Eduardo Aguiar; SAYEG, Ricardo Hasson. Dumping social: infração da ordem econômica humanista. Lex Humana, v. 6, n. 1, junho de 2014. Disponível em:

http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path[]=511. /Acesso em: 18 de jul. de 2020

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho – Niterói: Impetus, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho – 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

GENRO, Tarso. Direito individual do trabalho. 2º ed., São Paulo: LTr, 1994.

LAU, Ana Isabella. A cláusula social no comércio internacional: a interação entre a OMC e a OIT no combate ao dumping social. Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 6, n. 11, p. 189-206, jan./jun. 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho – 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

MERCADANTE, Aloiso. Congresso Internacional do Direito do Trabalho. Reforma trabalhista: anais do Congresso Internacional do Direito do Trabalho: a reforma trabalhista: direito do Trabalho ou direito ao trabalho? In.: Coordenador Ney Prado. – São Paulo: LTr, 2000.

MESQUITA BARROS. Congresso Internacional do Direito do Trabalho. Reforma trabalhista: anais do Congresso Internacional do Direito do Trabalho: a reforma trabalhista: direito do Trabalho ou direito ao trabalho? In.: Coordenador Ney Prado. – São Paulo: LTr, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho – 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

NASIHGIL, Arion Augusto Nardello; DUARTE, Francisco Carlos. A flexibilização do direito do trabalho como instrumento de desenvolvimento econômico em conflito com o princípio da vedação do retrocesso social. Revista do Programa de Pós – Graduação em Direito da UFC, v. 35.2, jul./dez/ 2015.

PINTO, José Augusto Rodrigues Pinto. Dumping social ou delinquência patronal na relação de emprego? Rev. TST, Brasília, vol. 77, n° 3, jul/set 2011. Disponível em: http://www.tst.jus.br/documents/1295387/2684887/Dumping+Social+ou+delinqu%C3%AAncia+patronal+na+rela%C3%A7%C3%A3o+de+emprego./Acesso em: 10 jul. de 2020

PLÁ RODRIGUES, Américo. Princípios de direito do trabalho: tradução de Wagner D. Giglio – 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

ROCHA, Dalton Caldeira. Cláusula Social. In: BARRAL, Welber (org.). O Brasil e a OMC. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

THORTENSEN, Vera. OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

www.conteudojuridico.com.br

A LUTA PELO RECONHECIMENTO, IGUALDADE DE GÊNERO E DIREITOS DAS MULHERES PESCADORAS DA AMAZÔNIA E A IMPORTÂNCIA CONCLAMATIVA DO REVERBERAR CIENTÍFICO-ACADÊMICO

SAMUEL MOREIRA SOARES: Servidor efetivo do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas e estudante de Direito da Universidade do Estado do Amazonas - UEA.

JANE SILVA DA SILVEIRA

(orientadora)[143]

Resumo: Este artigo é uma breve análise crítica acerca do processo de luta pelo reconhecimento, igualdade de gênero e direitos das mulheres pescadoras da Amazônia, bem como da importância conclamativa do reverberar acadêmico-jurídico para essa luta, revelando que, ao longo da história, as mulheres têm passado por um processo de inferiorização e dominação por parte dos homens que ecoa, hodiernamente, nesse grupo social, sendo assim, indaga-se até que ponto essa evolução histórica está relacionada com a luta por igualdade e direitos dessas mulheres. Além disso, é uma reflexão social, legal e constitucional sobre o grau em que estamos nesse processo, expondo a dívida acadêmica do Direito, consubstancia-se, assim, em uma verdadeira conclamação científico-acadêmica, mormente para os estudiosos e pesquisadores das ciências jurídicas.

Palavras-chave: Reconhecimento. Igualdade. Mulheres pescadoras amazônicas.

Abstract: This article is a brief critical analysis of the struggle for recognition, gender equality and the rights of women fishermen in the Amazon, as well as the critical importance of the academic and legal reverberation for this struggle, revealing that, throughout history, women they have gone through a process of inferiorization and domination on the part of men that echoes, today, in this social group, therefore, it is asked to what extent this historical evolution is related to the struggle for equality and rights of these women. In addition, it is a social, legal and constitutional reflection on the degree to which we are in this process, exposing the academic debt of Law, thus constituting a true scientific-academic claim, especially for scholars and researchers in the legal sciences.

Keywords: Recognition. Equality. Amazonian fishing women.

Sumário: 1.Introdução. 2. A evolução histórica que ocupa a mulher na sociedade à luz do viés da igualdade de gênero e direitos. 3. O empoderamento e a visibilidade: os dois pressupostos imprescindíveis no lutar por reconhecimento e igualdade de gênero na pesca. 4. O reflexo da legislação brasileira em uma realidade prática Amazônia. 5. Em que grau estamos: a luta por igualdade de gênero e direitos das mulheres pescadoras amazônicas e a

143 Advogada, Professora da Universidade do Estado do Amazonas – UEA e especialista em Direito Processual Civil.

importância conclamativa do reverberar científico-acadêmico. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1.Introdução.

Tratar de um tema que envolve uma realidade interdisciplinar complexa é um tanto quanto desafiador, pois é necessário expor o todo, sem ser vago demais. Nesse sentir, por escopo geral, tencionamos trazer uma breve análise crítica, porém, relativamente completa, acerca da luta pelo reconhecimento, igualdade de gênero e direitos das mulheres pescadoras da Amazônia e a importância conclamativa do reverberar científico-acadêmico.

Antes de tratar especificamente dessas mulheres pescadoras amazônicas, é forçosa a exposição de um estudo sobre a posição feminina, de forma geral, ao longo da história, verificando-se, assim, que historicamente as mulheres têm passado por um processo de inferiorização e dominação por parte dos homens, que ecoa hodiernamente nesse grupo social que estudamos, sendo assim, indaga-se até que ponto essa evolução histórica está relacionada com a luta por igualdade e direitos dessas mulheres pescadoras.

Uma vez realizado esse estudo histórico, direcionamos os nossos esforços a analisar especificamente as mulheres pescadoras da Amazônia, sobretudo, os dois pressupostos imprescindíveis do processo de luta dessas mulheres no que tange à busca por reconhecimento e direitos, bem como explicitar qual a importância desses pressupostos para esse fenômeno social, compreendendo melhor o significante de cada um deles, fazendo isso à luz do método científico dialético- fenomenológico, de grande valia para os estudos sejam eles sociais ou jurídicos.

Em seguida, por derradeira, objetivamos empreender uma análise acerca do grau em que estamos nesse processo de luta por igualdade de gênero e direitos dessas mulheres pescadoras da Amazônia, expondo algumas das possíveis reverberações desse conquistar, trazendo à discussão as nossas possíveis dívidas existentes para com essas mulheres, posicionando-se, então, de forma crítica e embasada, reverberando e conclamando, assim, os olhares de toda a comunidade cientifica para esse existir feminino na pesca, sobretudo o olhar das ciências jurídicas.

2.A evolução histórica que ocupa a mulher na sociedade à luz do viés da igualdade de gênero e direitos.

Antes de quaisquer comentários acerca das mulheres pescadoras amazônicas, é indeclinável que se empreenda um estudo, em linhas gerais, acerca da evolução da situação ocupada pela mulher na sociedade, bem como da conquista dos seus direitos ao longo das décadas, a fim de constatarmos o fosso expressivo entre o trabalho e direito da mulher em comparação com os homens. Esse estudo histórico, se faz necessário porque não se pode olvidar que o lutar pelos direitos é produto da história e, conforme entende Martins (2000), somente a partir de estudos histórico-culturais é que compreendemos com mais acuidade os problemas atuais.

O trabalho distinto de homens e mulheres não é coisa das sociedades modernas, podemos entender isso a partir de Barbugiani e Barbugiani (2014), que ao discorrerem sobre a mulher e a posição por ela ocupada, define que essa distinção de gênero vem desde os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tempos primórdios da humanidade, isto é, essa configuração social hodierna é herança de um longo processo de seccionamento. Para a mulher caberia as funções domésticas, zelando pelo bem-estar de sua família ou cultivo de alimentos, no exercício da agricultura, ao passo que aos homens competiam a realização das funções públicas, políticas e econômicas para o sustento da família ou desempenho da caça e da pesca, no âmbito do campo.

Pode-se verificar, então, que desde as sociedades mais primitivas já havia divisão por gênero, contudo, podemos dizer, antagonicamente, que na Antiguidade, existiram civilizações com mais direitos e igualdade para as mulheres em relação aos homens, do que em sociedades mais modernas e "evoluídas" (entre aspas, pois devemos questionar qual seria realmente o critério para definir uma sociedade como mais evoluída).

Nesse diapasão, não obstante haverem muitos casos em que a mulher estava em posição inferior ao homem como na sociedade ateniense da Grécia Antiga, também há registros de situações em que as mulheres tinham uma situação bastante equitativa para a época, como, por exemplo, no caso das mulheres espartanas que tinham o direito de possuir e administrar bens, chegando a controlar dois quintos da terra144. As espartanas ainda gozavam da preocupação do Estado, elas tinham direito à educação, aprendiam a ler, a escrever, a tocar música e a dançar. Sendo que ainda tinham treinamento físico, praticavam esportes e participavam de competições.

No que tange à Antiga Roma, fica nítido que a mulher tinha uma posição relativamente boa em relação ao homem se comparada a outras civilizações da época ou mesmo a civilizações que vieram posteriormente. Acerca desse assunto João Arruda assim se manifesta:

> [...] conseguiram as mulheres romanas a isenção de qualquer trabalho servil, e, particularmente, não eram obrigadas, no serviço doméstico, aos trabalhos da cozinha e da moagem. Façamos o paralelo da mulher romana com a mulher grega: enquanto a romana, na *deductio in domun mariti*, levava consigo a roca e o fuso, porque ela só se dedicava aos trabalhos de fiar e aos trabalhos domésticos elevados, e não servis, — a mulher grega, quando ia para a casa do esposo, levava consigo um utensílio de cozinha, para mostrar que ela iria trabalhar em todos os serviços da casa, e, particularmente, no serviço da cozinha, que era julgado vil pela mulher romana. A obrigação das romanas era fiar e tecer no *atrium*, criar os filhos, e dirigir, na qualidade de senhora, todos os serviços domésticos (ARRUDA, 1941, p. 196).

Prosseguindo na História, temos as sociedades medievais, que têm como marco inicial de sua Era a queda do Império Romano do Ocidente, no século V, e como marco final a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos em 1453. Além desses importantes marcos históricos, é preciso expor que, antes de quaisquer considerações acerca do papel da mulher nesse período, é crucial enfatizar que a partir de diversas leituras, pode-se perceber que os

144 Informação constante no Canal e sítio History <https://br.historyplay.tv/noticias/livres-e-guerreiras-assim-eram-mulheres-espartanas>. O History é bastante respeitado por exibir documentários mundiais acerca dos mais diversos temas da História, sempre com fontes seguras e com estudiosos no assunto.

estudiosos e historiadores desse tema se dividem; uns possuem uma visão mais negativista sobre a posição da mulher medieval, e, na contramão, outros possuem um prisma mais positivo quanto a essa posição que ocupa a mulher na Idade Média.

Dito isto, dentre outros estudiosos da área, podemos fazer uso de Silva (2014), que analisou importantes historiadores como Le Goff145 e Georges Duby146, para entender melhor o papel da mulher medieval. E assim sendo, pode-se dizer que, segundo Le Goff a Idade Média compreendeu um período conhecido como Idade das Trevas, e também, ao mesmo tempo, a Idade da Luz. Já para Georges Duby, a Era da Idade Média era uma idade dos homens, isso porque o contar a História era coisa do sexo masculino, seja pelos seus testemunhos, seja nas páginas dos textos literários.

A leitura de Silva (2014) é de grande valia exatamente por essa ampla análise que ele faz da história da mulher na idade média a partir da visão de importantes historiadores como os citados. Nesse proceder, pode-se constatar que a mulher medieval, em determinado tempo, ocupa uma posição de extrema inferioridade em relação ao homem, sendo apenas tradicionalmente esposas, mães e filhas submissas, e em outro tempo, mormente a partir do século XII e XIII, ocupa uma posição mais de igualdade, pois há registros documentais da Paris do século XIII, nos quais mulheres são retratadas como exercendo profissões como professoras, médicas, boticárias, tintureiras, copistas, miniaturistas, encadernadoras, arquitetas, e até alguns papéis de liderança importantes, tais como abadessas e rainhas.

Sucedendo a Idade Média, tem-se a chamada Idade Moderna que se prolonga até a Revolução Francesa em 1789, nesse período, observa-se o detrimento do feudalismo e o surgimento do capitalismo e da burguesia. Essa transição de sistemas econômicos fundamenta grandes mudanças na situação ocupada pela mulher na sociedade, nesse sentir, o que se observa é que a posição da mulher moderna na sociedade e em sua família estava diretamente associado sua classe social.

Nesse norte, os historiadores, a partir da análise de documentos da época, qualificam as mulheres da Idade Moderna, de modo geral, em quatro estamentos sociais, a saber: as princesas, as burguesas, as nobres e as camponesas. As princesas eram submissas, e basicamente serviam como meio de alianças entre reinos. Já as mulheres burguesas ajudavam na economia familiar e trabalhavam nas oficinas têxteis. E as mulheres pobres eram as chamadas camponesas que faziam o trabalho doméstico e trabalhavam na agricultura e não possuíam basicamente nenhum direito. Diferentemente das nobres e aristocratas que administravam as suas casas, além de frequentar as cortes.

Diante das mudanças significativas ocorridas nesse período moderno, mormente a decadência do feudalismo, o surgimento da produção capitalista, o crescimento das cidades e da atividade comercial, pode-se constatar que a situação da mulher pobre camponesa se agravou, pois ela, só possuía sua mão de obra para ofertar. Nesse entender Campagnoli et al (2003), afirma que:

145 Jacques Le Goff foi um historiador francês especialista em Idade Média, que escreveu dezenas de livros e trabalhos, sendo até hoje muito respeitado.
146 Georges Duby foi também um importante históriador e estudioso da Idade Média, sendo muito respeitado até os dias atuais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A valorização do homem e das ciências aumentou a exclusão social da mulher. Nesse contexto, as mulheres no mercado de trabalho tiveram oportunidades restritas. A necessidade de sobrevivência que as mulheres pobres enfrentaram não permitiu que estas deixassem de participar do mercado de trabalho. Em outras palavras, o trabalho da mulher, valorizado ou não, não deixou de existir. O quadro de desvalorização do trabalho da mulher agravou-se com o capitalismo, que submeteu a exploração da força de trabalho feminina ao processo de acumulação capitalista. (COMPAGNOLI et al, 2003, p. 140).

Corroborando o argumento de que as mudanças citadas anteriormente causaram uma verdadeira conflagração na vida da mulher contemporânea, pode-se dizer, sem medo de errar, que a Revolução Industrial é uma das grandes culpadas por essa conflagração. As mulheres passaram, junto com as crianças, a serem usadas massivamente como mão de obra disponível e barata para as fábricas, ficando mais evidente a diferenciação por gênero, assim, a luta da mulher não é só pelo direito de poder trabalhar em postos antes só ocupados por homens, mas, sobretudo, de poder trabalhar e ter os mesmo direitos dos homens.

Nesse proceder, a contemporaneidade é marcada pela luta da mulher por essa igualdade de gênero, seja no âmbito do direito do trabalho, seja nos demais campos como a política e o direito de votar e ser votada. Nas informações trazidas por Souza (2009) em seu artigo "Os direitos humanos das mulheres sob o olhar das Nações Unidas e o Estado Brasileiro", podemos concluir que, com o advento das Nações Unidas, no pós- guerras, e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, o labor em prol dos direitos das mulheres ganharam dimensão e força mundial, conquistando uma relativa igualdade nunca antes vista, sobretudo com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, aprovada pela ONU em 1979.

Observa-se que até agora não se fez distinção de direitos em gerações (ou dimensões), não se deixou claro qual grupo de direitos as mulheres mais almejavam nesse processo histórico de luta, isso ocorre, porque essa discussão de Direitos de Primeira que são os ligados à liberdade, de Segunda que são os associados à igualdade e os de Terceira geração que são os ligados à fraternidade, é uma discussão realizada, sobretudo, a partir da criação da ONU em 1945.

Além disso, o que se verifica é que os direitos estão, direta ou indiretamente, uns ligados aos outros, isso, no nosso entender, significa que quando se tem os direitos de uma categoria resguardados, normalmente se busca os de outra, isto é, se a pessoa já é livre, não faz sentido ela lutar por liberdade, mas se sendo livre não é tratada de forma equânime, ela irá pleitear não mais a liberdade, mas sim a igualdade, da mesma forma podemos dizer que se uma pessoa é livre e é tratada de forma simétrica, ela irá não mais reivindicar a igualdade, mas sim a fraternidade.

Nessa direção, podemos dizer que, historicamente, a mulher tem buscado todos os direitos, pois com uma história dominadora masculina, até os direitos mais básicos como o uso do próprio corpo, não raras vezes, lhe foi ceifado. O que teremos, então, é, dependendo do momento histórico, a preponderância na luta por alguns direitos, e em outros momentos, por outros direitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No caso do nosso País, desde o seu "descobrimento"147 a luta em prol dos direitos das mulheres, em linhas gerais, reflete o que estava ocorrendo no mundo, até porque foi o Reino de Portugal, uma nação do continente europeu, que aqui chegou em 1500. Contudo, não podemos esquecer que as lutas das mulheres brasileiras tinham um certo atraso se comparadas com as mulheres europeias, por exemplo, na questão do sufrágio, as origens do movimento sufragista feminino encontram-se na França do século XVIII, sendo que em 1893, a Nova Zelândia se tornou o primeiro país a garantir o sufrágio feminino, graças ao movimento liderado por Kate Sheppard148. Em comparação, em nossa sociedade brasileira, as mulheres só passaram a votar, em âmbito nacional, em 1932. Sendo que, até em relação a outras sociedade americanas, temos um atraso, pois, por exemplo, nos Estados Unidos, já em 1919 foi garantido o direito de voto para as mulheres, através da Emenda Dezenove149.

É forçoso destacar ainda, que correlacionando com a evolução histórica exposta, é perceptível que a luta por direitos femininos, no que se refere aos específicos direitos sociais e trabalhistas, bem como a conquista desses direitos específicos, não são hegemônicas, em outras palavras, as conquistas de direitos sociais e trabalhistas das mulheres urbanas empregadas andam em ritmo diferente das conquistas da mulheres rurais e ribeirinhas.

Isso ocorre porque as mulheres rurais e ribeirinhas se encontram mais afastadas dos centros de decisão, de pensamento, conscientização e educação como as universidades, sendo que tal fato reflete diretamente no processo de luta, tornando-o mais espinhoso e árduo. Nesse entender, podemos constatar, por exemplo, que as trabalhadoras da indústria de São Paulo e do Polo Industrial de Manaus têm muito mais dos seus direitos resguardados do que mulheres pescadoras do interior da Amazônia e as quebradeiras de coco de babaçu dos Estados do Pará, Tocantins, Maranhão e Piauí150.

3.O empoderamento e a visibilidade: os dois pressupostos imprescindíveis no lutar por reconhecimento e igualdade de gênero na pesca.

Antes de adentrarmos em um estudo mais aprofundado, para evitar interpretações antagônicas e não condizente com o real sentido por detrás de cada termo, é irrefutável a

147 Coadunamos com uma visão mais reflexiva sobre o direito internacional, nesse entender, não é adequado usar o termo "descobrimento" ou similares, pois nos inclinamos no pensar da Escola Ibérica da Paz, que enxerga as terras e os povos indígenas do Novo Mundo como autônomos e em igualdade de direitos com os europeus. Nesse sentir, a leitura do artigo "A remissão do pensamento humanista da Escola Ibérica da Paz em prol da atual proteção internacional dos direitos humanos", da Prof. Dra. Sílvia Maria da Silveira Loureiro, da Universidade do Estado do Amazonas é de grande contribuição. Artigo publicado na Revista de Hispanismo Filosófico n.º 20 (2015): 27-45. Disponível em: <http://filosoficojournal.com/index.php/path/article/download/3/3/>

148 Katherine Wilson Sheppard foi uma mulher de expressividade inestimável quando o assunto é o direito de votar das mulheres, ela é o maior destaque desse movimento pelo Sufrágio feminino da Nova Zelândia, influenciado essa luta pelo mundo.

149 Informação extraída do POLITIZE, que é uma organização da sociedade civil sem fins lucrativos (ONG), que tem por missão de formar uma nova geração de cidadãos conscientes e comprometidos com a democracia. Disponível em: < https://www.politize.com.br/conquista-do-direito-ao-voto-feminino/ >

150 A luta por reconhecimento e direitos das mulheres quebradeiras de coco do babaçu tornou-se um pouco mais visível hodiernamente a partir de publicações sobre a sua luta, inclusive Soares (2012), cita essas importantes trabalhadoras. Não podemos esquecer também do papel também da imprensa no sentido de divulgação das lutas femininas por direitos e igualdade de gênero, nesse norte, no que se refere as mulheres quebradeiras de coco de babaçu, vale a leitura da reportagem disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/comunidadestradicionais/quebradeiras-de-coco-babacu/>

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

necessidade de alguns esclarecimentos, isso porque não existem palavras em vão, isto é, as palavras não são apenas justapostas para, no contexto, coadunar com a sonoridade ou algo do tipo, cada uma delas, ao ser colocada ao lado da outra, em um título de uma dissertação, de um artigo, ou outro estudo acadêmico-científico, carrega uma força significante avassaladora, quer seja para o bem, quer para o mal.

Não se estar aqui querendo atiçar ou defender uma visão tacanha e maniqueísta do mundo cientifico, dividindo-o no que é certo ou errado, muito pelo contrário, as pluralidades do pensamento devem ser respeitadas e estudas, pois só uma visão geral do assunto, a partir de uma ponderação multisciente, pode-nos levar a conhecer e entender a importância e força das palavras no processo do conhecimento ao qual se estar estudando.

Nesse entender, é imperioso trazer informação acerca de qual o método científico usado, isso porque, a presença do método científico, em qualquer trabalho que ambicione o *status* científico, é crucial, sendo assim, mesmo ao tratar de ciências humanas, sociais e jurídicas, o método científico é indispensável e sobre o assunto, podemos citar Zago (2013), que define o método dialético:

> Atingir o concreto pelo pensamento, através da mediação, não significa aderir ao idealismo. O método materialista histórico dialético postula que apesar de o conhecimento ser construído pelo pensamento ele ainda assim é social [...] O método dialético irá justamente buscar as relações concretas e efetivas por trás dos fenômenos. Sobre esta posição marxiana escreveu Walhens (apud Kosik 1976 p.17): “O marxismo é o esforço para ler, por trás da pseudoimediaticidade do mundo econômico reificado as relações inter-humanas que o edificaram e se dissimularam por trás de sua obra.” (ZAGO, 2013, p. 117 e 115).

A forte presença do método dialético, em nosso estudo, é inegável, contudo, o método dialético, *per si*, não é suficiente para conferir a metodologia cientifica necessária, por isso, destacamos também a necessidade de aplicação do método científico fenomenológico, que nos dizeres de Tourinho (2017), em linhas gerais, é definido como o método científico que dar a necessária importância aos fenômenos da consciência, os quais devem ser estudados em si mesmos, pois o saber do mundo resume-se, também, a esses fenômenos, a esses objetos ideais que existem na nossa mente, sendo que cada um é representado por uma palavra que traz a sua essência, a sua "significação". Tourinho (2017) continua ainda:

> Conforme Husserl destaca, nas suas primeiras considerações a respeito do método fenomenológico, com a redução fenomenológica, passamos do fato individual para o que há nele de genérico. O exercício da redução fenomenológica assegura-nos a possibilidade de falarmos de uma eidética (ou de uma “doutrina de essências”). A redução fenomenológica exige-nos, como vimos, que tudo o que é transcendente possa ser submetido a um índice de nulidade, forçando-nos à abstenção de considerações sobre toda e qualquer posição de existência. Com isso, encontramo-nos em condições de exercer uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> espécie de "técnica de variação imaginária dos objetos" (TOURINHO, 2017, p. 114 e 115).

Uma vez realizada as devidas considerações acerca dos métodos científicos empregados, nos concentramos, agora, no sentido de entender a importância do termo **visibilidade** para a temática do gênero na atividade pesqueira, ou seja, qual a importância da visibilidade da existência das mulheres pescadoras para a sua luta pela conquista de seus direitos sociais ou até mesmo de outras dimensões de direitos.

A visibilidade é de uma inexorável significância, porque traz a dimensão da existência, em outras palavras, o existir de fato, por si só, não é garantia de reconhecimento e conquista de direitos, pois é necessária o fenômeno da visibilidade. Existe um jargão que, mesmo sem aspirações cientificas, construído a partir de uma sabedoria popular, exprime de forma ilustrativa e alegórica, como fez Platão no Mito da Caverna, a informação que a falta de visibilidade causa no processo de luta por direitos, esse jargão é "quem não é visto, não é lembrado".

Isso é um dos maiores prejuízo causados pela falta de visibilidade, que é não ser lembrado, ou melhor, que é não ter representatividade, seja na construção de políticas públicas, seja na criação de leis especificas para a categoria ou que a englobe respeitando suas peculiaridades. Nesse sentir, Soares (2012) deixar claro que:

> Observamos que a luta pela existência civil das pescadoras no que tange à conquista de direitos não é algo específico do mundo da pesca. É inerente à própria organização histórica da sociedade, que engendra a exclusão e as desigualdades, excluindo não só as pescadoras, mas inúmeros outros segmentos, quer por etnia, cor ou gênero. (SOARES, 2012, p. 91).

Diante da afirmação esclarecedora da citada pesquisadora, bem como da leitura de sua dissertação de mestrado, somos levamos a constatar que a existência civil para as pescadoras estudadas por Soares, têm basicamente dois planos: um formal de existência enquanto pessoa natural, por meio de registro civil de nascimento (o que a todos são garantidos), e outros por meio de registros profissional e demais documentos associados a categoria de pescadora (que muitas vezes são lhes negados).

Nesse diapasão, é de grande valia trazermos à discussão que o plano da existência e visibilidade implicam, sobretudo, em como as pescadoras se veem, pois como elas irão se manifestar, tornando-se visíveis e pleiteando direitos, se elas mesmas não se veem como pescadoras ou permitem que lhes tirem seu título de existência enquanto pescadora, marginalizando-as como meras ajudadeiras. Corroborando essa argumentação Brasil (2015) e Almeida (2001), expõem que ainda que exercendo o papel principal ou atuando diretamente na pesca, o trabalho da mulher não é reconhecido, como o do homem. Para Almeida, geralmente por essas trabalhadoras serem esposas ou filhas de pescadores, seus trabalhos na limpeza e evisceração, na salga e comercialização do pescado, ou mesmo efetivamente pescando, é visto como ajuda, não como trabalho.

Para entendermos melhor essa dinâmica de invisibilidade é importante não olvidar que é um processo histórico e cultural, e conforme citado por Soares (2012), envolve, no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

entender de Simonian (1995), nos espaços dominantemente masculinos (como na pesca e seringal), a negação e o silêncio da participação feminina, ocorrendo um verdadeiro consenso de invisibilidade social realizado por parte tanto de atores locais, e pasmem, de estudiosos da área. Isso nos leva a considerar que, antes do processo de busca pela visibilidade, as mulheres pescadoras devem empreender um verdadeiro processo de empoderamento, autorreconhecimento e afirmação.

Adentrando mais detidamente nessa questão do empoderamente feminino, pode-se constatar que empoderamento é também um fenômeno social, sendo parte constitutiva de qualquer luta por igualdade seja de gênero ou não. É como uma espécie de embrião da visibilidade e luta, pois, para que as pessoas e sociedade, de um modo geral, prestem atenção em determinado fenômeno social existencial, é preciso VOZ, que seria a manifestação da existência, e as mulheres, ou qualquer outra categoria de atores sociais, só passam a ter essa voz, a partir do momento em que acreditam em si mesmos, em sua existência e se empoderam, sendo assim, a mulher pescadora amazônica de fato, só passa a ser ouvida quando ela mesma se reconhece como personagem principal trabalhadora da pesca.

Em um primeiro momento, esse autorreconhecimento pode aparentar ser um processo fácil, afinal, podem alguns argumentarem que, se elas de fato pescam, é normal que elas se definam como pescadoras, contudo, os fenômenos sociais não são simples, como os nossos estudos práticos irão demonstrar mais adiante, são dinâmicos e complexos e englobam uma série de variantes que não podem ser deixadas de lado na matemática social, daí a importância irrefutável dos métodos científicos dialéticos e fenomenológico.

Nesse proceder, dentre outros pontos, devemos ponderar que a mulher, como se demostrou em outro momento, vem sofrendo um processo histórico de dominação do gênero masculino, o que torna mais difícil o autorreconhecimento feminino e a consequente quebra com estigmas como a mulher não puder ser a principal provedora da família, isso ocorre porque o sexismo, infelizmente, ainda é forte e não deixa de ser cultural, tornando o processo de rompimento e quebra de paradigmas mais árduo e prolongado. Até porque existem contrafenômenos ou movimentos opostos ao empoderamento feminino, podemos, nesse assunto, citar Pinto (2011), que assim se manifesta:

> Uma última noção antes de chegar ao reconhecimento: a de discriminação. Essa noção, em uma escala, é o ápice do desempoderamento – ou seja, a pessoa com menos poder é aquela mais discriminada. Ela é discriminada porque ela é mulher, porque é negra, porque é velha, porque é criança, porque é estrangeira. E o discriminado é exatamente aquele para quem o outro é que define a verdade sobre ele. Esse é o discriminado. (PINTO, 2011, p. 185).

Da leitura, podemos inferir que a discriminação é o ápice desse DESEMPODERAMENTO, ou seja, diante de argumentos e estudos como de Pinto (2011), podemos afirmar que há um movimento contrário a luta das mulheres por igualdade de gênero e direitos. Podemos e devemos, ainda, ir além, no sentido de constatarmos e afirmarmos que, diante da atual política governamental federal do Presidente Bolsonário, esse processo de desempoderamento feminino nunca esteve tão forte em nosso País desde a promulgação de nossa Constituição Cidadão de 1988, ou seja, esse sexismo tem ganhado espaço e colocando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em perigo as lutas já dificultosas de grupos sociais como as mulheres pescadoras da Amazônia, seja por serem mulheres, seja porque também envolve questões socioambientais, e, como, mundialmente se alerta, a política governamental federal hodierna brasileira está em um processo de esvaziamento dos órgãos e consciência socioambiental.

Deixando, por hora, o triste cenário governamental federal, que não é nosso objeto principal, devemos esclarecer que o empoderamento feminino, no caso das mulheres pescadoras da Amazônia, é também um verdadeiro empoderamente das próprias comunidades ribeirinhas, e isso é tratado por Manesch et al. (2012), que afirma que:

> As reivindicações de mulheres por reconhecimento de seus vários papéis – econômicos, sociais, políticos – tendem a significar empoderamento das comunidades no tocante ao controle dos recursos de que dependem. Isso porque tratam de trazer a gestão pesqueira para o nível local [...] em grande parte, esse reconhecimento depende de se explicitarem as desigualdades internas e externas às comunidades. Assim, quando as mulheres se **dão conta de sua relevância como agentes econômicos e se constituem em agentes políticos, também criam ou reforçam as identidades de suas comunidades.** (MANESCH et al., 2012, p. 722).

Diante dessas constatações, é nítido que a luta das mulheres pescadoras da Amazônia por direitos, reflete diretamente no desenvolvimento sustentável das próprias comunidades ribeirinhas da Amazônia. Isso ocorre, porque mulheres empoderadas que se impõem e explicitam a sua relevância para a comunidade local, bem como para economia do País, conquistam, inclusive, a ocupação dos espaços políticos de ampla dominação masculina. Fica claro que esse nosso entendimento coaduna com o pensar de Maneschy et al. (2012).

4.O reflexo da legislação brasileira em uma realidade prática Amazônia.

Os nossos estudos teóricos sobre as pescadoras não são o bastante para responder as necessárias indagações, por isso, precisou-se expandir esses estudos para além do conhecimentos de livros e leis, isto é, fez-se necessário um conhecer prático do reflexo positivado (escrito) no viver da pesca, sobretudo tendo como parâmetro uma realidade amazônica, que nos fornecesse subsídios para uma resposta mais concreta e próxima da realidade.

É indeclinável que quando atividade é a pesqueira, o Estado do Amazonas tem grande expressividade, não só no pescar como também no consumo de pescado, pois segundo o IBGE, o Estado do Amazonas, tem a maior proporção de consumo de pescado do Brasil151. Por isso, analisar uma realidade local nesse Estado é de grande valia para compreender melhor o processo pesqueiro na Amazônia. Nesse proceder, elegemos como ponto de referência de comparação e parâmetro a Colônia dos Pescadores de Itacoatiara-Amazonas, conhecida como Z-13.

Em entrevista realizada em março de 2020, com Irailton Vieira Nunes, presidente da Colônia dos Pescadores de Itacoatiara e também vereador do mesmo Município (com sede

151 http://seafoodbrasil.com.br/regiao-amazonica-tem-maior-proporcao-de-consumo-de-peixe-pais-diz-ibge

distante 269 km da Capital Manaus), pudemos verificar se a legislação tem atendido às necessidades da trabalhadora pescadora itacoatiarense.

Segundo o presidente, a Colônia tem atualmente três mil pescadores associados, sendo que apenas 30% por cento desse total são pescadoras e, no que se refere aos associados que recebem o seguro defeso, esse ano de 2020, são dois mil cento e cinquenta pescadores, sendo que 30% são pescadoras. Diante dessa informação quantitativa, pudemos constatar que há um conflito, pois segundo a ONU, do total de pescadores do Brasil cerca de 45% por cento são mulheres152, e assim sendo, porque na colônia apenas 30% por cento são mulheres. Esses dados evidenciam que, de fato, muitas pescadoras não têm seus direitos reconhecidos e, nesse entender, indagamos ao presidente da colônia o porquê de um percentual tão baixo de pescadoras, ele nos informou que existem muitas mulheres que pescam, mas que não buscam seus direitos, por diversos motivos como falta de documentos, de interesse, etc.

Mas será que essas mulheres não estão tendo dificuldade exatamente porque a legislação vigente como, por exemplo, a Lei do Seguro Defeso (Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003) e a Lei que dispõe sobre a Política Nacional da Pesca e as atividades pesqueiras (Lei nº 11.959, de 29 de junho de 2009) são voltadas massivamente para os homens, sem mecanismo que incluam essas pescadoras. Será se não são necessários instrumentos de conscientização da própria sociedade que as pescadoras existem e merecem igualdade de direito.

Entendemos que essas indagações são pertinentes porque quando realizamos a entrevista com Irailton Nunes, tivemos acesso a situações que demonstram uma desinformação por parte da sociedade ou uma discriminação, como no caso em que ele nos relatou uma situação de uma pescadora que tomou banho, se arrumou como qualquer mulher e, quando foi sacar o seguro defeso no banco da Cidade, foi humilhada e constrangida por populares que diziam que ela não era pescadora, pois mulher pescadora não andava arrumada e bem perfumada, ou seja, para muitos a mulher pescadora tem que cheirar a peixe e está suja de escama.

Exemplos como esse são um reflexo do impacto das nossas leis machistas no campo da pesca, que não respeitam a peculiaridade “mulher” na atividade pesqueira, isto é, o direito de ser mulher, de ser arrumada, vaidosa, não exclui a trabalhadora pescadora, e exatamente para coibir essas atitudes bárbaras de discriminação fazem-se necessários instrumentos legais de combate à discriminação. Sem olvidar que não são raros os casos em que familiares da mulher pescadora têm maior dificuldade de conseguir benefícios como a pensão por morte, e como exemplo Nunes cita uma pescadora que foi morta por um jacaré (réptil crocodiliano encontrado nos rios e pântanos das Américas do Norte e do Sul), quando pescava, sendo que os familiares até hoje não conseguiram a pensão por morte, ou seja, o não reconhecimento ou subreconhecimento dessa pescadora é um claro exemplo no impacto social nocivo também causado nas famílias ribeirinhas da Amazônia.

Contudo, o que exatamente as leis brasileiras referente as pescadoras deixam a desejar. Em resposta, numa leitura da legislação pátria acerca da pesca, pode-se constatar que não há seções direcionadas diretamente as mulheres, ou que as enalteçam ou respeitem suas necessidades, e essa falta de previsão que abarque a mulher pescadora dificulta ainda mais a

152 https://nacoesunidas.org/pescadoras-do-mundo-buscam-visibilidade-e-garantia-de-direitos/

vida dessa trabalhadora que, como já se expôs, tem passado por um processo cultural e histórico de negação de seu trabalho, e, exatamente por isso, precisa de uma lei mais incisiva no reconhecer de seus direitos, não bastando, como no caso do racismo, apenas de uma postura não racista, mas também é preciso existir uma postura antirracista e inclusiva, em outras palavras, é necessário ter uma postura antissexista, no sentido de positivar que toda pescadora não poderá sofrer qualquer forma de discriminação, e não basta dizer que todo aquele que pesca é pescador, é preciso ser claro no sentido de afirmar que a mulher ainda que exerça a função de dona de casa, ou outras atividades acessórias para complementar a renda como costureira, como artesã ou agricultora, mas que tenha como a principal atividade de subsistência o pescar, é pescadora em igualdade de direito com o homem que pesca. Sendo que essa igualdade não pode ser apenas a que vemos hoje em dia em nossas leis referente a pesca, que trazem a igualdade formal como bandeira.

Entendemos, assim, que se faz necessária uma igualdade material no sentido de integrar a mulher pescadoras, isso porque algumas situações femininas devem ser trazidas à discussão, como por exemplo, as burocracias exigidas para se filiar: a mulher pescadora deve atender exatamente as mesmas exigências que um pescador homem precisa, isso quer dizer que, para um homem que trabalha na pesca seja reconhecido como pescador artesanal ele deve comprovar que somente pesca, ser dono dos materiais pesqueiros e, em alguns casos, ter testemunhas que atestem que ele pesca efetivamente.

Ora, para o homem é mais fácil ser dono dos instrumentos da pesca, já para as mulheres é mais complicado, pois, muitas vezes, elas pescam com os instrumentos do pai, do irmão ou mesmo do marido. Além disso, a mulher pescadora, como já explicitado, se ver, muitas vezes, obrigada, além de pescar, a costurar, por exemplo, para completar a renda e sustentar sua família. E no caso das testemunhas, já esclarecemos amiúde que a sociedade ainda não reconhece como deveria a mulher pescadora, muitos ainda veem a mulher como mera ajudante da pesca, sendo assim, a mulher pescadora tem mais dificuldade de conseguir testemunhas que confirmem a sua pesca, pois muitas pessoas entendem que essa mulher que pesca na verdade só está ajudando o pai, o irmão ou o marido.

Diante disso, nós podemos fazer uma alegoria com um ônibus normal, sem qualquer adaptação para cadeirante, se duas pessoas, uma cadeirante e outra não tem qualquer deficiência limitativa, possuem o mesmo direito garantido de pegar esse ônibus normal, o que veremos é que ao cadeirante foi lhe negado esse direito, pois ele é diferente, em igualdade formal ele é discriminado pois ele precisa de um ônibus adaptado. Isso ocorre com a mulher pescadora que necessita que seus direitos enquanto mulher que pesca sejam efetivamente respeitados pelas leis.

Essa definição em uma lei é crucial para trazer a pescadora mais força e autoridade, porque a pescadora tem uma realidade diferente do pescador, ela tem uma maior necessidade de proteção devido ao processo histórico de sexismo que a tornou mais vulnerável a atitudes discriminatórios, pois o homem, que geralmente apenas pesca, não reconhece a pescadora como tal, negando sua participação, enquanto que a mulher, além do pescar efetivamente, cuida dos filhos, costura, faz artesanato e busca formas de completar a renda no intuito de sustentar seus filhos, mas a atividade principal é sempre a pesca.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse rumo, é de relevância impar citarmos Goes (2008, p. 60) que, ao estudar algumas legislações acerca da pesca, assim se manifesta sobre a mais importante Lei que regulamenta o seguro defeso: "a condição de pescador apontada pela legislação é condicionada a documentos probatórios e a instituições que atestam a profissionalização deste. Sem estes, é difícil ter acesso a esse benefício e outros." Da mesma forma Brasil (2015) esclarecer questões importantes como quando as pescadoras buscam seus direitos junto às instituições ligadas ao setor primário, não raras vezes, elas encontram obstáculos burocráticos como, por exemplo, dificuldades mais onerosas para o seu ingresso nas colônias de pescadores ou para o acesso ao financiamento bancário.

Das leituras dos autores citados logo acima, apreende-se que, para se ter os direitos é necessário o reconhecimento por entidades profissionais como a colônia de pescadores, ocorre que, como vimos, no caso da colônia dos pescadores de Itacoatiara, muitas pescadoras não são registradas na instituição apesar de pescarem, logo, muitas não vão ter acesso aos direitos. Sendo que, no caso dessa colônia itacoatiarense Z-13, usada como parâmetro, a sua instituição é legalmente formalizada desde 1975, mas as mulheres pescadoras apenas passaram a ter direito a se associar em 2008, e, mesmo hodiernamente, tem um percentual de apenas 30% por cento de mulheres do total de associados.

Isto é, enquanto as leis e os meios fiscalizatórios não forem mais incisivos no sentido integrar as mulheres pescadoras ao direito, muitas delas irão fatalmente ficar à margem desses direitos. Além disso, a lei deve contribuir para incluir a mulher pescadora numa realidade de poder e representação, combatendo a cultura machista de forma a integrar essa mulher na estrutura do poder, ou seja, assim como existe as cotas para negros (Lei n.12.990 de 2014), ou para uma quantidade X de mulheres na composição dos partidos políticos, conforme determina a Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), deveriam existir, nos órgão de representação da pesca, uma obrigatoriedade de percentual não inferior a 45% de mulheres tendo em vista que do total de pescadores 45% são mulheres.

5.Em que grau estamos: a luta por igualdade de gênero e direitos das mulheres pescadoras amazônicas e a importância conclamativa do reverberar científico-acadêmico.

Em linhas gerais, constata-se que as mulheres, sobretudo as ocidentais, a partir da instituição de organismo internacionais como a ONU e OMT, têm, aos poucos, diminuído as desigualdade entre mulheres e homens. Sendo que CRFB de 1988 tornou-se um exemplo mundial na igualdade e direitos das mulheres, pelo menos em tese, as mulheres encontrar-se-iam inseridas no progresso pátrio em igualdade com os homens, contudo, a prática não está efetivamente seguindo os ditames constitucionais, pois, não obstante a conquista de alguns direitos e avanços, ainda existe uma longa jornada a ser percorrida, isso porque, como já expusemos, o grau de empoderamento, visibilidade, luta e conquista de direitos não são homogêneos.

Isso significa que alguns grupos sociais têm mais acesso a informações de conscientização de seus direitos e do exercício desses direitos, bem como os caminhos para alcança-los. Outros grupos, na contramão, são mais frágeis e, muitas vezes, sucumbem as pressões internas e externas, ficando às margens do reconhecimento com pouca ou sem qualquer representação. O grupo social das pescadoras, mormente das pescadoras da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Amazônia, são um desses grupos, sendo que, infelizmente, o que vemos ainda, tanto nas leis como nos anais acadêmicos é, conforme a pesquisa e o estudo de Soares (2012):

> [...] não encontramos no Amazonas muitas pesquisas que tivessem por objeto de estudo as mulheres pescadoras. Pode-se perceber o quanto o próprio tema é invisível no estado. De fato, encontramos inúmeros trabalhos relacionados à pesca: Fraxe et al. (2007), Cruz (2007), Maia (2009), Raposo (2010), entre muitos outros, mas a maioria com o enfoque na figura do pescador, e não da pescadora. Tem-se uma dívida da academia para com as pescadoras, pois, com a omissão das pesquisas sobre o assunto, tem-se contribuído para a ocultação do trabalho feminino na pesca. (SOARES, 2012, p. 76).

Verifica-se até mesmo uma disparidade dentro da própria categoria das trabalhadoras, isto porque há inúmeros trabalhos acerca das trabalhadoras urbanas, como as trabalhadoras da indústria, mas essa disparidade não acaba aí, pois, as trabalhadoras camponesas (ou rurais), ainda gozam de uma maior atenção acadêmica do que as mulheres pescadoras Amazônicas, mesmo a Amazônia ocupando, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 49,3% do território do nosso País153.

Sobre esse assunto, é importante citar Brasil (2015) que traz importantes informações, ele deixa claro alguns dos diversos prejuízo sofridos pelas pescadoras, isso em pleno século XXI, trazendo à tona importantes considerações de Siqueira (2006, p. 272-273) que constatou que "as mulheres, embora sejam parte significativa da economia regional e nacional, são afetadas por sistemas costumeiros e legais que tendem a favorecer o gênero masculino".

Podemos verificar, que além das questões burocráticas, as mulheres pescadoras ainda enfrentam problemas mais sérios, pois tanto as leis infraconstitucionais como já mencionado, quanto a CRFB de 1988, marginalizam essas trabalhadoras de grande relevância para a sociedade e economia brasileira. E corroborando essa afirmação vale, além da leitura de Brasil (2015), também a leitura de Scherer (2013), como fica demonstrado com o trecho seguir transcrito da Dissertação de Brasil (2015):

> Apesar de atuarem diretamente em uma das mais antigas atividades socioeconômicas que se conhece, as mulheres continuam no anonimato passando despercebidas pelas visões masculinas e das leis constituídas. A própria Constituição de 1988 em seu art. 195, parágrafo 8º, deixou de reconhecer o trabalho que as mulheres realizam na pesca, ao outorgar a profissão apenas para os homens (SCHERER, 2013), concedendo os direitos trabalhista e previdenciário somente para os que se encontravam devidamente vinculados a colônias, sindicatos ou cooperativas de pescadores. (BRASIL, 2015, p. 71)

Em nossas análises hodiernas das leis e da nossa própria Carta Magna, somos levados a concordar com os dois autores, pois, de fato, a nossa Constituição Cidadão ao prever os

153 Dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: https://brasilemsintese.ibge.gov.br/territorio.html

direitos trabalhistas e previdenciários somente para os que se encontravam devidamente vinculados a colônias, sindicatos ou cooperativas de pescadores, sem colocar na balança a burocracia machista que exclui as pescadoras, está cerceando direitos fundamentais, sendo assim, a nossa Constituição Federal está em contradição com suas próprias bases fundamentais, pois ela carrega consigo o poder-dever de observância a princípios como a dignidade da pessoa humana e a isonomia.

Nesse entender, negar os direitos das mulheres pescadoras brasileiras, amazônicas, por meio de uma aparente legalidade que se consubstancia em uma burocracia machista e excludente, constitui uma das piores facetas da discriminação e sexismo, pois é a faceta que veste uma capa de boas intenções quando, na verdade, constitui verdadeira negação da dignidade e a isonomia feminina da pesca.

Podemos ainda explicitar que qualquer instituto ou definição seja claro ou velado que ceife direitos e favoreça a discriminação, seja na Constituição ou em legislação infraconstitucional, é viciado e deve ser refutado, combatido e amoldado à luz da essência fundante do estado democrático de direito, bem como dos mecanismo de proteção dos direitos humanos internacionais cujo nosso País é signatário. Nesse norte, a Constituição deve ser entendida como um verdadeiro Bloco de Constitucionalidade como definido por Louis Favoreu.154, assim, nossa Constituição deve ser aperfeiçoada e promover a necessária ampliação dos direitos e garantias, amparando as arestas e contradições aparentes155.

Nesse proceder, a CRFB de 1988 deve ser emendada ou interpretada no sentido de ampliação dos diretos das mulheres pescadoras do Brasil e da Amazônia, trazendo a deliberação as peculiaridades dessas mulheres tão dignas e merecedoras, sem esquecer que a igualdade, deve ser entendida como definido pelo jurista Rui Barbosa, no discurso escrito para os formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, SP, intitulado “Oração aos Moços”, com trecho a seguir transcrito:

> A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a

154 O ilustre constitucionalista francês Louis Favoreu alcunhou o conceito de bloco de constitucionalidade, para ele abarca tudo aquilo que tenha status de constitucional, em sua essência, quer dizer que a constituição não é só aquela de 1988, mas sim um amplo bloco formado pela constituição de um país e por uma série de outros institutos, entendimentos e mecanismo, como, por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, aprovada pela ONU em 1979. Segundo o Ministro do STF, Celso de Melo “A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política.” STF ADI 595-ES.

155 A constituição, em sua essência, não admite antinomias (contradições reais), pois todas as normas estão sempre a serviço dos seus pilares constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade formal e material, os valores sociais do trabalho e livre iniciativa, dentre outros. E, assim sendo, se existe um conflito de uma norma, regra ou princípio, do Poder Constituinte Originário, esse conflito é apenas na aparência, pois na essência a Constituição é uniforme e pacífica nos seus dizeres. Em outras palavras, se uma norma constitucional está em desacordo com sua essência, com sua *mens legis*, deve esse dispositivo não ser aplicado, relativizado ou ampliado, na busca do real espírito constitucional, a partir de uma interpretação extensiva e axiológica pelos órgãos competentes. Contudo, infelizmente, muitas vezes, isso não ocorre, pois as mulheres pescadoras são um exemplo real disso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. (BARBOSA, Discurso Oração aos Moços, 1920).

Nesse sentir, as mulheres pescadoras encontram-se em desigualdade nos ditames da Constituição e devem ter sobre elas um olhar diferenciado sim no sentido de ampliar e resguardar seus direitos e nessa direção, podemos destacar Maneschy et al.(2012), que esclarece:

> [...] em povoações litorâneas no Norte e no Nordeste do Brasil, as mulheres geralmente tecem redes, beneficiam o pescado, coletam mariscos e algas e pescam nas proximidades, atividades instáveis e descontínuas. Suas comunidades enfrentam, de ordinário, concorrência na ocupação das zonas costeiras, mais acirrada onde o turismo é mais intenso, poluição e impactos de eventos climáticos amplificados devido a desmatamentos e ocupações irregulares. Em suma, o quadro geral aponta que vulnerabilidades vêm se acentuando. (MANESCHY et al., 2012, p.724).

Além dos direitos associados à seguridade social brasileira, à previdência social, como o auxílio-maternidade, à aposentadoria e especialmente à Política do Seguro-Desemprego ao Pescador Artesanal (PSDPA), as mulheres pescadoras lutam atualmente também por outros direitos como os ligados à representatividade, sendo que na busca por essa imprescindível representação, associam-se junto a movimentos sociais e profissionais como os da Articulação Nacional das Pescadoras (ANP)156, Conselho Pastoral dos Pescadores157 e Movimento de Pescadores e Pescadoras Artesanais (MPPA)158.

Ou seja, elas lutam também por maior reconhecimento junto à Política local, estadual e federal, pois somente a partir do reconhecimento de sua existência e importância, pelos detentores do poder, é que elas poderão ter maiores chances de materializar as suas bandeiras em direitos e políticas públicas que de fato impactem o fenômeno social do viver da pesca para essas trabalhadores. Sendo que os movimentos como os citados dão voz a elas, e nos dizeres de Brasil (2015, p. 72), “exerceram fortes pressões junto à classe política nacional.”

Também não podemos esquecer a importância irrefutável da academia seja no sentido de estudar esses fenômenos sociais, auxiliando no processo de visibilidade da existência de grupos e comunidades sociais, seja no sentido de informar e conscientizar esses grupos e comunidades, ampliando, assim, o empoderamento e luta, e, consequentemente, a pressão feitas nas classes políticas, no intuito de mais direitos e inclusão de todos os tipos sociais, mormente aqueles mais vulneráveis e marginalizados como é o caso das mulheres pescadoras da Amazônia.

Contudo, infelizmente, a produção cientifica estudando e pesquisando as mulheres pescadoras, mormente as da Amazônia ainda é exígua e carece de mais entusiastas nessa área,

156 Para conhecer melhor acessar: <http://articulacaopescadoras.blogspot.com/>
157 Para conhecer melhor esse conselho acessar: <http://www.cppnacional.org.br/ >
158 Para conhecer melhor esse movimento acessar: <http://peloterritoriopesqueiro.blogspot.com/>

de mais produção, a fim de diminuir um pouco a dívida acadêmica para com as mulheres pescadoras. Nesse assunto, é de relevante importância as percepções de Soares (2012), que assim se posiciona:

> **Tem-se uma dívida da academia para com as pescadoras, pois, com a omissão das pesquisas sobre o assunto, tem-se contribuído para a ocultação do trabalho feminino na pesca** (SOARES, 2012, p. 76).

Diante dessa notória dívida acadêmica, é inquestionável, a contribuição dos estudo produzidos, empreendidos e elaborados por Soares (2012), Brasil (2015), Motta-maués (1999), Maneschy et al. (2012) e outros. Sendo que acerca desse tema, podemos fazer observações além, e dizer que se nas ciências sociais como a sociologia, a assistência social, a antropologia, a história e a geografia, já existe uma dívida, imagine em outras ciências, como o Direito e a Economia, essa dívida passa a triplicar, pois os programas de graduação e pós-graduação em direito e economia, em pouquíssimas e raríssimas vezes tratam acerca de assuntos pesqueiros tradicionais sobre o enfoque da presença feminina na pesca.

Acerca do assunto Souza et al. (2017) se engajou em uma expressiva pesquisa e análise crítica sobre uma temática que tem relação com o nosso tema, mas que não se confunde com nossos estudos, isso porque ela se debruçou em uma análise **das produções bibliográficas** acerca das relações de gênero no universo da pesca artesanal das mulheres pescadoras, logo, é assaz diferente de nossos esforços, que não consiste em estudar as produções bibliográficas, mas sim em analisar de forma crítica a luta pelo reconhecimento, igualdade de gênero e direitos das mulheres pescadoras da Amazônia.

Contudo Souza et al. (2017), é de valor inestimável para nossa pesquisa, pois corroboram nosso argumentar, isso porque, nos leva a ter a certeza que as ciências sociais, como a assistência social, a antropologia, a sociologia, a geografia e a história, são praticamente a totalidade das produções científicas acerca dos direitos das mulheres pescadoras da Amazônia. Sendo que, as devidas *vênias*, precisamos reverberar para além, conclamando novos cientistas e pesquisadores, sobretudo de outras áreas como o Direito. Pois cada ciência tem um papel especifico com esses fenômenos sociais que não pode ser suprido por outra ciência, isto é, o papel das ciências jurídicas no auxílio das mulheres pescadoras não pode ser realizado, por exemplo, pela sociologia ou assistência social.

Assim, fica nítido que muitos dos direitos das mulheres pescadoras ainda são fracos, justamente, e, também pela falta de maior expressividade jurídica para essa lutar, sendo que essa expressividade jurídica pode ser alcançada com mais facilidade a partir da academia do direito, ou seja, se mais estudantes e pesquisadores das ciências jurídicas se direcionarem para essa temática, teremos maior visibilidade jurídica para essa luta, e isso é de grande valia, pois o direito se dedica ao estudar das normas jurídicas, inclusive as do processo de elaboração das leis e políticas públicas que impactam diretamente não só nas pescadoras, mas em todos os setores da sociedade, até porque as ciências política andam na ilharga das ciências do direito.

Nosso objetivo é impoluto, em nenhum momento nega-se a relevância das ciências sociais, muito pelo contrário, o que argumentamos e defendemos é que as ciências se

completam e não se excluem ou se substituem e, nesse pensar, deixamos ainda as reverberações para que outros colegas se empenhem nessa bandeira, contribuindo, assim, no processo de luta, visibilidade e reconhecimento de grupos e comunidades marginalizados como as mulheres pescadoras da Amazônia.

6.Considerações Finais.

A partir do estudo realizado sobre o fenômeno social que se materializa na existência das mulheres pescadoras da Amazônia e na sua luta pelo reconhecimento do seu trabalho e igualdade de gênero e direitos, passamos a ter a consciência da importância inegável desse movimento para a construção de uma sociedade mais justa, com leis que conjeturem a real essência da isonomia constitucional.

Passamos ainda, a ter noção de que a luta pelos direitos é produto da história e somente a partir de estudos histórico-culturais é que compreendemos com mais acuidade os problemas atuais, verificando-se, assim, que historicamente as mulheres têm passado por um processo de inferiorização e dominação por parte dos homens, que ecoa e reflete, hodiernamente, nas mulheres pescadoras.

Compreendemos também que a **visibilidade** é de uma inexorável significância, porque traz a dimensão da existência, em outras palavras, o existir de fato, *per si* , não é garantia de reconhecimento e conquista de direitos, pois é necessária a visibilidade social, jurídica e política, conferindo **voz** a mulher da pesca, porém, o rompimento dessa barreira da invisibilidade na busca por reconhecimento e igualdade de gênero e direitos, só é possível a partir do **empoderamento** feminino, ou seja, essas mulheres precisam, antes de tudo, se conscientizar e empreender um verdadeiro processo de empoderamento, autorreconhecimento e afirmação.

Por fim, chegamos a constatação de que a luta por reconhecimento, igualdade de gênero e direitos das pescadoras amazônicas reflete a luta da própria mulher contemporânea que conquistou alguns degraus, porém, ainda existem muitos a serem subidos, assim, devemos fazer nossa parte enquanto academia do Direito, diminuindo nossa parcela da dívida, e nesse ponto, ficamos felizes em contribuir e temos a esperança que esse nosso trabalho reverbere seja na sociedade e nas leis, seja em outros colegas, no sentido de estudar e pesquisar não só as mulheres pescadoras da Amazônia, mas os demais grupos marginalizados social, política e juridicamente, que necessitam de nossa cooperação acadêmico-científica, promovendo, assim, a dignidade da pessoa humana conforme preconiza a nossa Constituição cidadão de 1988.

7.Referências

ALENCAR, Edna F. Gênero e trabalho nas sociedades pesqueiras. In: FURTADO, Lourdes; LEITÃO, Wilma; MELLO, Alex F. (Orgs.). **Povos das águas: realidade e perspectivas na Amazônia**. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi, 1993.

ALMEIDA, Marineide Pereira de. A mulher na Pesca: relato de experiência em Icoaraci-Pará. In: D'INCAO, Maria Angela et al (org.). **A Mulher e Modernidade na Amazônia**. Belém: GEPEM/CFCH/UFPA, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BARBUGIANI, Catia Helena Yamaguti; BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani**. A mulher e o direito do trabalho: evolução histórica da tutela legal ao trabalho do sexo feminino.** Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 78, n. 9, p. 126, set. 2014. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/156672> .Acesso em 10 de fev. de 2020.

BRASIL, João Bosco Dos Santos. **Mulheres pescadoras da várzea do municipio de Parintins – am: a pesca do camarão nas comunidades da Brasília e Catispera..** Dissertação (Mestre em Geografia) — Universidade Federal do Amazonas, 2015. Disponível em: < https://tede.ufam.edu.br/bitstream/tede/5017/2/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Jo%C3%A3o%20Bosco%20dos%20Santos%20Brasil.pdf> Acessado em: 10 de janeiro de 2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 de março de 2020.

BRASIL, Lei nº 11.959, de 29 de junho de 2009. **Dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, regula as atividades pesqueiras**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11959.htm >. Acesso em: 9 de março de 2020.

BRASIL, Lei no 10.779, de 25 de novembro de 2003. **Dispõe sobre a concessão do benefício de seguro desemprego, durante o período de defeso, ao pescador profissional que exerce a atividade pesqueira de forma artesanal.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.779.htm>. Acesso em: 7 de março de 2020.

CAMPAGNOLI, Adriana; COSTA, Araci; FIGUEIREDO, Alcio; KOVALESKI, Nadia. **A mulher, seu espaço e sua missão na sociedade. Análise crítica das diferenças entre os sexos.** Revista Emancipação, Paraná, v. 3 n. 1, p. 127 a 153, 2003. Disponível em: < https://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/43/40> Acesso em 22 de fev. de 2020.

GOES, Lidiane de Oliveira. **Os usos da nomeação mulher pescadora no cotidiano de homens e mulheres que atuam na pesca artesanal**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008. Disponívelem:<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/8218/1/arquivo3587_1.pdf> Acessado em: 30 de março de 2020.

MANESCHY, Maria Cristina; SIQUEIRA, Deis; ÁLVARES, Maria Luzia Miranda. **Pescadoras: subordinação de gênero e empoderamento**. Revista Estudos Femininos vol.20 no.3 Florianópolis Set/Dec. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000300007>. Acesso em: 15 de fev. 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. Breve histórico a respeito do trabalho. Revista da USP, São Paulo, V. 95, p. 167 a 176, janeiro de 2000. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67461>. Acesso em 16 de fev. de 2020.

MOTTA-MAUÉS, M.A. **Pesca De Homem/Peixe De Mulher (?): Repensando Gênero Na Literatura Acadêmica Sobre Comunidades Pesqueiras No Brasil.** Etnográfica, v. 3, n.2, p.377-399, 1999. Disponível em: <http://ceas.iscte.pt/etnografica/docs/vol_03/N2/Vol_iii_N2_377-400_.pdf> Acesso em 15 de fev. de 2020.

SCHERER, Elenise (Org.). **Trabalhadores e trabalhadoras na pesca: ambiente e reconhecimento**. – Rio de Janeiro: Garamond, 2013.

SILVA, André Cândido da. **História das mulheres na idade média: abordagens e representações na literatura hagiográfica (século xiii).** IV Congresso Internacional de História: Cultura, Sociedade e Poder, anais 2014. Disponível em: <http://www.congressohistoriajatai.org/anais2014/Link%20(14).pdf>. Acesso em 6 de fevereiro de 2020.

SOARES, Sara Moreira. **Descaindo a rede do reconhecimento: as pescadoras e o seguro-defeso na comunidade cristo rei no careiro da várzea.** Dissertação (Mestre em Sociedade e Cultura na Amazônia) — Universidade Federal do Amazonas, 2012. Disponível em: < https://tede.ufam.edu.br/bitstream/tede/2311/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20Sara%20Moreira%20Soares.pdf> Acessado em: 10 de janeiro de 2020.

SOUZA, Mércia Cardoso de. **Os direitos humanos das mulheres sob o olhar das Nações Unidas e o Estado Brasileiro**. Revista âmbito jurídico, n.63, publicada em 01/04/2009. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-63/os-direitos-humanos-das-mulheres-sob-o-olhar-das-nacoes-unidas-e-o-estado-brasileiro/>. Acessado em 28 de fevereiro de 2020.

SOUZA, Suelen Ribeiro; MARTINEZ, Silvia Alicia; GANTOS, Marcelo Carlos**. Mulheres pescadoras: uma análise das produções bibliográficas acerca das relações de gênero no universo da pesca artesanal**. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017. Disponível em: <http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499480529_ARQUIVO_MULHERESPESCADORASUMAANALISEDASPRODUCOESBIBLIOGRAFICASACERCADASRELACOESDEGENERONOUNIVERSODAPESCAARTESANAL.pdf>. Acesso em 3 de março de 2020.

TOURINHO, Carlos Diógenes Cortes. **O método fenomenológico nas ciências humanas: a recepção de husserl na filosofia francesa contemporânea**. Revista ética e filosofia Política. Número XX – Volume I – junho de 2017. Disponível em: < http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/20_1_tourinho_5.pdf>.

ZAGO, Luis Henrique. **O método dialético e a análise do real**. Revista Kriterion vol.54 no.127 Belo Horizonte June 2013. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100006>.

www.conteudojuridico.com.br

O PROCESSO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E OS NÚCLEOS URBANOS DE PALMAS – TO

MICHEL FREITAS DE OLIVEIRA: Bacharelando em Direito pela Universidade Católica do Tocantins - Unicatólica

FÁBIO BARBOSA CHAVES

(orientador)[159]

RESUMO: Introdução - A atuação do poder público na regularização fundiária de bairros urbanos viabilizando o direito à moradia digna, a efetivação de uma sociedade igualitária. Objetivo – Compreender o procedimento adotado pelo município de Palmas na regularização fundiária urbana em bairros ocupados irregularmente, a formação de núcleos urbanos e o descumprimento das regras de parcelamento do solo. Métodos – Pesquisa qualitativa, de caráter dedutivo e pesquisas documentais extraídas das legislações e publicações do município. Conclusões – A relevância da regularização efetivando direitos constitucionais, problemas da mobilidade urbana em decorrência da ocupação desordenada pode ser solucionada com bastante empenho da sociedade e principalmente do ente público.

Palavra-chave: Direito Fundamental. Ocupação desordenada. Famílias. Regularização.

ABSTRACT: Introduction - The role of the public authorities in the land regularization of urban neighborhoods, making the right to decent housing viable, the realization of an egalitarian society. Objective - To understand the procedure adopted by the municipality of Palmas in the regularization of urban land tenure in irregularly occupied neighborhoods, the formation of urban centers and the non-compliance with the rules for land parceling. Methods - Qualitative research, deductive and documentary research extracted from the legislation and publications of the municipality. Conclusions - The relevance of regularization making constitutional rights, problems of urban mobility as a result of disorderly occupation can be solved with a lot of commitment from society and mainly from the public entity.

Keywords: Fundamental right. Disordered occupation. Families. Regularization

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO. 2 DIREITO À MORADIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, 2.1 Citações. 3. A INSEGURANÇA JURÍDICA E A VIABILIDADE DO REURB, 3.1 Citações, 3.2 Citações, 3.3 Citações. 4 O PROCESSO DE URBANIFICAÇÃO DO MUNICÍPIO DE PALMAS, 4.1 Citações. 5 A CONSOLIDAÇÃO DA MORADIA INCLUSIVA**.** 6 CONCLUSÃO. 7 REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

159 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Políticas Públicas pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUCGOIAS. Professor Universitário na UNICATÓLICA.

Ao se falar de moradia no Brasil encontramos facilmente na história, problemas relacionados à posse e a propriedade, desde as distribuições de terras pelas as sesmarias até conflitos envolvendo demarcações, que se perfazem em tempos atuais.

Nas vinte e seis unidades federativas, sem exceção do Distrito Federal, cada uma guarda suas peculiaridades envolvendo situações imobiliárias, é possível observar em vários municípios a falta de saneamento básico, asfalto, escolas, postos de saúde entre outros problemas, isso ocorre muitas vezes por falta de regularização do núcleo urbano.

O Município de Palmas, que se originou a partir da divisão do Estado do Goiás e do subsequente surgimento do Estado do Tocantins, não conseguiu se esvair de situações semelhantes. Diante disso será abordado o processo de regularização fundiária urbana tendo como recorte setores específicos da cidade. Pelo prazer de residir nesta capital desde o nascimento e a proximidade com a realidade fática abordada nesta obra, será possível corroborar didaticamente com a sociedade em geral.

O instituto da regularização fundiária urbana visa propiciar o uso regular da propriedade consequentemente a efetivação das infraestruturas básicas promovida pelos municípios e o desenvolvimento urbano.

Através do método dedutivo e de pesquisas documentais será possível compreender o procedimento adotado pelo Município de Palmas.

2 DIREITO À MORADIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Há muitos séculos a propriedade vem sendo discutida e tratada de diversas maneiras, mas de modo geral, como instituto essencial para subsistência do ser humano, o filósofo John Locke é citado na obra científica de Pereira, Nogueira e Dantas.

2.1 Citações

> Para o filósofo, o direito de propriedade é a base da liberdade humana, isso por que todo homem tem a sua propriedade como sua casa, tendo em vista que o homem emprega uma dedicação para tê-la. Logo, o governo existe para proteger esse direito de possíveis violações.160

O direito à moradia é um dos direitos sociais presente na Constituição Federativa do Brasil promulgada em 1988 – CRFB/88, fundamentado na dignidade da pessoa humana. Tal fato impõe ao Estado a incumbência prestacional, analisada em diversos níveis, e contextualizada nas mais diversas realidades urbanas do País.

Infelizmente pouco adianta possuir um imóvel e não poder usufruí-lo livremente, de forma que, em decorrência do crescimento urbano desordenado, os residentes são impedidos de terem em seus bairros, os serviços básicos garantidos pelo estado de direito.

160 PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; NOGUEIRA, Renata Emanuele de Araújo; DANTAS, Stephane Melissa de Souza. **A teoria de John Locke e o direito brasileiro: um paralelo para a função social da propriedade**, 2019, p. 64.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A dignidade da pessoa humana, na concepção de Alexandre de Moraes, está pautada em valores espirituais e morais inerente à pessoa, o que autodetermina a própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.161 O que corrobora para a construção de uma sociedade equilibrada, no sentido de que todos podem exercer suas pretensões em condições minimamente equidistante.

3 A INSEGURANÇA JURÍDICA E A VIABILIDADE DO REURB

Podemos sintetizar a segurança jurídica no equilíbrio dos pratos da balança, de forma a preservar direitos conforme consubstancia a norma jurídica, o problema está na inobservância delas, que ocasionalmente acarretará em inúmeros prejuízos.

Diante do distanciamento do Poder Público em determinados setores da sociedade, famílias se amontoam em áreas de riscos como é o caso dos morros, terras supostamente sem donos ou loteadas incorretamente, o que inviabiliza os direitos dos moradores, como exemplo, os direitos de proprietário sobre os imóveis (usar, gozar, dispor e reaver).

Considerando a dignidade das pessoas que vivem nessas condições, surgiu o instituto da regularização fundiária, que visa organizar loteamentos, assentamentos, entre outros aglomerados de habitações urbanas, possibilitando o poder público atuar em cada núcleo urbano, a fim de promover a infraestrutura necessária.

Não é uma tarefa fácil e rápida quando se depende da Administração Pública, mas é possível vislumbrar avanços do ordenamento jurídico em prol da regularização fundiária, como é o caso da Lei 13.465/17 também conhecida como Lei da Regularização Urbana – REURB.

Esta lei define em seu artigo 9º a regularização fundiária como medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.162

Na hipótese de que determinada área seja ocupada desordenadamente (loteada sem o cumprimento das normas), o que era pequeno, se torna um grande bairro, com ruas estreitas, outras largas, casas desalinhadas, construções sem espaçamentos, dentre outros. Após a consolidação desta realidade, passa-se à inviabilidade da administração pública providenciar a simples retirar centenas de famílias e, ato contínuo, providenciar a alocação em local distinto e previamente preparado para tal. Surge, neste contexto, como alternativa para implementação de uma política de organização urbana, simultaneamente ao atendimento de carências sociais, a regularização da área irregular até então ocupada.

A regularização fundiária urbana é regida pelas normas específicas, Lei 13.465/17 e o Decreto 9.310/18 que trata dos procedimentos aplicáveis a Reurb, juntamente com os atos do Poder Executivo municipal local.

161 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, 2019, p. 17.
162 Lei 13.465 de 11 de julho de 2017, BRASIL

Nas disposições gerais do Decreto, normatiza:

3.1 Citações

> Art. 1º Ficam instituídos as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana - Reurb, a qual abrange as medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação dos seus ocupantes.
>
> § 1º Os Poderes Públicos formularão e desenvolverão, no espaço urbano, as políticas de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, de forma a buscar a ocupação do solo de maneira eficiente e combinar o seu uso de forma funcional. 163

Nota-se a facilitação na efetivação da regularização dos imóveis, mesmo em desacordo com a lei de parcelamento do solo (Lei 6.766/79), que poderá ser dispensada às exigências de tamanho dos lotes, áreas de uso público (destinadas a construção de escola, postos de saúdes, etc.). É possível ainda a regularização dos bairros que estejam, totais ou parciais em áreas de preservação ou conservação ambiental, reservado a exigência de estudo técnico viabilizando a regularização, conforme artigo terceiro do mesmo decreto.

A regularização fundiária ocorre de duas modalidades, sendo elas, Reurb de Interesse Social (Reurb-S), aplicada em núcleos majoritariamente de população de baixa renda, que serão beneficiados com a isenção de custas e emolumentos e a Reurb de Interesse Específico (Reurb-E), que é aplicada a população diversa da população de baixa renda.

No art. 28 da Lei 13.465/2017 regra os trâmites a serem observados no processo administrativo da regularização.

3.2 Citações

> Art. 28. A Reurb obedecerá às seguintes fases:
>
> I - requerimento dos legitimados;
>
> II - processamento administrativo do requerimento, no qual será conferido prazo para manifestação dos titulares de direitos reais sobre o imóvel e dos confrontantes;
>
> III - elaboração do projeto de regularização fundiária;
>
> IV - saneamento do processo administrativo;
>
> V - decisão da autoridade competente, mediante ato formal, ao qual se dará publicidade;

163 Decreto n° 9.310 de 15 de março de 2018, BRASIL.

> VI - expedição da CRF pelo Município; e
>
> VII - registro da CRF e do projeto de regularização fundiária aprovado perante o oficial do cartório de registro de imóveis em que se situe a unidade imobiliária com destinação urbana regularizada. 164

Concluído o procedimento administrativo, será emitido pelo Município a certidão de regularização fundiária (CRF), legitimando a posse dos ocupantes, que segundo a lei, é destinado ao reconhecimento da posse sobre o imóvel, que será convertida em direito real de propriedade. Com isso, obterão os ocupantes a segurança jurídica de suas habitações, podendo desfrutar livremente de sua propriedade, que assim aborda Carlos Roberto Gonçalves.

3.3 Citações

> Trata-se do mais completo dos direitos subjetivos, a matriz dos direitos reais e o núcleo do direito das coisas. Na dicção de Washington de Barros Monteiro, constitui o direito de propriedade o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas.165

E a partir de então poderá o poder público, atuar sem impedimentos nas imediações de cada núcleo urbano, introduzindo as infraestruturas básicas.

4 O PROCESSO DE URBANIFICAÇÃO DO MUNICÍPIO DE PALMAS

Desde 20 de maio de 1989, a cidade de Palmas, no Estado do Tocantins, com belas praias e sua área central contando com arquitetura harmoniosa, vem se expandindo. Ocorre que neste processo de crescimento, como em todas as cidades brasileiras, problemas e desarranjos estruturais ocorreram, muitos deles impactando direta e indiretamente a moradia. Em sua obra, CHAVES166 aborda o problema da má gestão na época da execução do projeto urbanístico, segundo o autor, a política habitacional descompromissada com o projeto original, e a política desregrada de favorecimentos, causaram forte pressão populacional quando os movimentos migratórios se intensificaram. Entre os anos 1991 a 1994, diversas áreas da cidade foram invadidas, sendo a Vila União um importante exemplo. Estas áreas ficavam localizadas dentro dos quadriláteros da parte norte da cidade. Época que era divida em Palmas Norte, Plano Básico (centro) e Palmas Sul.

As diferenças sociais não foram esquecidas na distribuição do espaço urbano de Palmas, explanado em sua obra, CHAVES167 argumenta que, na busca de melhores condições de vida, iniciou um grande crescimento populacional oriundo dos estados vizinhos

164 Lei 13.465 de 11 de julho de 2017, BRASIL
165 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, 2018, p. 223
166 CHAVES, Fábio Barbosa. **A formação urbana do município de Palmas e o Direito à moradia** 2018 p. 91
167 CHAVES, Fábio Barbosa. **A formação urbana do município de Palmas e o Direito à moradia** 2018 p. 96

que, porém, trouxe consigo as diferenças sociocultural. Dando início aos subúrbios na capital que acabara de nascer.

4.1 Citações

> A periferização aqui abordada representa a expulsão das pessoas menos favorecidas das regiões centrais, entende-se como sendo aquelas onde a infraestrutura já se encontra a disposição dos usuários, para onde nada existe. Os nichos de pobreza social são criados nestes locais, quando muito, regularizados pelo Poder Público Municipal, mesmo que a *posteriori*. 168

Mais adiante acrescenta.

> Pode-se afirmar que uma pessoa que reside a mais de 30 quilômetros de um centro comercial (lojas, shopping center, restaurantes, parques, clubes recreativos, etc.), do seu local de trabalho, dos órgãos públicos (hospitais de urgência-emergência, farmácias públicas, escolas públicas, universidades, delegacias, etc.), que não possui água encanada oferecida pelo Poder Público em sua casa, que precisa andar mais de 1 quilômetro para se utilizar do transporte público, são favorecidas por viverem em um ambiente urbano? Pois bem, esta é a realidade dos periféricos urbanos, que estão representados em Palmas por todas as pessoas que atualmente vivem em setores como Jardim Taquari, Jardim Santa Bárbara, Loteamento Lago Sul, Jardins Aureny I, II, III e IV, entre outros.169

Apesar de alguns melhoramentos promovido pelo poder público municipal, enfrentam situações semelhantes os setores Jardim Canaã, Setor Santo Amaro, Setor União Sul, Setor Lago Norte. (existem outros bairros ao tempo deste artigo).

Tais condições de habitação fere o direito à moradia digna, no entanto, como já abordado, muitos dos loteamentos surgem de forma irregular, impossibilitando o poder público municipal de executar qualquer tipo de obra de infraestrutura básica, pois alguns destes loteamentos são de propriedade privada e necessitam de regularização.

Por exemplo, o setor Jardim Taquari, judicializado desde meados de 2002, sofreu o proprietário da área, desapropriação por utilidade pública tendo por autor o Estado do Tocantins. Que viu de perto sua finalização em 2016, com um acordo firmado entre o desapropriado e o poder público municipal e estadual. Possibilitando a partir do cumprimento do acordo firmado entre os envolvidos, beneficiar os moradores com os serviços básicos e a titularização dos imóveis.

168 CHAVES, Fábio Barbosa. **A formação urbana do município de Palmas e o Direito à moradia** 2018 p. 96

169 CHAVES, Fábio Barbosa. **A formação urbana do município de Palmas e o Direito à moradia** 2018 p. 97

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda na região sul de Palmas, encontram-se os setores Jardim Canaã e União Sul, o primeiro, recentemente deu um grande passo para a regularização, com a publicação do Decreto Municipal n° 1.804, 21 de outubro de 2019, instituiu o setor Jardim Canaã como zona de interesse social e criou a Comissão de Regularização Fundiária, responsável pelo acompanhamento do programa de regularização fundiária. Além disso a Secretaria de Desenvolvimento Urbano Regularização Fundiária e Serviços Regionais (SEDURF) já realizou visitas técnicas e o cadastro dos imóveis.

A partir do Decreto, a SEDURF poderá promover a individualização dos proprietários para que futuramente possam gerar os títulos de propriedade, segundo a Prefeitura Municipal de Palmas serão beneficiadas ao todo 210 famílias.

Já o segundo, com área superior a 509 mil m² e pouco mais de 650 famílias, está um pouco mais distante da regularização fundiária. O setor União Sul é oriundo de terras particulares e que por muito tempo esteve em disputas judiciais entre o Particular, Estado do Tocantins e a Infraero. Em 07 de maio de 2015 o então proprietário doou ao município de Palmas. No ano de 2017 através do Decreto de n°. 1.480/2017 e Lei n°. 378/2017 o setor União Sul foi reconhecido como área prioritária na regularização fundiária e declarado como Reurb-S, pois os habitantes da localidade majoritariamente são de baixa renda.

No ano de 2018 a prefeitura de Palmas, anunciou que o setor União Sul seria desmembrado e uma nova matrícula seria aberta, a partir daí o setor estaria a caminho da regularização fundiária. Sim estaria, desde então os moradores sonham com a regularização de seu bairro.

Do outro lado, o setor Lago Norte, também reconhecido como área prioritária para a Reurb, aguarda a mais de 10 anos sua regularização, hoje habita aproximadamente 800 famílias e não conseguiu sequer a assinatura do termo de cooperação entre o município e o Estado, que é responsável pela área. Felizmente o bairro é abastecido por água, iluminação pública e transporte público na via principal.

Quanto ao setor Santo Amaro, o empenho utilizado foi um pouco diferente, inicialmente a área em que se localiza o setor, pertencia ao Estado do Tocantins e fazia parte da zona rural de Palmas.

Em 2011, através da Lei 2.430, o estado do Tocantins doou simbolicamente a propriedade para prefeitura de Palmas a fim de promover a regularização fundiária. Por meio do Programa de Urbanização Santo Amaro (ProUrb Santo Amaro) implantado em 2013 a prefeitura municipal promoveu de maneira correta a regularização do bairro.

Com decreto n° 294/2014, o Município promoveu o microparcelamento, medida que permite a titularidade dos imóveis, período em que o bairro começou a receber infraestruturas básicas, como drenagem e asfalto.

De cara nova, o setor Santo Amaro teve sua regularização no fim do ano de 2015, famílias começaram a receber os títulos de suas propriedades, outras remanejadas de setores irregulares e com ProUrb a todo vapor. Através deste, foi implantado Centro Comunitário com Posto Policial e recentemente inaugura praça poliesportiva. Segundo a prefeitura, faz

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

parte também do programa cerca de 240 unidades habitacionais por meio do projeto Minha Casa Minha Vida, Escola de Tempo Integral e Centro Municipal de Educação Infantil.

Dessa maneira, é possível vislumbrar a regularização fundiária urbana, programas semelhantes ao do setor Santo Amaro podem ser implementados nos demais bairros, para isso a população deve atuar exigindo de seus representantes a execução da Reurb. O acesso aos serviços básicos é imprescindível a dignidade da pessoa humana, essa celeuma não deve estar apenas prevista em propostas de governo, mas sim, da realidade dos cidadãos palmenses.

5 A CONSOLIDAÇÃO DA MORADIA INCLUSIVA

A conquista da moradia digna, regular e com a presença ininterrupta das estruturas públicas, pode parecer utopia quando se refere às classes sociais financeiramente hipossuficientes, em face dos problemas já abordados e da desigualdade que se reflete no desenvolvimento urbano.

As áreas que permeiam os centros urbanos enfrentam ainda as dificuldades da mobilidade urbana. Morar distante de onde se encontra a estrutura urbana não se trata de uma escolha para milhões de pessoas consideradas de baixa renda, mas como única alternativa, impondo dificuldades muitas vezes intransponíveis.

Através do estudo Morar longe: O Programa Minha Casa Minha Vida e a expansão das Regiões Metropolitanas, projeto de parceria entre CESPE, FGV e Instituto Escolhas, é possível compreender que a regularização do núcleo urbano é uma parcela da imensa problemática da urbanização brasileira, em que pese ser imensamente importante, integrar determinado subúrbio aos centros urbanos, não é uma tarefa fácil.170

O estudo apresenta, dentre outras, situação comum enfrentada nas grandes cidades deste país, em que há ausência dos serviços públicos nas periferias e a concentração destes nos centros urbanos. Porém, no Munícipio de Palmas é possível notar que o distanciamento populacional, compreendido como periferização, se efetivou de forma precária, ocasionada por uma pressão financeira e imobiliária em face do modelo expansionista eleito pelas administrações públicas no decorrer das primeiras décadas após a sua criação.

Como decorrência do processo de formação da cidade, a implementação de grandes aglomerações populacionais em áreas periféricas irregulares, a regularização urbana se apresenta como principal, quando não a única, alternativa para concessão de direitos sociais primevo e indispensáveis.

6 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, percebe-se a tarefa ardil para que se implemente dignidade e justiça a partir da análise da moradia junto aos centros urbanos. O processo de regularização fundiária aqui demonstrado é de suma importância para as comunidades que mais anseiam pelo reconhecimento do seu direito.

170 BIDERMAN, Ciro; RAMOS, Frederico**; Morar longe: O Programa Minha Casa Minha Vida e a expansão das Regiões Metropolitanas**. 2019, p. 3

A atuação da administração pública local é primordial para a efetivação dos direitos sociais, o que exige a constante análise e percepção dos fatores reais de desagregação dos espaços urbanos, há muito se efetivado na cidade de Palmas.

Os prejuízos relacionados a falta de regularização urbana são inúmeros, tanto para o ente público como para o particular que detém, muitas vezes, sua única moradia. Podemos considerar a Reurb como ação afirmativa promovida pelo Estado, visando atenuar as desigualdades sociais, dessa forma, permitir que famílias obtenham a titularidade de suas residências é garantir reconhecimento e propiciar o acesso aos serviços básicos.

A regularização fundiária é possível em todos os estados da federação, é claro que cada bairro terá sua especialidade, contudo, conhecer seus direitos é um grande passo para efetivação da Reurb. É importante lembrar dos cuidados ao se adquirir um imóvel, quanto a localização, infraestrutura e principalmente documentação, como já abordado, muitas vezes esses bairros irregulares surgem pelo aglomerado de famílias de baixa renda, em que não tem nenhum apoio do poder público não restando outra saída.

Esse instituto depende da sociedade como um todo, pois, as comunidades que irregulares se encontram, só são lembradas em tempos de eleição, o município de Palmas não é diferente, eventos e reuniões são marcadas com a população, com ampla publicidade, no entanto, a efetivação da regularização está bem distante.

Conhecer as nuances da Reurb de forma sintetizada, nos faz compreender o papel enquanto cidadão, exigindo do poder público suas devidas atuações, por meio da regularização de seus lares é possível uma vida com mais dignidade. A regularização fundiária quando efetivada é sem dúvida uma forma de diminuir a discrepância entre as classes sociais, permitindo aos moradores acesso aos serviços essenciais.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto n° 9.310, de 15 de março de 2018. Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana e estabelece os procedimentos para a avaliação e a alienação dos imóveis da União.

BRASIL. Lei n° 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União.

CHAVES, Fábio Barbosa. A formação urbana do município de Palmas e o Direito à moradia, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Direitos Sociais. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_sociais>. Acesso em: 21 de abril de 2020.

DPE-TO solicita informações do Estado sobre procedimentos de regularização fundiária no Lago Norte. Conexão Tocantins, Palmas, 11 de fev de 2016. Disponível em<https://conexaoto.com.br/2016/02/11/dpe-to-solicita-informacoes-do-estado-sobre-procedimentos-de-regularizacao-fundiaria-no-lago-norte> Acesso em 11 de fev de 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, Vol. 5: direito das coisas. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Samara. Em Audiência Pública na AL, Prefeitura pede que Estado assine Termo de Cooperação para agilizar regularização de bairros em Palmas. Prefeitura de Palmas, Palmas, 24 de outubro de 2017. Disponível em <https://www.palmas.to.gov.br/secretaria/desenvolvimento-urbano/noticia/1506115/em-audiencia-publica-na-al-prefeitura-pede-que-estado-assine-termo-de-cooperacao-para-agilizar-regularizacao-de-bairros-em-palmas/> Acesso em 11 de fev de 2020.

Microparcelamento do Santo Amaro é sancionado pelo prefeito Carlos Amastha. Conexão Tocantins, Palmas, 16 de maio de 2014. Disponível em <https://conexaoto.com.br/2014/05/16/microparcelamento-do-santo-amaro-e-sancionado-pelo-prefeito-carlos-amastha>. Acesso em 11 de fev de 2020.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. Atlas. 35ª Edição, São Paulo, 2019.

Obras de infraestrutura dão cara nova ao Setor Santo Amaro. Prefeitura Municipal, Palmas, 28 de maio de 2015. Disponível em <https://www.palmas.to.gov.br/secretaria/infraestrutura/noticia/1499894/obras-de-infraestrutura-dao-cara-nova-ao-setor-santo-amaro/> Acesso em 11 de fev de 2020.

PALMAS. Decreto Municipal n° 1.804,de 21 de outubro de 2019. Classifica, para fins de regularização fundiária urbana de interesse social, o núcleo urbano informal localizado no Loteamento Jardim Canaã, localizado neste Município, conforme especifica.

PALMAS. Decreto n° 294, de 12 de maio de 2014. Aprova o microparcelamento de área que especifica.

PALMAS. Decreto n°. 1.480, de 17 de outubro de 2017. Declara, para fins de regularização fundiária urbana, como Reurb-S, o núcleo urbano informal localizado no Loteamento União Sul, ocupado predominantemente pela população de baixa renda.

PALMAS. Lei Complementar n° 378, de 06 de julho de 2017. Institui o Programa de Regularização Fundiária Sustentável no Município de Palmas, conforme determina o art. 100 da Lei Complementar Municipal n° 155, de 28 de dezembro de 2007, e adota outras providências.

PALMAS. Lei Complementar n° 400, de 02 de abril de 2018. Plano Diretor Participativo do Município de Palmas-TO.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; NOGUEIRA, Renata Emanuele de Araújo; DANTAS, Stephane Melissa de Souza. A teoria de John Locke e o direito brasileiro: um paralelo para a função social da propriedade. Revista Digital Constituição e Garantias de Direitos. Vol. 11, nº 02, 2019.

BIDERMAN, Ciro (Org.); RAMOS, Frederico. Morar longe: O Programa Minha Casa Minha Vida e a expansão das Regiões Metropolitanas. CESPE, FGV e Instituto Escolhas. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

TOCANTINS. Lei n° 2.430, de 24 de maio de 2011. Autoriza o Poder Executivo a doar ao Município de Palmas área de terreno urbano que especifica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PROBLEMÁTICA DOS VEÍCULOS APREENDIDOS NAS DELEGACIAS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA DOS ESTADOS X A RESOLUÇÃO 356 CNJ E ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

MAURO CABRAL DA CUNHA CAVALCANTI FILHO: Bacharel em Direito. Universidade Potiguar (UNP). Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Processual Civil. Delegado de Polícia Civil em Pernambuco desde 2010. Recife/PE.

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar a problemática dos veículos apreendidos nas delegacias de polícia judiciária dos estados e as principais modificações implementadas pela recente resolução 356 do CNJ e pelas leis nº 13.840/2019 e 3.886/2019. O interesse pelo tema surgiu não só em razão da possibilidade de redução de custos com a manutenção de ativos pelo erário, mas também pelo desejo de evitar o perecimento de bens e a probabilidade de investimento na reestruturação dos órgãos policiais.

Palavras-chave: Veículos apreendidos. Delegacias. Redução de custos. Perecimento. Investimento. Órgãos policiais.

Abstract: This paper analyzes the problematics of the State's seizing of vehicles at Brazilian judicial police stations, as well as the main changes brought by the CNJ (Conselho Nacional de Justiça) through their latest Resolution 356, and Laws 13.840/2019 and 3.886/2019. The interest in this issue has been brought by the potential to reduce maintenance costs of assets to public funds, and also due to the desire to avoid the perishing of assets, and lastly the possibilities of investment and the restructuring of police agencies.

Keywords: Seized vehicles. Police stations. Cost reduction. Deterioration Investment. Police agencies.

Sumário: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 3. Conclusão; 4. Referências.

1 Introdução

O presente trabalho visa abordar, sem nenhuma pretensão de esvaziar por completo o tema, a problemática dos veículos apreendidos nas milhares de delegacias de polícia judiciária espalhadas pelo país *versus* as principais modificações implementadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 27/11/2020, por intermédio da resolução n.º 356, e alterações promovidas pelas leis nºs 13.840/2019 e 3.886/2019.

Ao ingressarmos nas delegacias de polícia civil é bastante comum nos depararmos com motocicletas e automóveis espalhados nas dependências das unidades e nos pátios. As motocicletas são acondicionadas geralmente nos corredores de acesso, cartórios, salas, e muitas vezes até nas celas de custódia, que se transformam em desorganizados depósitos improvisados. Já os veículos, quando as Delegacias não possuem pátio (fato aliás bastante frequente), são geralmente abandonados nas ruas, ficando expostos a sol, chuva, e até pequenos furtos. Com o passar dos anos, vão sendo depreciados pelas intempéries da natureza (chuva, sol e sereno), perdendo valor de mercado e a capacidade de voltar a transitar com segurança nas vias públicas. Abandonados na rua, propiciam o acúmulo de água e

consequentemente proliferação de mosquitos, causando graves problemas de saúde pública, tais como Dengue e Chikungunya.

O abandono também favorece o tráfico de drogas, na medida em que os ativos passam a ser utilizados como esconderijo de pequenas quantidades de substâncias entorpecentes nas comunidades.

A situação é assustadora, mas termina passando despercebida, sobretudo nas unidades policiais sediadas em bairros mais carentes, onde o impacto visual e social gera menos repercussões.

2 Desenvolvimento

A polícia judiciária ao desenvolver seu mister depara-se com a necessidade de apreender bens. A Constituição Federal de 1988, nos moldes do 144, § 4º, atribui a apuração das infrações penais ao Delegado de Polícia.

Por sua vez, o art. 6º do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) elenca como deveres da autoridade policial:

> [...] II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;
>
> III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; [...]

Desta feita, no exercício de suas atribuições o Delegado de Polícia deve se valer de todos os meios legais disponíveis, dentre os quais o poder/dever de apreender os objetos ligados ao crime, devendo o fazer de forma fundamentada.

Como bem pontuou Bruno Boaventura (2019, on-line):

> O inquérito policial repercute no que há de mais importante para o cidadão, a liberdade, o patrimônio e a intimidade. Ao Delegado de Polícia a lei conferiu instrumentos que possibilitam o fiel cumprimento do seu dever. Alguns desses instrumentos necessitam de prévia autorização judicial, tal qual a busca domiciliar e a prisão provisória, outros não

O poder geral de polícia (art. 144, §§ 1º e 4º, da CF/88 e ainda art. 6º, III, do CPP, entre outros) permite a autoridade policial colher todas as provas necessárias para o esclarecimento dos fatos e suas circunstâncias, estando nessas faculdades o poder de romper o vínculo entre a coisa e seu possuidor, de modo a retirar *"res"* da esfera de quem a detém.

Tais medidas asseguram o indesejável perecimento do acervo probatório, indo ao encontro da necessidade de definição da autoria e materialidade do delito reclamado pela *"persecutio criminis"* (CASTRO, 2016, on-line).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O problema é que, *via de regra*, as unidades policiais não possuem estrutura apropriada para a guarda e conservação dos bens apreendidos, situação esta que se agrava quando considerado o alto número de ocorrências envolvendo a apreensão de coisas. O binômio falta de capacidade de acondicionar (inerente a estrutura de boa parte das delegacias de polícia civil do país) x o alto volume de ingresso, leva a um terrível cenário de desorganização, mau uso do espaço público, depreciação dos bens (com perda de valor de mercado e de função), pauta negativa para as polícias estaduais do Brasil, dentre outros.

A situação torna-se ainda mais grave, quando se analisa o fato das apreensões se arrastarem por longos anos, quiçá décadas, tornando-se praticamente infinitas e causando altos custos ao erário.

Com o encerramento das atividades investigativas, o procedimento policial é remetido ao Poder Judiciário, que passa a ter a responsabilidade sobre os bens apreendidos. Por sua vez, o Código de Processo Penal estabelece, no art. 118, que é vedado restituição das coisas apreendidas antes do trânsito em julgado, *enquanto interessarem ao processo*, senão vejamos:

> Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. (BRASIL, 1948).

Destarte, enquanto interessar à investigação e ao processo a coisa não poderá ser restituída.

Na prática, o Poder Judiciário recebe o inquérito policial devidamente concluído, mas pouquíssimas vezes recebe os bens apreendidos durante a investigação, deixando-os sob as expensas e guarda das unidades policiais. Como a resolução dos conflitos geralmente se arrasta por anos no Brasil, o resultado é delegacias abarrotadas de bens que terminam se deteriorando (perdendo valor), "envelhecendo", e ficando sem condições de uso, gerando ainda altos custos de manutenção para os entes públicos.

Atento ao problema, o Conselho Nacional de Justiça publicou em 2011 o Manual de Bens Apreendidos (CNJ, 2011). De acordo com a obra, o Juiz contemporâneo agregou à função de julgar responsabilidades administrativas, tais como conciliar, gerir pessoas, dentre outras. Dentro dessa perspectiva, editou o Manual de Bens Apreendidos com o escopo de auxiliar/estimular os juízes na destinação dos bens apreendidos.

O estudo chegou à conclusão de que a grande maioria dos bens apreendidos não são alienados, nem restituídos, ficando cerca de 93% do acervo aguardando destino (com situação indefinida), fato que fere de morte o interesse público e o princípio da eficiência consagrado no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Outros importantes pontos abordados pelo Manual Conjur (além da demora no processamento das demandas e a falta de infraestrutura dos depósitos), foi o receio dos magistrados em realizar a alienação prematura dos bens apreendidos, bem como a complexidade da legislação acerca do tema.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por fim, apontou o estudo que algumas iniciativas foram adotadas com o escopo de regular o tema, mas, ao invés de trazerem benefícios, causaram um aumento desordenado de leis, deixando o tema ainda mais desafiador e complexo.

Tendo em vista a possibilidade de alienação antecipada de bens, prevista no art. 62 da lei 11.343/2006 (que trata de substâncias entorpecentes), o Conselho Nacional de Justiça expediu, em 10/02/2010, a recomendação nº 30 (*Idem*., 2010) estimulando os membros do Poder Judiciário (respeitada a independência funcional) a promover a alienação antecipada dos ativos, espraiando os efeitos da lei de drogas, para crimes de outras naturezas. Tal medida é, inclusive, estimulada pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), com vistas a dar cumprimento aos Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Conforme bem pontuou a Professora Mylene Comploier a globalização trouxe o caráter transnacional do crime, fazendo com que a reação penal fosse deslocada também para o âmbito econômico, posto que a pena de prisão tornou-se medida insuficiente/ineficaz. Encontra-se em "efervescência" no cenário mundial a extração de bens adquiridos com práticas criminosas, o que levou o Brasil a editar legislações nesse sentido, tais como as leis 12.850/2013 (que define organização criminosa), lei 9.613/98 (que dispõe sobre lavagem ou ocultação de bens), lei 12.694/2012 (que dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas) (COMPLOIER, 2015).

Com a mudança de paradigma, várias convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil passaram a ter como objetivo colocar o criminoso na situação patrimonial que possuía antes do cometimento do crime, promovendo o sufocamento econômico das organizações.

Como destacado por Vinícius de Melo de Lima é muito mais fácil uma organização substituir dez agentes presos, do que milhões de dólares confiscados.

Em 27/11/2020 o CNJ editou a Resolução 356 dispondo sobre a alienação antecipada de bens apreendidos em procedimentos criminais, cujo ato revogou, completamente, a recomendação nº 30 (CNJ, 2020). O objetivo continua sendo, *em resumo*, enfrentar a problemática dos bens apreendidos, evitando o perecimento e os altos custos de manutenção arcados pelos entes públicos, sendo que desta feita valendo-se também das alterações promovidas pelas leis nº *13.840/2019* e *3.886/2019* (GODINHO, 2020).

A lei 13.840/2019 implementou importantes modificações em vários comandos legislativos, dentre eles no *"caput"* do art. 61 da lei 11.343/2006, o qual passou a prever que a apreensão de veículos, embarcações, aeronaves, quaisquer outros meios de transporte, maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos no mencionado diploma legal, deverá ser imediatamente comunicada pela autoridade de polícia judiciária responsável pela investigação ao juízo competente. No § 1º do mesmo artigo, estipulou que o Juiz, no prazo de 30 (trinta), dias contados da comunicação de que trata o caput, determinará a alienação dos bens apreendidos, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Após a alienação, os valores referentes ao produto da venda deverão ser depositados em conta judicial vinculada ao juízo, de acordo com a sistemática e os códigos de recolhimento divulgados no portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, podendo ser destinados ao Fundo Nacional de Segurança Pública, Fundo Penitenciário Nacional ou para Fundo Nacional Antidrogas.

3 Conclusão

As novas regras legislativas visam agilizar a alienação de ativos apreendidos em processos judiciais relacionados às drogas, sendo umas das mais importantes mudanças a fixação de prazo de 30 dias (contados da comunicação de apreensão), para o juiz realizar a venda antecipada do bem, independente das condicionantes que antes estavam previstas em lei.

Também foram implementadas mudanças no art. 62 da lei 11.343/2006, de modo que comprovado o interesse público na utilização de quaisquer dos bens de que trata o art. 61, os órgãos de polícia judiciária, militar e rodoviária poderão deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público e garantida a prévia avaliação dos respectivos bens. Tal medida auxilia na reestruturação e no fortalecimento dos órgãos policiais no enfrentamento ao crime organizado, o que vai ao encontro do interesse público.

Por sua vez, a lei 3.886/2019 implementou mudanças em vários comandos legislativos, tendo como escopo acelerar a destinação de bens apreendidos ou sequestrados que tenham vinculação com o tráfico ilícito de drogas. Os valores auferidos pela alienação antecipada de bens podem ser convertidos em recursos financeiros a serem aplicados em políticas públicas de enfrentamento da criminalidade.

Como se vê tanto Resolução CNJ nº 356/2020, quanto às modificações legislativas implementadas pelas leis nº 13.840/2019 e 13.840/2019, representam importante avanço no enfrentamento da problemática dos veículos apreendidos nas delegacias de polícia judiciárias espalhadas pelo país, na medida em que proporcionam não só a redução de gastos públicos com a manutenção de pátios, mas também previnem a deterioração dos ativos e possibilitam na reestruturação dos órgãos policiais.

Outrossim, para o sucesso de tais medidas faz-se mister que os estados implantem sistema de cadastramento contendo informações detalhadas sobre os bens apreendidos (vale dizer, inventário detalhado), permitindo que sejam realizadas ações de controle, gestão e alienação da massa de bens, atento às diretrizes estabelecidas pelo Sistema Nacional de Bens Apreendidos – SNBA (CNJ, [2008?]).

4 Referências

BOAVENTURA, Bruno. A Apreensão de Bens na Delegacia de Polícia. Coluna do CT, 2019. Disponível em <https://clebertoledo.com.br/tocantins/bruno-boaventura-apreensao-de-bens-na-delegacia-de-policia/>. Acesso em 08 dez. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 08 set. 2020.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Poder de Apreensão do Delegado é Necessário à Investigação Criminal. ConJur, 2016. Disponível em

<https://www.conjur.com.br/2016-out-04/academia-policia-poder-apreensao-delegado-necessario-investigacao-criminal#author>. Acesso em 08 dez. 2020.

CNJ. Manual de Bens Apreendidos. 2011. Disponível em

<https://www.conjur.com.br/dl/manual-orientacoes-procedimentos-bens.pdf>. Acesso em 08 dez. 2020.

____. Recomendação nº 30, de 10 de Fevereiro de 2010. 2010. Disponível em

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/876>. Acesso em 08 dez. 2020.

____. Resolução nº 356 de 27 de Novembro de 2020. 2020. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3601>. Acesso em 08 dez. 2020.

____. Sistema Nacional de Bens Apreendidos – SNBA. [2008?]. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistemas/sistema-nacional-de-bens-apreendidos-snba/>. Acesso em 08 dez. 2020.

COMPLOIER, Mylene. Gestão e destinação dos bens apreendidos no processo penal. 2015. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015. Disponível em <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1170>. Acesso em 08 dez. 2020.

GODINHO, André. Eficiência e a alienação antecipada de bens apreendidos. ConJur, 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-dez-01/godinho-eficiencia-alienacao-antecipada-bens-apreendidos>. Acesso em 08 dez. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

COMPROMISSO DE HIPÓCRATES: UM BREVE PANORAMA ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

CAMILLA GAMBARRA MOREIRA: Formada pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB, tendo cursado um período da graduação na Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Pós-graduada em Direito Civil pelo Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI. Analista Judiciária do Tribunal de Justiça de Pernambuco - TJPE.

RESUMO: O artigo em apreço, elaborado por meio do método hipotético-dedutivo, versa sobre a responsabilidade civil, com enfoque na atuação do médico. Analisa-se a conduta do profissional tanto a partir do descumprimento de um dever contratual, quanto a advinda de um dever extracontratual, como o de prestar assistência, e a dificuldade de se comprovar a culpa do médico independentemente de a obrigação ser de meio ou de fim. Conclui-se que, malgrado a complexidade da temática, a responsabilidade do médico deve ser aferida e, se for o caso, atuando com dolo ou culpa, ele deve reparar o dano a que deu causa.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Médico. Culpa. Obrigação. Dever.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade Civil – Panorama Geral do Instituto; 2.1 Pressupostos. 3. A Responsabilidade do Médico: Obrigação de Meio e Obrigação de Fim. 4. Deveres do Médico; 4.1 Medicina Coletiva; 4.2 A Culpa e sua Prova. 5. Considerações Finais. 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

Nos tempos hodiernos, a responsabilidade civil médica ganha destaque no cenário jurídico em razão do crescente número de processos por erro médico que assolam as varas judiciárias e os tribunais. Analisar-se-á a temática do ponto de vista do Direito Constitucional, do Direito do Consumidor e do Direito Civil, sobretudo a partir das manifestações dos tribunais pátrios, enfatizando-se os deveres do médico.

Com relação aos métodos que serão empregados, o método de abordagem será o hipotético dedutivo e a natureza da pesquisa será dogmática-instrumental, fundamentada no estudo do direito positivo, tanto legal quanto jurisprudencial, e a explicitação das teorias e princípios que embasam o tema configurar-se como atividade de cunho nitidamente científico. A técnica de coleta de dados utilizada será a de documentação indireta, por meio da revisão bibliográfica que se fará do referencial teórico, composto de livros e mediante incursões aos sítios virtuais de interesse e à legislação e jurisprudência correlata ao assunto.

O primeiro tópico fará um panorama geral do instituto da responsabilidade civil no direito pátrio, a partir de uma abordagem histórica, destacando seus requisitos fundamentais. Num segundo momento, a responsabilização do médico será analisada sob o viés da

obrigação de fim e de meio. Por fim, no terceiro tópico serão discutidos os deveres do médico, com ênfase na atividade probatória e a sua dificuldade.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL – PANORAMA GERAL DO INSTITUTO

O bem jurídico, consoante conceito de Jorge de Figueiredo Dias (1999), aduz um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e, por isso, juridicamente reconhecido como valioso. Dessa forma, o Direito vai tutelá-lo de forma a implementá-lo e resguardá-lo e a responsabilidade é concebida, nesse sentido, como meio de concretização dos valores constitucionais postos e diretamente relacionados aos direitos fundamentais.

De início, cumpre conceituar que a ideia de responsabilidade vem do descumprimento obrigacional, seja pela desobediência a regras contratuais ou pela inobservância a preceitos normativos que regulam a vida em comum. A responsabilidade, dessa forma, é um dever jurídico secundário que apenas emerge ao mundo jurídico quando do inadimplemento de um dever jurídico originário – a obrigação.

Desse modo, a responsabilidade civil pode ser classificada quanto ao modo como se origina. Considera-se negocial ou contratual, a que se origina do universo dos contratos, dos acordos de vontade; e extracontratual ou aquiliana, a que tem por fonte o descumprimento de deveres jurídicos impostos pelo ordenamento jurídico, obrigações imprescindíveis para a convivência social.

A diferença fundamental entre essas duas modalidades de responsabilidade está na carga da prova atribuída às partes; na responsabilidade contratual, ao autor da ação, lesado pelo descumprimento, basta provar a existência do contrato, o inadimplemento e o dano, com o nexo de causalidade, incumbindo ao réu se desincumbir de sua responsabilidade, demonstrando que o dano decorreu de uma causa estranha a ele; na responsabilidade extracontratual, o autor da ação deve provar, além do dano e do nexo causal, que o réu agiu com dolo ou culpa, seja na modalidade da imprudência, negligência ou imperícia – vínculo subjetivo.

Historicamente, as raízes da responsabilidade civil remetem ao Direito Romano. Na Lei das XII Tábuas, via-se a vingança privada a partir da Lei de Talião como expressão da responsabilidade civil no seu perfil objetivo, retratando a literal vingança privada do “olho por olho e dente por dente”.

Contudo, o verdadeiro marco evolutivo de tal instituto foi o advento da *Lex Aquilia*, no final do século III a.C, que fixou parâmetros quanto à reparação do dano, se filiando à ideais de reparação proporcionais, por meio de pecúnia. Rompia-se, desse modo, com a concepção de vingança como justa indenização.

Hodiernamente, a doutrina e jurisprudência pátrias relacionadas ao tema têm se consolidado cada vez mais e caminhado para concepções que, acima de tudo, norteiam-se pela razoabilidade e justeza, imprescindíveis à matéria versada. Nesse sentido, surgiram novas concepções de responsabilidade e de dano, a exemplo dos danos sociais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ademais, é interessante ressaltar que a responsabilidade civil não se limita apenas ao universo civilista do direito. Ela vai mais além, englobando todos os âmbitos do saber jurídico. Dessarte, Maria Helena Diniz (2018, p. 4) apregoa dessa maneira:

> Toda manifestação da atividade que provoca prejuízo traz em seu bojo o problema da responsabilidade, que não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, mas de todos os domínios da vida social. (...) (A responsabilidade civil) absorve não só todos os ramos do direito – pertencendo à seara da Teoria Geral do Direito, sofrendo as naturais adaptações conforme aplicável ao direito público e privado, mas os princípios estruturais, o fundamento e o regime jurídico são os mesmos, comprovando a tese da unidade jurídica quanto aos institutos basilares [...]. (DINIZ, 2018, p. 4)

Nessa perspectiva, o presente estudo se digna a explanar a responsabilidade civil do médico de natureza contratual, derivada de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional, a maioria das vezes de forma tácita, e decorrente das relações restritas ao âmbito da medicina privada, isto é, ao profissional que é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente. Ainda, pode a responsabilidade civil ser de natureza extracontratual, quando não existindo contrato, circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e paciente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência. Consoante assevera Ruy Rosado De Aguiar Júnior (2000):

> A diferença fundamental entre essas duas modalidades de responsabilidade está na carga da prova atribuída às partes; na responsabilidade contratual, ao autor da ação, lesado pelo descumprimento, basta provar a existência do contrato, o fato do inadimplemento e o dano, com o nexo de causalidade, incumbindo ao réu demonstrar que o dano decorreu de uma causa estranha a ele; na responsabilidade extracontratual ou delitual, o autor da ação deve provar, ainda, a imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa), isentando-se o réu de responder pela indenização se o autor não se desincumbir desse ônus. (AGUIAR JÚNIOR, 2000)

Será igualmente extracontratual a relação da qual participa o médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos de saúde pública, e o médico contratado pela empresa para prestar assistência a seus empregados. Nestes casos, o atendimento é obrigatório, pressupondo uma relação primária de Direito Administrativo ou de Direito Civil entre o médico e a empresa ou o hospital público, e outra entre o empregado e a empresa, ou entre o segurado e a instituição de seguridade, mas não há contrato entre o médico e o paciente.

2.1 PRESSUPOSTOS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Analisando o instituto, é perceptível que para a caracterização da responsabilidade civil é necessário que exista uma conduta voluntária, o dano injusto sofrido por outrem (vítima), que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; a relação de causalidade entre o dano e a ação do agente; o fator de atribuição da responsabilidade pelo dano ao agente, de natureza subjetiva (culpa ou dolo), ou objetiva (risco, equidade, entre outros).

Nesse ínterim, para ser imputada ao médico a responsabilidade civil, deve existir como pressuposto, o ato médico, praticado com violação a um dever médico, imposto pela lei, pelo costume ou pelo contrato, imputável a título de culpa em sentido amplo, causador de um dano injusto, patrimonial ou extrapatrimonial.

Malgrado não haja erro médico sem dano, poderá haver dano na relação médico-paciente sem caracterizar erro. Nesse sentido, assevera Fernando Gomes Correia-Lima (2012):

> (...) as lesões previsíveis e esperadas, decorrentes do próprio procedimento, como as cicatrizes cirúrgicas, as amputações de membros gangrenados e a retirada de órgãos internos afetados por neoplasia, por exemplo, são legitimadas pelo próprio exercício regular da profissão médica, no qual a lesão seria a única forma de intervir para a cura ou melhora do paciente. A lesão previsível, mas inesperada, decorrente do risco de qualquer procedimento, como a anafilaxia determinada por um anestésico, que caracteriza uma reação idiossincrásica e, portanto, individual, própria do paciente, podendo, inclusive, provocar o óbito, não poderá ser imputada a erro médico". (CORREIA-LIMA, 2012)

Ainda, convém ressaltar a culpa *latu sensu* do paciente ao não tomar a medicação ou não respeitar as dosagens e os horários prescritos, omitir informações ou até mesmo mentir, bem como ocultar comportamentos nocivos, a exemplo da ingestão de bebidas alcoólicas ou o consumo de drogas ilícitas. Por conseguinte, nesses casos, o nexo de causalidade é rompido e não sobrepuja qualquer responsabilização ao médico, restando configurada a excludente de ilicitude da culpa exclusiva da vítima.

3. A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO: OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE FIM

A obrigação pode ser classificada quanto ao fim a que se destina, podendo ser de meio ou de resultado. Configura-se de meio a obrigação quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará a atenção, o cuidado e a diligência exigida pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o nível atual da ciência, sem se comprometer em obter certo resultado específico. O médico em seu labor, em geral, assume uma obrigação de meio.

Ademais, será de resultado quando o profissional se comprometer a realizar certo fim, o médico a assume quando se compromete a efetuar uma transfusão de sangue ou em uma cirurgia meramente estética, por exemplo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sendo a obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não-obtenção do resultado prometido, que restará caracterizado o descumprimento do contrato, independentemente das suas razões, cabendo ao devedor provar as excludentes de ilicitude para se exonerar da responsabilidade. A jurisprudência dos tribunais pátrios assevera esse entendimento, consoante julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2015):

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO ESTÉTICO COMPROVADO. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte entende que "A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta" (REsp 1.395.254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe de 29/11/2013) 2. No caso, o eg. Tribunal de origem, além de afastar a existência de qualquer excludente de responsabilidade, entendeu que o dano estético ficou devidamente comprovado nos autos. 3. Rever o entendimento do acórdão recorrido demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido. (STJ, 2015)

Já na obrigação de meio, o credor (lesado, paciente) deverá provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o agente (médico) não atuou com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato.

Logo, tanto na responsabilidade delitual como na responsabilidade contratual derivada de uma obrigação de meio, o paciente deve provar a culpa do médico, seja porque agiu com dolo, imprudência, negligência ou imperícia e causou um ilícito, seja porque descumpriu sua obrigação de atenção e diligência, contratualmente estabelecida. Por isso, o médico só será responsabilizado em se provando que ele não usou dos meios certos e necessários para alcançar o seu objetivo maior: a cura do paciente. Convém ressaltar que o médico não obrigatoriamente tem o dever-fim de curar o paciente, mas deve empreender todos os esforços e meios de que dispõe nesse intento, ainda que só consiga aliviar o seu sofrimento. Essa acepção subsiste da noção de que a Medicina, embora desenvolvida, possui suas próprias limitações.

Dessarte, preconiza o parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa.”

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda, cumpre ressaltar, o disposto no artigo 951 do Código Civil: “O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

Amparado nesse assenso, estando a responsabilidade do profissional médico embasada no Código de Defesa do Consumidor, é permitido ao juiz inverter o ônus da prova. Trata-se de uma opção válida, uma vez que ajuda a dirimir possíveis dúvidas, pois o médico pode provar que agiu com atenção e zelo, conforme lhe cabia, de maneira mais fácil, haja vista o seu maior conhecimento técnico.

O médico ainda pode ser responsabilizado quando nega socorro a alguém, dá um atestado falso, quando por sua culpa o seu paciente venha a contagiar outra pessoa, e ainda, quando um terceiro, cumprindo suas ordens, causa dano ao paciente.

Vale lembrar que o dano não necessariamente precisa ser grande para ser auferida ao médico a responsabilidade, o menor dos danos já pode ser causa para a responsabilização.

4. DEVERES DO MÉDICO

Além do tratamento e da cura das enfermidades, a Medicina abarca um amplo espectro de finalidades diretamente relacionadas com o estado de bem estar físico e psíquico dos pacientes.

Durante muitos séculos, a função do médico esteve revestida de caráter religioso e mágico, atribuindo-se aos desígnios de Deus a vida e a morte. Nesse contexto, era desarrazoado se pensar em responsabilizar o médico, que apenas participava de um ritual, talvez útil, mas dependente exclusivamente da vontade divina, por qualquer resultado.

A exemplo disso, no Egito antigo, as regras do Livro Sagrado deveriam ser seguidas pelos médicos e, assim procedendo, mesmo com a morte do paciente não cabia a eles qualquer punição (CORREIA-LIMA, 2012, p. 20).

Mais recentemente, no final do século passado e primórdios deste, o médico passou a ser visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência, ou seja, não se admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda, a litigância sobre eles. O ato médico se resumia na relação entre uma confiança (a do cliente) e uma consciência (a do médico).

As circunstâncias se alteraram com o passar do tempo. As relações sociais massificaram-se, distanciando o médico do seu paciente. A própria denominação da relação foi alterada, passando o paciente a ser chamado usuário, e o médico, prestador de serviços, tudo visto sob a ótica de uma relação de consumo, em que os indivíduos se tornaram mais consciente de seus direitos, reais ou fictícios, e mais exigentes quanto aos resultados. Desapareceu a figura cordial do “médico da família”, amigo e camarada – em que se depositava confiança irrestrita e contra quem jamais se cogitaria intentar uma demanda.

Acrescente-se a isso a disposição da mídia em transformar em escândalo o infortúnio e facilmente encontra-se explicação para o incremento no número de demandas no Judiciário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pleiteando indenizações de médicos pela não obtenção do resultado almejado, conjuntura facilitada pela ausência de uma relação anterior de respeito e afeto que existia em relação ao "médico de família", pois não são raras as vezes em que o reclamante não teve qualquer relação com o médico ou a teve de maneira muito superficial.

Em uma análise acerca da obrigação do médico, vê-se que não pode ser imposto a ele o ônus de curar o paciente, tendo em vista que não possui poderes para garantir a cura, em que pese deva empreender esforços para isso. Dessarte, dele é exigida uma conduta de zelo para com o paciente e que haja de acordo com as regras consagradas pela prática médica, visto que ainda que não consiga alcançar a cura, possibilite um alívio ao sofrimento do paciente.

Ademais, o médico tem o dever da informação, de prestar esclarecimentos ao seu paciente acerca da sua doença, prescrições a seguir, possíveis riscos, cuidados especiais com o seu tratamento, e ainda, deve aconselhar a ele e aos seus familiares acerca da realidade de seu estado (AGUIR JÚNIOR, 2000).

Convém destacar que a falta de informação por si só não causa dano. É mister distinguir que se a intervenção era indispensável e veia a ocasionar um dano, a falta de informação adequada não pode ser levada em conta para responsabilização, a não ser a título de dano moral em casos bem específicos; se dispensável, é cabível a responsabilização, porque o paciente poderia ter decidido não correr o risco. Por conseguinte, a conclusão sobre o âmbito da informação e da existência do consentimento deve ser extraída, pelo juiz, do conjunto dos fatos provados.

Em certas circunstâncias, a inexistência do assentimento é evidente, como no caso do surgimento de um fato novo, no desenrolar de uma cirurgia. Se possível suspender o ato, sem risco, para submeter à decisão ao paciente em vista de novos exames do material encontrado, essa é a providência recomendada.

Como exemplo de como a falta do assentimento deve ser valorado pelo magistrado na responsabilização dos médicos, tem-se o caso das pessoas que são testemunhas de Jeová, uma religião cristã na qual seus adeptos acreditam em um único Deus chamado Jeová e seguem estritamente o que está escrito na Bíblia, dentre outras coisas, se recusando por convicção religiosa a receber transfusão de sangue em tratamentos médicos. Apesar de controvertida essa questão, os tribunais pátrios têm decidido que em casos em que não é possível consultar o paciente, seja porque corre risco de vida ou outra medida de caráter urgente, o médico que determina a transfusão de sangue não pode ser responsabilizado:

> CAUTELAR. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. **NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, AUTORIZAR OU ORDENAR TRATAMENTO MÉDICO-CIRÚRGICOS E/OU HOSPITALARES, SALVO CASOS EXCEPCIONALÍSSIMOS E SALVO QUANDO ENVOLVIDOS OS INTERESSES DE MENORES**. SE **IMINENTE O PERIGO DE VIDA, É DIREITO E**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **DEVER DO MÉDICO EMPREGAR TODOS OS TRATAMENTOS, INCLUSIVE CIRÚRGICOS, PARA SALVAR O PACIENTE, MESMO CONTRA A VONTADE DESTE, E DE SEUS FAMILIARES E DE QUEM QUER QUE SEJA, AINDA QUE A OPOSIÇÃO SEJA DITADA POR MOTIVOS RELIGIOSOS.** IMPORTA AO MÉDICO E AO HOSPITAL E DEMONSTRAR QUE UTILIZARAM A CIÊNCIA E A TÉCNICA APOIADAS EM SÉRIA LITERATURA MÉDICA, MESMO QUE HAJA DIVERGÊNCIAS QUANTO AO MELHOR TRATAMENTO. O JUDICIÁRIO NÃO SERVE PARA DIMINUIR OS RISCOS DA PROFISSÃO MÉDICA OU DA ATIVIDADE HOSPITALAR. SE TRANSFUSÃO DE SANGUE FOR TIDA COMO IMPRESCINDÍVEL, CONFORME SÓLIDA LITERATURA MÉDICO-CIENTÍFICA (NÃO IMPORTANDO NATURAIS DIVERGÊNCIAS), DEVE SER CONCRETIZADA, SE PARA SALVAR A VIDA DO PACIENTE, MESMO CONTRA A VONTADE DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ, MAS DESDE QUE HAJA URGÊNCIA E PERIGO IMINENTE DE VIDA (ART. 146, § 3º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL). (...) (Apelação Cível Nº 595000373, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Gischkow Pereira, Julgado em 28/03/1995) (Grifo Nosso)

Nesse sentido, considerando que a Constituição Federal no seu artigo 5º, VI, protege a liberdade de crença, apesar de haver controvérsias, resta resguardado o direito do paciente se recusar a um tratamento médico que viole sua fé, ainda que essa escolha, desde que livre e consciente, venha ocasionar a sua morte.

O profissional médico deve atender ainda aos cuidados requeridos pela profissão, no diagnóstico, na indicação terapêutica, na intervenção cirúrgica e no prognóstico.

O diagnóstico consiste na determinação da doença do paciente, seus caracteres e suas causas. O erro no diagnóstico não gera responsabilidade, salvo se este for realizado sem atenção, apresentando-se como erro manifesto e grosseiro.

Na indicação terapêutica, o médico é livre para a escolha do tratamento, decisão a que chega fazendo um balanço entre os riscos e a eficácia das medidas preconizadas, não podendo se abster de informar ao paciente as contra-indicações do tratamento escolhido.

O prognóstico dificilmente acarretará prejuízo, mas caso se dê em perícia médica, poderá acarretar dano moral a quem sofra os efeitos de errôneo juízo sobre o desdobramento futuro da doença.

Além disso, o médico ainda deve obediência às regras de higiene, sigilo (disposto no artigo 102 do Código de Ética), não pode abusar do seu poder submetendo o paciente a experiências, vexames ou tratamento incompatíveis com a situação, não pode abandonar o paciente sob seus cuidados, salvo caso de renúncia ao atendimento, por motivos justificáveis, assegurada a continuidade do tratamento (artigo 61 do Código de Ética). Em caso de impedimento eventual, deve garantir sua substituição por profissional habilitado e não pode, de maneira alguma, recusar o atendimento de paciente que procure seus cuidados em caso de urgência, quando não haja outro em condições de fazê-lo.

4.1. MEDICINA COLETIVA

O médico no exercício de seu labor estabelece contato com muitas pessoas e entidades, existindo relação entre ele e o hospital, os demais funcionários do hospital, a exemplo de enfermeiros, maqueiros, entre outros, e, ainda, com outros médicos, generalistas e especialistas, de forma que cada um desses vínculos se mostra relevante do ponto de vista da responsabilização jurídica. Desse modo, como bem aduz Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2000):

> Em primeiro lugar, é preciso distinguir entre (1) o ato médico propriamente dito, que somente pode ser realizado por médico (diagnóstico, indicação terapêutica, cirurgia, prognóstico), e pelo qual ele responde, (2) e os atos realizados por pessoal auxiliar mediante a sua direta supervisão, ou por pessoal qualificado que segue suas instruções, pelos quais também responde, (3) dos atos derivados do contrato de hospedagem, ligados à administração hospitalar, como o dever de guarda do doente, e (4) dos atos de tratamento, realizados em hospital ou em farmácia, de que são exemplos a administração de remédio errado, injeção mal feita, compressas excessivamente quentes etc., pelos quais o médico não responde. (AGUIAR JÚNIOR, 2000)

Dessarte, o hospital é uma universalidade de fato vinculado a uma pessoa jurídica, sua mantenedora, e sobre ele incide o artigo 1.545 do Código Civil, sendo-lhe aplicado os ditames da responsabilidade civil. Assim, uma relação hospitalar envolve uma relação jurídica complexa, o hospital firma com o paciente internado um contrato hospitalar, assumindo obrigações de meio, como hospedagem, alimentação e a prestação de serviços paramédicos (medicamentos, instalações, instrumentos, entre outros), possivelmente se incumbindo da prestação de serviços médicos propriamente ditos. Numa leitura contratualista, esta relação engloba um contrato de prestação de serviços médicos e paramédicos conjuntamente com um contrato de internamento, que nada mais é do que um contrato de locação e, eventualmente, de compra e venda (no caso de fornecimento de medicamentos ou dispositivos médicos) e de empreitada (a confecção de alimentos) (DIAS PEREIRA, 2009).

Nesse ínterim, responde o hospital também pelo dano causado pelo médico ou qualquer auxiliar que, no caso, atuam como empregados, consoante dispõe o artigo 1.521, III, do Código Civil: “São também responsáveis pela reparação civil: (...) III – o patrão, amo ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele".

Ademais, essa culpa é presumida, conforme entendimento exarado na súmula 341 do Supremo Tribunal Federal: "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto". Contudo, isso não é um permissivo para a responsabilização do hospital a todo custo, pois não dispensa a prova da culpa do obreiro na prática do ato danoso. Isto é, o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar dano produzido por médico integrante de seus quadros é preciso provar a culpa deste, para somente depois se ter como presumida a culpa do hospital.

O hospital também pode ser responsabilizado não apenas pelos atos comissivos, mas também por sua omissão, como pelo não atendimento do doente. Convém asseverar, no entanto, que nem sempre esse não atendimento configurará um dano cuja responsabilidade recairá sobre o hospital, uma vez que ele pode expressar-se tanto através de simples recusa, quanto pelo encaminhamento a outro hospital. No primeiro caso, a falta de assistência por defeito da organização, não mantendo o plantão ou os serviços necessários para atender a uma emergência previsível, é fator determinante da responsabilização do hospital. No segundo caso, a remessa justificada do doente a um hospital de referência não constitui motivo para a atribuição da responsabilidade.

4.2 A CULPA E SUA PROVA

A apuração da culpa do médico obedece aos mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao paciente, de acordo com os padrões determinados pela literatura médica, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa.

A medida da indenização é a extensão dos danos. A culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar. Em se tratando de vida humana, não há lugar para "pequenas" culpas.

Contudo, não basta a culpa. Deve-se evidenciar também o vínculo causal, que liga o dano à conduta do agente. Nem sempre, porém, nos domínios da responsabilidade médica, o reconhecimento do nexo de causalidade é fácil (NETO, 2003).

Ademais, a produção probatória da culpa é dificultada, principalmente porque os fatos se desenrolam normalmente em ambientes reservados, seja no consultório ou na sala cirúrgica, e o paciente, além das dificuldades acarretadas pela própria enfermidade, não possui conhecimento para avaliar causa e efeito, é um leigo, nem sequer compreendendo na maioria das vezes o significado dos termos técnicos. A perícia, quase sempre efetuada por quem é colega do imputado causador do dano, impede a isenção e a imparcialidade, o que dificulta também a produção da prova da culpa do médico.

A experiência forense demonstra que processos visando à apuração da responsabilidade médica têm tramitação demasiadamente longa. É recomendável que os juízes imprimam especial celeridade a esses feitos, colhendo as provas ainda na flagrância

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dos acontecimentos - e, portanto, menos sujeitas à contaminação e influências. O juiz, ainda, deve socorrer-se de todos os meios válidos de prova: testemunhas, registros sobre o paciente existentes no consultório ou no hospital, laudos fornecidos e entre outros.

Quando a obrigação é de resultado, cabe ao autor da ação demonstrar o descumprimento do contrato por parte do prestador dos serviços médicos, mediante a prova de que o objetivo proposto não foi alcançado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se dignou não só ao estudo da responsabilidade civil dos discípulos de Hipócrates, mas também a uma análise dos deveres do médico no exercício de sua profissão e as dificuldades na aferição da culpa e, principalmente, na produção de provas.

A par desse tema, ainda existe a inafastável realidade de ampliação crescente do número de reclamações administrativas ou judiciais fundadas em culpa atribuída à ação médica. Assevera-se que as pessoas vêm se tornando mais conscientes de seus direitos e, aliado a essa conjuntura, o distanciamento do médico, cada vez mais visto como prestador de serviços, e do paciente como usuário, tudo sob a ótica de uma relação de consumo, tornando-se rara a figura do médico "amigo da família".

Em meio a essas mudanças, a doutrina civilista estabeleceu parâmetros para imputar ao profissional médico responsabilidade no cumprimento do seu dever se ele atua de maneira negligente, imprudente ou com imperícia – no caso de ter estabelecido com o paciente uma obrigação de meio – ou se não alcança um resultado determinado quando avençado em um contrato - assumindo assim, uma obrigação de fim.

Dessarte, na apreciação concreta da atuação profissional médica, devem os magistrados observar detidamente o contexto em que se desenvolveu a intervenção: condições gerais do hospital, meios colocados à disposição do médico, possibilidade de obtenção de exames complementares, de forma a se estabelecer, com razoável grau de certeza, a conduta recomendável, naquelas circunstâncias, e o eventual desvio, por imperícia, imprudência ou negligência, atribuível ao médico.

Vale ressaltar que provar que o médico agiu com culpa não é tarefa simples, devendo assim o juiz socorrer-se de todos os meios válidos de prova: testemunhas, registros sobre o paciente existentes no consultório ou no hospital, laudos fornecidos, entre outros.

O dever de indenização pressupõe nexo causal entre o dano e o ato que o originou. São indenizáveis os danos que sejam consequência direta desse fato. Além disso, em se tratando de vida humana, não há lugar para "pequenas" culpas. A culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.

Assim, no exercício profissional da Medicina, uma falha pode ter consequências irremediáveis, porque a vida que se perde é irrecuperável. Por respeito à dignidade do ser humano, a relação contratual que se estabelece entre o médico e o paciente deverá estar sempre impregnada de cuidado, zelo e consideração pelo semelhante, pois o médico desemprenha função essencial, tornando mais suportáveis a dor e a morte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

6. REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. In: Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 de jun de 2020

_____. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 02 de jun de 2020

_____. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 02 de jun de 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 341.** Acesso em: 15 de jun de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo Regimental No Agravo em Recurso Especial: AgRg no AREsp 678485 DF 2015/0052786-5. Ministro Relator Raul Araújo. DJe 11/12/2015. Acesso em: 03 de jun de 2020

_____. **Tribunal de Justiça do RS**. Apelação Cível Nº 595000373. Desembargador Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Julgado em 28/03/1995. Acesso em: 02 de jun de 2020

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 63.

DIAS PEREIRA, André Gonçalo. **Responsabilidade Civil dos Médicos: Danos hospitalares – alguns casos da jurisprudência**. Revista de Estudos Ibéricos. Número 5, Ano 5, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 7. volume: responsabilidade civil, 22. ed. rev. São Paulo, Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**, volume III, responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume IV: responsabilidade civil, 4. ed. rev. São Paulo, Saraiva, 2009.

NETO, Miguel Kfouri. **Responsabilidade civil do médico**, 5° edição, São Paulo, ed. RT, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. **Código Civil Comentado e legislação extravagante**, 3ª edição, p. 267. São Paulo: RT, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. Porto Alegre: Revista Jurídica, Vol. 311. 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CRIMES DE TRÂNSITO: LEI Nº 9.503/1997. NOVA ALTERAÇÃO PELA LEI 13.546 DE 20 DE DEZEMBRO DE 2017

VANESSA DOS SANTOS ALMEIDA: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus CEULM/ULBRA

RESUMO: O presente artigo visa determinar as causas e ações que estão sendo realizadas por vias das leis de reprimir, prevenir e lidar com diminuição dos crimes no trânsito, o problema dos acidentes de trânsito geralmente são causadas por embriagues, drogas ilícitas e discussão de trânsito. Os condutores tem grande parte da irresponsabilidade e falta de atenção dos que cometem a infração criminal. Também há outro fator significativo briga no trânsito, o grande problema, é que na maioria das vezes essa análise é feita sem levar em consideração as demais circunstâncias do caso, não se há de aceitar a matematização do direito penal, sugerindo a presença de excepcional elemento subjetivo do tipo pela simples verificação de um fato isolado, qual seja, a embriaguez ou fator substâncias do agente causador do resultado no caso os condutores.

Palavras-chave: Crime. Trânsito. Prevenção. Penalidades. Problema. Infração.

RESUMEN: This article aims to determine the causes and actions that are being carried out through the laws of repressing, preventing and dealing with the reduction of traffic crimes, the problem of traffic accidents is usually caused by drunkenness, illegal drugs and traffic discussion. Drivers have a large part of the irresponsibility and lack of attention of those who commit the criminal offense. There is also another significant factor in traffic fights, the big problem, is that most of the time this analysis is done without taking into account the other circumstances of the case, one does not have to accept the mathematization of criminal law, suggesting the presence of an exceptional element subjective of the type by the simple verification of an isolated fact, that is, the intoxication or substance factor of the agent that causes the result in the case of drivers.

Palabras clave: Crime. Traffic. Prevention. Penalties. Problem. Infringement.

Sumário: Introdução. 1. Crime no trânsito. 2. Fiscalização e prevenção. 2.1. Infração aos condutores 2.2. Combate a violência no trânsito. 2.3 Diferença entre infração de trânsito e infração penal. 3. Prevenção dos órgãos no amparo legal da justiça. 4. Conclusão. 5. Referências.

Introdução

E como o Código de Trânsito Brasileiro tem como prioridade o trânsito seguro e a proteção à vida, a grande pergunta que se faz a respeito da constatação desse tipo de infração de trânsito é, hoje parte central dessa discussão do aumento proporcional, é o assunto permeado em todos os órgãos responsáveis. Combate à violência, e na sua disposição preliminares, onde se pode explicar que todo condutor deveria ter atenção em conduzir nas grandes cidades.

Medidas administrativas são sanções cautelares, aplicadas pelo agente de trânsito no momento da constatação da infração ou pela autoridade de trânsito, subsidiariamente à aplicação das penalidades de suspensão ou cassação da habilitação. Aliás, é o que permite a responsabilização penal, já que pelo resultado só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente. Para tanto, no decorrer do artigo, foi esclarecido o conceito de dolo eventual e de culpa consciente, que, em verdade, é apenas o primeiro passo para a compreensão do fato. Também foi explorada a análise das teorias diferenciadoras entre o dolo eventual e a culpa consciente, dentre as quais se destacaram a teoria da vontade e a teoria da probabilidade.

Embora a violência seja um problema que ultrapassa as fronteiras dos Estados e Municípios, ultrapassando os parâmetros Nacional tamanha é a preocupação com os fatos que surgiram nos debates, no âmbito penal, a respeito do elemento subjetivo (dolo eventual ou culpa consciente) dos condutores embriagados, em especial diante da sensação de impunidade causada pela pena irrisória do artigo 302, caput, da Lei 9.503/97, que trata do homicídio culposo na direção de veículo automotor, o que acarreta importantes reflexos nas searas penal (pena aplicável em abstrato etc.) e processual penal (rito procedimental a ser seguido etc.).

Portanto, neste contexto é que sobressai a importância do presente artigo científico, que se destina a realizar uma análise dos conceitos de dolo eventual e de culpa consciente, e de suas teorias diferenciadoras, para, em seguida, identificar, no âmbito jurídico doutrinário e jurisprudencial, se a embriaguez ou substâncias é fatores capazes de, por si só, caracterizar o dolo eventual no homicídio provocado na direção de veículo automotor, utilizei pesquisas bibliográfica e de normas Jurídicas Nacionais, por meio de artigos, periódicos e livros sobre conceitos e Teorias relacionadas à jurisprudencial acerca do tema proposto por meio de pesquisa qualitativa.

1. CRIME NO TRÂNSITO

Observa-se um grande contingente de fiscais no trânsito se deslocando externamente nas ruas das grandes cidades e rodovias do Brasil, o que implica na urgente tarefa de confrontar os fatos com o direito, a fim de se executar soluções políticas que tragam resultados positivos tanto para os estados quanto para os pedestres que muitas das vezes são vítimas deste crime de trânsito.

Diante desse cenário, o presente pesquisa pretende, a partir da compreensão da complexidade dos crimes de contra as vítimas que têm expostas a vulnerabilidade que de fato acabam sendo uma violação contra a saúde pública.

> ART. 306 – Dirigir alcoolizado ou drogado.
>
> Classificação doutrinária : crime comum, de mera conduta, comissiva, de forma livre, instantâneo, de perigo concreto (de dano ou de perigo abstrato para alguns doutrinadores), plurissubsistente , unissubjetivo e não admite tentativa. Sujeito ativo : qualquer pessoa. Sujeito passivo: a coletividade.
>
> Objeto material: a conduta criminosa recai sobre o agente conduzindo veículo com concentração igual ou superior a 6

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, dando sinais que indiquem alteração na sua capacidade psicomotora.

Objeto jurídico: a segurança viária. Tipo objetivo: a conduta típica punida com detenção de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, consiste em conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outras substância psicoativa que determine dependência.

As condutas previstas no caput serão constatadas por:

> I. Concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool p o r litro de ar alveolar ; ou
>
> II. sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo contran, alteração da capacidade psicomotora. As provas da infração poderão ser obtidas mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

Tipo subjetivo: dolo de perigo (dano ou d e lesão pa ra parte da doutrina), vontade livre e consciente de conduzir veículo estando sob influência do álcool ou qualquer outra substância psicoativa .

> Consumação: crime instantânea o que se consuma no momento e m que o agente dirige o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou d e outra substância psicoativa que determine dependência
>
> Tentativa: não é admitida. Art. 307 - Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> Classificação doutrinária: crime próprio, de mera conduta (formal para alguns),
>
> instantâneo, de perigo (concreto ou abstrato), unissubjetivo, plurissubsistente, doloso e não comporta tentativa.

Sujeito ativo: crime próprio, poi si só pode ser praticado por quem foi suspenso ou proibido de dirigir veículo automotor.

Sujeito passivo: é o Estado.

Objeto material: a conduta recai sobre a condução de veículo automotor estando

suspenso ou proibido.

Objeto jurídico:

> "Tutela-se a Administração d a Justiça, ou seja, o respeito a pena imposta pela transgressão cometida na direção do veículo automotor".

Tipo objetivo:

> "Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste Código".

Tipo subjetivo:

> "O tipo requer o dolo genérico, não se exige o dolo específico, nem se prevê a forma culposa".

Consumação:

Crime de mera conduta ou de simple s atividade que se consuma com a ação de dirigir, de colocar o veículo em movimento, instante em que ocorre a violação independente de dano.

Tentativa:

Não pode ser fracionada, ou se coloca o veículo em movimento e o crime se consuma, o u não se coloca e o fato é atípico, não admite a tentativa.

Parágrafo único: o prazo para o agente entregar a carteira de habilitação ou a permissão para dirigir a autoridade judiciária é de 48 horas a contar da intimação.

Conforme pesquisas já demonstram não ser suficientes para avaliar a pertença de um indivíduo que grande o desrespeitos em prol às claras e a importância do trabalho dos agentes de fiscalização, trabalho realizado pelos órgãos da Polícia Militar, Polícia Civis e Polícia Rodoviárias Federal, para coibir as infrações e os crimes de trânsito, pois essa responsabilidade cabe ao Estado e Município, haja visto que as infrações cometidas nesta esfera social ferem as Normas Nacionais de Trânsito.

Um marco histórico e segundo estudo verificado os dados que acompanha o Código de Trânsito, e encorajamento que o condutores exerçam sua liberdade de "ir" e "vir" com base no artigo e suas alterações introduzidas pela Lei 13.546/17 referem-se apenas aos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa, quando praticados na direção de veículo automotor (artigos 302 e 303, do Código de Trânsito Brasileiro, respectivamente).

Artigo 302

O agente pratica o crime conduzindo o veículo sob influência de álcool ou de qualquer outra substância proibida que determine dependência:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> (…)
>
> § 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância proibida que determine dependência:
>
> Penas – reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:
>
> Penas – detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> (…)
>
> § 2º A pena privativa de liberdade é de reclusão de dois a cinco anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo, se o agente conduz o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância proibida que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima.

O contexto procede segundo o autor a caracterização do homicídio culposo não pode se resumir em imprudência, negligência ou imperícia, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto ao condutor pode agir dentro das normas da legislação e mesmo assim acabar cometendo homicídio por agir de forma desatenta.(Capez- 2014).

Não concordamos com autor, pois o mesmo se o condutor não infringir nenhuma norma e agir com falta de cuidado e atenção estará caracterizada a imprudência ou negligência. De qualquer forma é o comportamento do agente que dá causa ao resultado. O delito de homicídio culposo previsto atualmente no Código de Trânsito Brasileiro é necessário levar em consideração todas as circunstâncias e elementos de cada caso concreto. (BRASIL, 2019)..

> Homicídio culposo é aquele que se dá quando, atuando o agente, causa a morte de alguém, por ter omitido a cautela, a atenção ou a diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado, em face das circunstâncias, sendo -lhe exigível na situação concreta em que se encontrava um comportamento.

De que forma os órgãos públicos podem colaborar para diminuição do crime no trânsito? Elaborando projetos e preparando licitações para viabilizar, em 2021 ou 2022, o início de combater as infrações que produzam efeitos daqui a cinco anos, dez anos. São ideias

que órgãos conceberam imaginando apenas os benefícios que trarão para todo território Nacional, sem perder tempo com mesquinharias, como ficar imaginando quais nomes vão aparecer na estatística de crime no trânsito.

Segundo Callegari

Com as novas leis, hoje implantadas, em placas sinalizadoras indicando a sinalização correta para condutores, que serão mais bem aproveitados as avenidas, ruas e rodovias. A correta análise dos institutos, aliás, conforme visão Callegari é fundamental para que "não se distorçam os conceitos elementares da teoria do delito e que o enquadramento obedeça a critérios de racionalidade e não de passionalidade". O comportamento do motorista quando ultrapassar o limite de velocidade por causa da embriaguez, e substância proibida é possível verificar que há dolo quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. (2013, p. 286).

2. FISCALIZAÇÃO E PREVENÇÃO

Fornecimento de acomodação mesmo que em um local em que o agente é chamado e neste local há uma infração de trânsito se ele não puder agir atuando o veículo, ele deverá agir para proteger a vida é o bem mais importante a ser protegido. Já os órgãos e entidades de trânsito devem estar em perfeita harmonia para que as ações possam estar plenamente planejadas garantindo total eficiência na aplicação das normas garantindo o bem estar da sociedade, pois o agente de trânsito inicia seus exercícios em combater a segurança pública, a salubridade e saúde pública.

Sendo assim, observada através dos meios de comunicações televisionada, falada e escrita, tornando-se pública e notória as constantes notícias de ocorrências de acidente na contemporaneidade, levando a sociedade a clamar pela criação e efetiva aplicação das Leis, que, que venham a punir tais condutas de forma mais severa sobre punição dos infratores.

No entendimento deste Artigo 311(CTB), não se permitem trafegarem em velocidade incompatível com segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano.

2.1. INFRAÇÃO AOS CONDUTORES

Em conformidade, a proteção ao trânsito seguro é igualmente abarcada pelo seu artigo 5° inciso XV Constituição Federal, que determina ser livre a qualquer indivíduo a locomoção no território em tempo de paz, podendo nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens, nos termos da lei.

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Inciso XV- é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

O trânsito mata cinco ou mais pessoas no trânsitos todos os dias e manda para os hospitais aproximadamente 35 pessoas vítimas de acidente urbano a cada hora no Brasil. Ao todo mais de 1,6 milhão de pessoas ficaram feridas em 10 (dez) anos, ao custo de 3,1 bilhões ao SUS(Sistema Único de Saúde) e 492 mil pessoas faleceram vítimas de acidente de trânsito Brasileiro.

Dados foram informados pelo(CFM) Conselho de Federal de Medicina, que foi realizado em Brasília(DF) evento nacional para tratar do problema de trânsito.

Organização Mundial da Saúde(OMS) mostrou que nos últimos 15 anos a taxa de mortalidade no trânsito se manteve estável até ano 2019 porque esse ano 2020 já se passaram da evidência do ano anterior, em relação ao tamanho da população mundial.

Os fatos são numerosos, pois nessa pesquisa não terem aumentado até 2019 e pode até soar positivo para a sociedade, mas é preciso lembrar que estamos falando da morte de 1,35 milhões de pessoas ao ano, além de 50 milhões de feridos. A relevância dos números de acidentes em rodovias cai em 2019, mas total de vítimas aumenta em 2019, teve redução de 2,6% nos acidentes em rodovias.

Em janeiro 2020 teve uma grande porcentagem de acidente com números de vítimas fatais e feridos subindo assim, 4,3 %. Ao todo, 5.349 pessoas faleceram no trânsito no ano 2018, contra 5.269 fatalidades registradas em no mesmo ano. Esta foi 1ª alta do número em 7 (sete) anos. Desde 2012 a 2018, o número de mortes teve redução de 39,2%.

Segundo o Departamento Estadual de Trânsito do Amazonas(DETRAN-AM), reforçou a fiscalização nas ruas da cidade de Manaus e Município durante a pandemia o que si observou a redução de número de vítimas fatais envolvidas em acidentes de trânsito na capital Amazonense. De janeiro até data da pesquisa no dia 11 de dezembro de 2020, houve grande redução de registro de vítimas fatais em acidentes de trânsito, houve uma queda de 95% de acidentes de trânsito.

Conforme os dados da Secretária Executiva Adjunta de Inteligência(Seai), da Secretária Pública do Amazonas(SSP/AM), e foram divulgados no diário do detran pelo diretor presidente do Detran/AM.

2.2. COMBATE A VIOLÊNCIA NO TRÂNSITO

O combate à embriaguez ao volante vem sendo ostensivo há alguns anos, principalmente depois da Lei Seca. Agora, o governo tem outra prioridade: implementar o uso do “drogômetro” para reduzir o número de acidentes e mortes no trânsito. Todos os dias os condutores são parados em blitz e orientados da responsabilidade do cinto de segurança e de conscientização do trânsito.

O que é de consenso geral é que algo precisa ser feito para coibir o uso de drogas ao volante e álcool. “O exame toxicológico, de uma certa forma, é bastante falho pois, o

condutor usuário, sabendo que precisa fazer o exame, se abstém por um período para "limpar" o organismo e não ser pego no toxicológico. Com o "drogômetro" isso não será possível", diz Pietsak.(2019)

2.3 Diferença entre infração de trânsito e infração penal

A diferença entre as infrações de trânsito e as penais diz respeito à área do direito em que estão compreendidas cada uma delas e às penalidades que podem incidir por uma ou outra.

As infrações de trânsito tramitam no âmbito administrativo, já que os processos são também administrativos, abertos no DETRAN (Departamento Estadual de Trânsito) e julgados por uma comissão composta por pessoas de diversas competências. Suas penalidades possíveis são multas, suspensão e cassação da CNH (Carteira Nacional de Habilitação) e apreensão do veículo, por exemplo.

Infrações penais, por outro lado, implicam na abertura de um processo judicial criminal que será julgado por um juiz e poderá resultar em detenção do condutor infrator.

De maneira geral, as normas aplicadas aos casos em que o condutor comete um crime de trânsito são as mesmas presentes no Código Penal e no Código de Processo Penal, de acordo com o artigo 291 do CTB.

As infrações penais passíveis de serem cometidas no trânsito estão previstas especificamente nos artigos 302 a 312-A do CTB. Não são muitas, no entanto, é preciso conhecê-las para evitar cometer alguma delas.

3. PREVENÇÃO DOS ÓRGÃOS NO AMPARO LEGAL DA JUSTIÇA

O artigo Código Penal 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros quem desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de de seus agentes. Trata-se de infração de natureza grave que acarreta a imposição de multa.

> "[…] Contudo, pode haver delito culposo quando o indivíduo dirige embriagado ou feito uso de drogas ilícitas e em velocidade superior à permitida (STJ, Apn 189-RS, Corte Especial, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 5-9-2001). Há entretanto, um segmento da doutrina e da jurisprudência que, em determinadas situações, como o acidente de trânsito provocado pelo excesso de velocidade, ou pelo fato de o condutor se encontrar em estado de embriaguez, ou em decorrência de competição não autorizada (racha), ou pelo fato de o agente não possuir habilitação para dirigir, tem considerado, por vezes, a existência de dolo eventual" (CAPEZ, 2012, p. 141)."

De conformidade com presente o iter criminis, composto pelas percorrida pelos agentes para chegar uma solução de consumação. Considerando que não se pode negar a vigência da lei e transformar em letra morta o § 2° do art. 308, e tendo em vista a interpretação entre os dispositivos da mesma lei, será possível construir a seguinte distinção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "A tentativa é a realização incompleta do tipo penal, do modelo descrito na lei. Na tentativa há prática de ato de execução, mas o sujeito não chega a consumação por circunstância".

Assim, parece ser razoável a interpretação sugerida pelo autor, pois busca preservar o texto da lei, de forma que nenhuma construção dogmática entre em contradição com a norma legal.

Basta examinarmos os processos dessa natureza para percebermos que na grande maioria dos casos, os condutores têm maior responsabilidade, a conclusão acerca do dolo eventual é automática, ou seja, a presunção de que o agente assumiu o risco de produzir o resultado (morte ou lesão corporal) decorre do simples fato de ele estar embriagado no momento do acidente.

Atualmente foi feito um outro importante levantamento foi realizado pelo Instituto Sangari, especializado em pesquisas científicas. O estudo aponta que o Brasil é o segundo país do mundo em mortes em acidentes de motos. Nos últimos 15 anos a taxa de mortalidade aumentou 846%, enquanto a de carros, por exemplo, foi de 58%.Todos esses números abrem a pergunta: essas mortes acontecem por puro acidente ou são causadas pela falta de consciência? De acordo com a Guarda Municipal de (SP), 90% dos acidentes são ocasionados por imprudência dos motoristas ou pedestres. Isso implica dizer que as cenas chocantes que são mostradas todos os dias poderiam ser evitadas.

O condutor que praticou um crime de trânsito poderá ser preso em flagrante pela autoridade policial? Nesse caso, o delegado de polícia poderá conceder a liberdade mediante o pagamento de uma fiança, conforme disposto no art. 322 do Código de Processo Penal:

> PENAL. HOMICÍDIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. PRESUNÇÃO SIMPLÓRIA DE DOLO EVENTUAL. IMPOSSIBILIDADE SEM MAIORES DEMONSTRAÇÕES QUE LEVEM A CONCLUIR PELO ELEMENTO VOLITIVO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA RESTABELECER A DECISÃO DO JUÍZO SINGULAR. 1 – Não descritos na denúncia elementos que demonstrem o dolo, ainda que na forma eventual, não se pode ter por escorreito o acórdão que encampa acusação nesses moldes deduzida. 2 – A embriaguez, por si só, sem outros elementos do caso concreto, não pode induzir à presunção, pura e simples, de que houve intenção de matar, notadamente se, como na espécie, o acórdão concluiu que, na dúvida, submete-se o paciente ao Júri, quando, em realidade, apresenta-se de maior segurança a aferição técnica da prova pelo magistrado da tênue linha que separa a culpa consciente do dolo eventual. 3 – Impetração não conhecida, mas concedida a ordem de ofício para restabelecer a decisão de primeiro grau que desclassificou a conduta para homicídio culposo de trânsito. (STJ – HC: 328426 SP 2015/0153353-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 03/08/2015) (BRASIL, 2019).

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. EXCLUSÃO DO DOLO EVENTUAL. NECESSIDADE DE ACURADA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A existência de eventual erro na tipificação da conduta pelo Órgão Ministerial não torna inepta a denúncia e, menos ainda, é causa de trancamento da ação penal, pois o acusado se defende do fato delituoso narrado na exordial acusatória e, não, da capitulação legal dela constante. 2. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, que há imputação de fato penalmente atípico, a inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo de autoria do delito ou, ainda, a extinção da punibilidade.

Lei 9503/97 atualizada

A Lei 9503/97 refere-se às responsabilidades que devem ser tomadas no trânsito, sendo elas por vias terrestres, em território nacional e aberto à circulação. Além disso, o termo trânsito está relacionado à utilização de vias por pessoas, veículos e animais, sejam eles isolados ou em grupos, com fins de circulação, parada, estacionamento ou carga e descarga.

A Lei 9503, no Art. 306, traz algo importante a ser mencionado: o esclarecimento acerca dos perigos da condução de veículos com a capacidade psicomotora alterada, devido à utilização de álcool ou outras substâncias que venham a fazer essa alteração.

Ainda sobre o referido artigo, é válido ressaltar que as penas ali previstas podem ser de detenção de seis meses a três anos, multas e suspensão ou proibição da obtenção da permissão ou da habilitação para dirigir algum veículo automotor após a apreensão.

Segundo ROUSSEAU:

O homem é bom, mas a sociedade deprava-o e torna-o miserável. No Brasil, atualmente, a crescente taxa de alcoolismo entre a população é resultado dessa miséria social, retratada pelo filósofo.

Sendo assim, faz-se necessária a observação dos fatores que potencializam essa problemática, sendo a aceitação social do álcool e a ineficácia de políticas governamentais, os maiores causadores do desequilíbrio social.

Vale ressaltar que bebidas contendo álcool são prejudiciais a saúde, assim, também as drogas ilícitas e podem levar à dependência física. No entanto, a falta de conhecimento sobre seus maléficos, faz com que a sociedade aceite essa droga, tornando-a parte do senso comum.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo filósofo Ralph Waldo

A saúde é a maior riqueza do homem, análogo a isso, o uso frequente de bebidas alcoólicas por alguns indivíduos, deixa-os a mercê de perder esse bem tão precioso, que é a saúde.

Ademais, além de colocar sua vida em risco, esses indivíduos alcoolizados se tornam um perigo para o trânsito, podendo causar acidentes e tirar a vida de outros cidadãos. No ano de 2013, foi colocado em vigor a Lei Seca, que proíbe conduzir automóveis sobre efeito de álcool, entretanto, o número de mortes no trânsito brasileiro causados por embriaguez aumento significativamente nos últimos anos, segundo dados do Ministério da Saúde(MS), mostrando que tal lei não saiu de seu modelo teórico, não contribuindo para a melhoria do trânsito brasileiro, que além de perigoso, é fatal.

Fica claro, portanto, que medidas visando mudar essa realidade são necessárias, a começar com o Ministério da Saúde em parceria com os veículos midiáticos, como jornais, televisão e internet, atuando de forma conscientizadora da população para os malefícios do álcool, por meio de campanhas publicitárias e reportagens educativas, a fim de que as bebidas alcoólicas sejam vistas pela sociedade como realmente são, drogas prejudiciais a sociedade.

A legislação atuará de forma punitiva, tirando das ruas, todos por meio de uma maior fiscalização policial nas rodovias Federais e punições mais severas para aqueles que agirem contra a lei, a fim de que o trânsito brasileiro se normalize, diminuindo o número de mortes. E assim, o cidadão brasileiro dará mais um passo em direção ao homem bom, descrito por Rousseau.

4. CONCLUSÃO

Conforme o artigo científico conclui-se análise documental que consiste em identificar, e verificar de que forma os órgãos governamentais Detran e instituições como Secretária Executiva Adjunta de Inteligência (SEAI) vem, vislumbra o comprometimento com as políticas públicas e diretrizes eficaz para integração e combate a violência no trânsito dos Estados Brasileiros e na capital Amazonense.

A abordagem e síntese exige um estudo amplo de forma que a pesquisa, considerando o contexto em que ele está sendo inserido e as características da sociedade a que pertence e a conscientização e de responsabilidade do condutor, ressaltou o Diretor Geral do Departamento Estadual de Trânsito, DETRAN/AM, sendo que no interior do Estado.(Rodrigo Sá 10-2020).

Deste modo, o viés social diz respeito às diversas ações de integração e adaptação do condutor. O viés político abrange os acordos de mão-de-obra, as convenções bilaterais entre o meio de campanha e operações para reforçar nas áreas das festas de Reveillon patrocinada pela prefeitura de Manaus, de trabalho, e que se definem conforme as diferentes relações de força existentes nas políticas públicas são nítidas duas diretrizes.

De um lado as entidades e de outro os órgãos combatendo a irregularidades relevante as condições que muito das vezes são objetos de restrição a cumprir as recomendações estabelecidas pelas medidas socioeducativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Não é exatamente no nível atingido pelas possibilidades de concretização do resultado que se poderá decretar o dolo eventual e, sim, numa determinada relação de vontade entre esse resultado e o agente. Daí a posição mais correta dos defensores da teoria do consentimento que se preocupam em identificar uma manifestação de vontade do agente em relação ao resultado.(Dolo penal- Barcelona p.96).

O trânsito seguro é direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, cabendo a eles adotar as medidas necessárias para assegurar o direito dos cidadãos.

5. REFERENCIAS

CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, victor Eduardo Rios. Aspectos criminais do código de trânsito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva,1999.Curso de Direito Penal.

Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/leis/L543.htm;. Acesso em: 27/10/ 2020

Fonte: Grau Curso online- Doutormultas.com.br

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. 8. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.,

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARIA, Thereza; DE ASSIS MOURA- Data da publicação DJ. 03/08/2015 (BRASIL, 2019).

Barcelona Dolo Penal- p.95

REVISTA ÂMBITO JURÍDICO - 07/10/2020.

LEI do Trânsito- 13.546/20/12/2017-

CAPEZ, 2012, p. 141

Departamento Estadual de Trânsito, **DETRAN/AM**.

Sistema Único de Saúde- 01/08/2018.

Callegari- 2011, p.309).

Organização Mundial da Saúde(2018).

In Trânsito- 2020).

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial 2 dos crimes contra pessoa. 10. ed. São Paulo: Saraiva.2014.

RALPH,Waldo (Filósofo)

Fonte: **Instituto Sangari-** 09/04/2013

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Pietzak (02/2019).

Callegari (2013, p.286).

ROUSSEAU, Jean; Jacques-2/07-1778

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO FRENTE AOS ATOS OMISSIVOS E COMISSIVOS DOS NOTÁRIOS

THALLES TELES DIAS: Acadêmico do curso de Direito na Universidade UNIRG. Gurupi/TO.

WELSON ROSÁRIO SANTOS DANTAS[171]

(orientador)

Resumo: As atividades notariais possuem o objetivo de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos de forma preventiva, evitando, com isso, o acúmulo de processos no judiciário e atuando como meio de pacificação social. Nos últimos anos, contudo, houve um significativo aumento de processos em desfavor dos notários por erros no exercício de suas funções. Frente a isso, ao praticar atos omissivos e comissivos, esses profissionais devem responder pelos danos causados. Assim, o presente estudo tem como objetivo central discorrer sobre a responsabilidade do Estado frente aos atos omissivos e comissivos dos notários. Busca-se com o presente estudo analisar o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o Recurso extraordinário (RE) n° 842.846/SC, que em repercussão geral decidiu que o Estado é o responsável civil pelos danos causados por agentes públicos (tabeliães). Veremos, portanto, que embora a citada decisão firmou o entendimento de que a responsabilidade dos Estados, acabou também se mostrando como um retrocesso jurídico, uma vez que as indenizações a serem pagas pelo Estado são feitas vias precatório, aumentando de forma considerável a efetivação, ou seja, o pagamento das indenizações. Para a realização desse estudo, tem-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, baseada em livros, artigos científicos e na legislação brasileira, e em especial no citado julgado.

Palavras-chave: Responsabilidade. Cartórios. Estado. Indenização. Precatórios.

Abstract: Notarial activities aim to ensure publicity, authenticity, security and effectiveness of legal acts in a preventive manner, thereby avoiding the accumulation of lawsuits in the judiciary and acting as a means of social pacification. In recent years, however, there has been a significant increase in lawsuits to the detriment of notaries for errors in the exercise of their functions. Thus, the present study has as its central objective to discuss the State's responsibility in the face of omissive and commissive acts by notaries. The present study seeks to analyze the judgment of the Supreme Federal Court on extraordinary Appeal (RE) nº. 842.846/SC, which in general repercussion decided that the State is the civil responsible for the damages caused by public agents (notaries). We will see, therefore, that although the aforementioned decision confirmed the understanding that the responsibility of the States, it also ended up showing itself as a legal setback, since the indemnities to be paid by the State are made through precatory measures. To carry out this study, bibliographic research is based on methodology, based on books, scientific articles and Brazilian legislation, and especially on the aforementioned judgment.

Keywords: Responsibility. Notaries. State. Indemnity. Precatory.

171 Profº. Me. no curso de Direito na Universidade UNIRG, Gurupi/TO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sumário: Introdução. 1. Atividades Notariais e Registrais: Aspectos Gerais. 2. A responsabilidade civil dos cartorários e registradores no ordenamento jurídico brasileiro. 2.1 Do Recurso Extraordinário 842.846/SC. 3. Consequências Jurídicas. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Os serviços notariais e de registro possuem organização técnica e administrativa que visam o garantismo da publicidade, da autenticidade, da segurança e da eficácia dos atos jurídicos. O Notário, ou Tabelião, e Oficial de Registro, ou Registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro (VIEIRA, 2016).

Portanto, essas atividades devem ser realizadas com zelo e atenção, atendendo as partes com eficiência, urbanidade e presteza. Ocorre que nos últimos anos surgiram muitas ações contra cartorários e registradores pelos erros cometidos na atividade delegada pelo Estado.

Em razão desses erros, a norma brasileira traz dois posicionamentos: de um lado encontra-se o parágrafo 6° do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 que prevê que o Estado é responsável pelos danos causados por seus agentes, uma vez que são aprovados em concurso público para tal delegação; de outro lado, tem-se o art. 22 da Lei 13.286/2016 que imputa a responsabilidade aos notários.

Buscando solucionar esse embate jurídico, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário n° 842.846 impôs repercussão geral a matéria, afirmando que as indenizações são de total responsabilidade do Estado, retirando dos cofres públicos tais valores a serem pagos pela fazenda pública.

Diante dessa situação, a problemática dessa pesquisa recai na seguinte indagação: como a decisão do RE 842846 afetará os processos em andamento?

Assim, busca-se ainda observar quais os efeitos prático-processuais que essa decisão acarretará, surgindo assim as seguintes indagações: como poderá ser feita essa correção processual dos processos em andamento que tem no pólo passivo apenas os cartórios? Em caso concreto de danos será necessário que o particular ingresse primeiramente contra o cartório ou diretamente contra o Estado? Existirá a possibilidade e ação regressiva contra o cartório? Além disso, observa-se também que em eventual condenação, a depender dos valores, serão pagos por meio de precatório, o que acarretará uma grande demora na atividade satisfativa do processo, entre outros questionamentos que abordaremos no presente estudo.

Para a realização da pesquisa foi feita uma revisão de literatura, constituído de estudo bibliográfico e documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos e também por meios eletrônicos.

1.ATIVIDADES NOTARIAIS E REGISTRAIS: ASPECTOS GERAIS

Em território brasileiro, pode-se dizer que a atividade notarial e registral surgiram efetivamente a partir do chamado registro do vigário (Lei nº 601/1850 e Dec. nº 1.318/1854), com o que a Igreja Católica passou a obrigar a legitimação da aquisição pela posse, através do registro em livro próprio, passando a diferençar as terras públicas das terras privadas (LIMA, 2011).

A aludida transmissão, com o tempo, passou a ser realizada através de contrato e, não raras vezes, necessitava de instrumento público, confeccionado por um tabelião. Finalmente, com a ampliação dos atos registráveis, passaram a se submeter ao Registro Geral (Lei nº 1.237/1864) todos os direitos reais sobre bens imóveis.

No que tange ao seu processo histórico, pode-se afirmar que ambas as funções (de notário e de tabelião), resistiram ao efeito do tempo, recebendo, contudo, diferentes contornos.

Atualmente, o notário e o registrador são profissionais que desempenham função pública, através de delegação obtida mediante aprovação em concurso público de provas e títulos.

Nesse sentido, explica Braga (2017, p. 18) que os notários e registradores "alcançaram especial independência no âmbito de sua atuação, que é confiada pelo Estado, para assumir a prática e formalização de atos jurídicos extrajudicialmente, sem intervenção do Poder Judiciário". Para se habilitar em seu concurso público, é necessário ter a titulação de bacharel em Direito, ou conforme determina o art. 15, parágrafo 2º da Lei dos Notários e Registradores (Lei nº 8.935/94) que tenha exercido 10 anos de carreira na atividade de notas e registro.

Novamente relembrando, o exercício da atividade notarial e registral é exercido em caráter privado, por delegação do poder público, e encontra previsão expressa no artigo 236 da Constituição Federal. Sobre esse ponto, destacam-se as seguintes palavras:

O Notário e Oficial de Registro são reconhecidos como profissionais do Direito, no exercício daqueles serviços que são conhecidos pelos usuários por cartórios, tais como os reconhecimentos de firma, a lavratura de escrituras, procurações, protestos, ou ainda no âmbito do registro civil, os registros de nascimento, casamento e óbito, dentre tantos outros serviços de competência da atividade, e que vem evoluindo cada vez mais. O legislador impôs a esses profissionais a obrigatoriedade de serem bacharéis em Direito, em razão das atividades desempenhadas e da essencialidade que seus atos sejam cumpridos a vista da legislação (SCHMOLLER; FRANZOI, 2018, p. 02).

A Constituição Federal, em seu artigo 236, parágrafo 3º, estabeleceu que "o ingresso na atividade deve ser feito através de concurso público democrático e que prestigia a dedicação e competência, como forma de ingresso na atividade de notas ou registro" (SOUZA, 2017, p. 25).

O profissional deve se servir de um método apropriado para conhecer as situações jurídicas concretas que constituem a matéria de sua atividade funcional, por razão disso, considerado profissional do Direito. A formalização do Direito basicamente possui

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

características gerais que podem ser encontradas tanto na tarefa da investigação dos fatos como na valoração jurídica dos mesmos (SOUZA, 2017).

A Constituição Federal, porém, atribuiu à União competência privativa para legislar sobre os registros públicos. Nesse sentido, encontra-se a Lei nº 6.015/73 que versa sobre os registros públicos. Na retro norma os registros indicados no § 1º do artigo 1º (registro civil de pessoas naturais, jurídicas, os títulos e documentos e imóveis) ficam a cargo de serventuários privativos nomeados de acordo com o estabelecido pelo Poder Público (BRASIL, 1973).

Vale ressaltar que a estes o Estado delega a função de receber, conferir e transpor para os livros declarações orais ou escritas sobre fatos jurídicos e negócios dos interessados ou apresentantes. A partir de então, passam ao conhecimento de todos os que queiram ou devam ser informados a respeito de tais documentos, exceto os submetidos, por lei, ao sigilo (BRAGA, 2017).

A atividade de registro, embora exercida em caráter privado, tem características típicas do serviço público. As serventias extrajudiciais são confiadas à responsabilidade de delegados, aos quais o "Estado incumbe, para alcançar os efeitos jurídicos, conferir e transportar os registros dos usuários, e assim dar conhecimentos e formalizar negócios a terceiros através de certidões" (REZENDE, 2016, p. 19).

O notário e registrador desempenham suas funções na forma de representar o Estado, pois é quem lhe delega o cargo. Diante disso, a sua função não é meramente administrativa, possuindo também caráter social. Sobre essa questão, afirma-se:

Nos dias atuais criam-se situações jurídicas para as quais nem sempre há uma previsão legal exata, e para essas situações deve buscar-se uma forma jurídica apropriada, capaz de assegurar que não sejam violados os preceitos constitucionais, quanto menos de descumprir a legislação, o que perfeitamente atendem as serventias extrajudiciais. Em razão disso, os notários e registradores cumprem o seu mister em apresentar a solução adequada ao usuário, ao passo que examinam doutrinas, jurisprudências, enunciados e tudo ao seu alcance buscando atuar da forma correta e principalmente exalando pela segurança jurídica, o que auxilia na concretização e formalização da vontade das partes (SCHMOLLER; FRANZOI, 2018, p. 02).

A atividade notarial e registral confere, a partir do momento que o titular assume uma serventia, que lhe é imposto, pelo dever de zelar pela segurança jurídica máxima, do aconselhamento e orientação às partes, sob a ótica dos seus atos, cabendo ao Poder Judiciário a fiscalização da sua atuação que ora o faz.

Sobre o tema a doutrina dispõe que:

Os princípios éticos abrangem os demais limites e obrigam o exercício da profissão com desinteresse, imparcialidade, sigilo e discrição, com a máxima prudência e diligência, mas com total dedicação e compromisso com o interesse coletivo. Em suma, esses são os principais limites que se colocam para a independência funcional e pessoal de notários e registradores no exercício da profissão. Aconselhando, orientando, fiscalizando dentro do espírito da lei, notários e registradores cumprem sua missão de fornecer confiança à sociedade (DEL GUÉRCIO NETO; DEL GUÉRCIO, 2016, p. 33).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dentro desse contexto, insta mencionar o princípio da fé pública. É através desse princípio que os profissionais da área notarial e registral exercem a sua função. Destaca-se, pensando a aplicação do Direito na atividade, que se inicia por meio da interpretação, "não apenas de executor da lei, mas antes de executar, interpretar nos limites da sua competência, procurando a cada momento superar os desafios impostos a atuação desses profissionais" (BRAGA, 2017, p. 20).

Extrai-se o conceito de fé-pública no âmbito notarial e registral, que:

Notários e registradores são testemunhos da verdade. Quem diz que eles o são é o Poder Público, pois delegou sua autoridade de dizer que é verdadeiro e autêntico a estes profissionais, outorgou-lhes o poder de dar fé de forma pública. Logo ao atributo da fé, ao ato de se "dizer a verdade", está acoplada a autoridade pública. A fé é pública porque oriunda da lei, de um interesse social juridicamente positivado. Com a delegação deste poder por meio da lei, o testemunho de quem o detém passa a ser "publicamente qualificado" (DEL GUÉRCIO NETO; DEL GUÉRCIO, 2016, p. 41).

O princípio da fé pública está intimamente ligado à segurança jurídica que permeia a atividade notarial e registral. Com isso, o instituto da fé pública corresponde à especial confiança atribuída por lei ao que o oficial declare ou faça, no exercício da função, com presunção de verdade. Destacada, pela afirmação da eficácia do negócio jurídico ajustado com base no declarado ou praticado pelo registrador e pelo notário (BRAGA, 2017).

No que concerne aos seus princípios, a atividade notarial e registral são regidos pelos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, dispostos no art. 37 da Constituição Federal.

Em relação ao princípio da **legalidade**, entende-se que "a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei" (PEDROSO, 2016, p. 01).

O princípio da **impessoalidade** elencado no art. 37 da Constituição de 1988, estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que "a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento" (DI PIETRO, 2004, p. 71).

O princípio da **publicidade** exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública. Na esfera administrativa o sigilo só se admite a teor do art. 5°, XXXIII quando imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado.

No que tange ao princípio da **moralidade**, a Administração e seus agentes têm de "atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação" (PEDROSO, 2016, p. 03). O art. 30 da lei 8.935/94 estabelece os deveres éticos atribuídos aos notários e registradores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Frente a esses princípios, também cabe citar que a Lei nº 8.935/94 em seus artigos 29 e 30 traz o rol de direitos e deveres; a saber:

***Art. 29**. São direitos do notário e do registrador:*

- *exercer opção, nos casos de desmembramento ou desdobramento de sua serventia;*
- *organizar associações ou sindicatos de classe e deles participar;*

***Art. 30.** São deveres dos notários e dos oficiais de registro:*

- *manter em ordem os livros, papéis e documentos de sua serventia, guardando-os em locais seguros;*
- *atender as partes com eficiência, urbanidade e presteza;*
- *atender prioritariamente as requisições de papéis, documentos, informações ou providências que lhes forem solicitadas pelas autoridades judiciárias ou administrativas para a defesa das pessoas jurídicas de direito público em juízo;*
- *manter em arquivo as leis, regulamentos, resoluções, provimentos, regimentos, ordens de serviço e quaisquer outros atos que digam respeito à sua atividade;*
- *proceder de forma a dignificar a função exercida, tanto nas atividades profissionais como na vida privada;*
- *guardar sigilo sobre a documentação e os assuntos de natureza reservada de que tenham conhecimento em razão do exercício de sua profissão;*
- *afixar em local visível, de fácil leitura e acesso ao público, as tabelas de emolumentos em vigor;*
- *observar os emolumentos fixados para a prática dos atos do seu ofício;*
- *dar recibo dos emolumentos percebidos;*
- *observar os prazos legais fixados para a prática dos atos do seu ofício;*
- *fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar;*
- *facilitar, por todos os meios, o acesso à documentação existente às pessoas legalmente habilitadas;*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

- *encaminhar ao juízo competente as dúvidas levantadas pelos interessados, obedecida a sistemática processual fixada pela legislação respectiva;*

- *observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente.*

(BRASIL, 1994)

Por fim, importante destacar que toda atividade de registro e administração que cerca a Serventia deve ser revestida de ética. Os profissionais que atuam na função devem agir de modo a honrar a função e vocação pelo quais se dispuseram. Segundo Pedroso (2016, p. 22) "o dever de atender com presteza e cautela prevalece a qualquer interesse individual. A lei e sua intenção devem ser sempre observadas para alcançar a finalidade máxima e os anseios sociais".

2.A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CARTORÁRIOS E REGISTRADORES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O tema acerca da responsabilidade civil dos cartorários e de registradores sempre foram fontes de inúmeros debates, vide o fato de que se discute se essa responsabilidade é diretamente do Estado ou dos próprios profissionais.

Antes de se adentrar nesse tema em específico, é preciso esclarecer o que seja o instituto da Responsabilidade Civil. Basicamente, esse instituto é visto como aquele aonde qualquer indivíduo que venha a violar um dever jurídico através de um ato ilícito ou ilícito, acaba por possuir a obrigação de reparar o dano (RAMOS, 2014).

Instituto tão importante para o Direito Civil, que em seu texto normativo o traz regulamentado no art. 186 ao qual diz que **"aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL, 2002).**

Sendo assim, a responsabilidade civil é antes de tudo, uma obrigação jurídica, pelo qual o causador do dano deve ressarcir as vítimas, de suportar sanções legais ou penalidades. Nesse ponto, "há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção" (SILVA, 2008, p. 642).

A reparação de qualquer dano assume duas funções básicas: a de compensar a vítima pela lesão sofrida, dando-lhe alguma espécie de satisfação, e a de impor ao ofensor uma sanção (DINIZ, 2012).

Estabelecido o conceito de Responsabilidade Civil, a discussão sobre a responsabilização de danos causados pelos cartorários e registradores tem dividido a doutrina e a jurisprudência pátria já a alguns anos. Inicialmente, encontram-se de um lado aqueles que entendem que os danos causados pelos profissionais em destaque são de responsabilidade do Estado.

Essa interpretação é baseada no disposto no art. 37, § 6º do texto constitucional, que possui o seguinte texto:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Art. 37 (...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

(BRASIL, 1988)

Tendo como fonte o texto Constitucional acima se evidenciou, na visão de muitos, que o Estado é responsável pelos danos causados por seus agentes, haja vista que são aprovados em concurso público para tal delegação.

Ocorre que no mesmo texto constitucional em seu art. 236, § 1º o constituinte outorgou competência para o legislador infraconstitucional definir qual seria o regime de responsabilidade dos notários e registradores. Em outras palavras, o constituinte deu competência para o legislador infraconstitucional estipular qual seria o regime de responsabilidade dos notários e registradores.

De acordo com Cavalcante (2020, p. 55) "a própria Constituição Federal retirou o assento constitucional da regulação da responsabilidade civil e criminal dos notários, relegando-a à autoridade legislativa".

Partindo dessa prerrogativa dada pela Constituição, foi editada a Lei nº 8.935/94 que traz a responsabilidade objetiva no caso de danos causados pelos notários e registradores. Sob a força do seu art. 22, ficou estabelecido que os notários e registradores respondem pelos seus atos que resultam em prejuízos, civilmente. Incluem aí os substitutos ou escreventes que autorizarem, além do direito de regresso (BRASIL, 1994).

Pautado na supracitada legislação, a jurisprudência desde então, vinha mantendo o entendimento de que as responsabilidades de danos causados pelos notários recairiam única e exclusivamente a eles. O Superior Tribunal de Justiça, predominantemente tem julgado no sentido de que a responsabilização de notários e registradores é objetiva, oriundo do risco gerado pelo desempenho da atividade notarial e de registro.

A título de exemplo, temos o Recurso Especial nº 1.377.074/RJ, julgado pela primeira Turma do STJ e que esteve sob a relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 16.02.2016 onde foi esposado o seguinte entendimento: "nos casos de danos resultantes de atividade estatal delegada pelo Poder Público, há responsabilidade do notário, nos termos do art. 22 da Lei nº 8.935/1994, e apenas subsidiária do ente estatal".172

Depois dessa Lei, passado mais de 26 (vinte e seis) anos o dispositivo normativo que trata especificamente dessa matéria sofreu mudança. Isso ocorreu por meio da Lei nº 13.137/2015, onde o art. 22 sofreu sutil alteração para explicitar que os sujeitos responsáveis

172 Resp 1.377.074/RJ. Primeira Turma do STJ. Relatoria: Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 16.02.2016.

diretos por danos decorrentes da prática de atos notariais e de registro são os "notários e oficiais de registro, temporários ou permanentes" (BRASIL, 2015).

Cumpre destacar ainda que essa lei começou a mencionar que sobre a responsabilidade, esta abarcaria eventos direcionados a direitos e encargos trabalhistas. Na visão de Benício (2016, p. 04) a presente lei não trouxe maiores novidades ou mudanças a respeito da responsabilidade civil de notários e registradores.

A mudança pretendida sobre esse tema só viria ser implantada no ano seguinte, através da Lei nº 13.286 de 10 de maio de 2016. A partir dessa lei, ficou normatizado o critério subjetivo (da culpa ou dolo) para a aferição da responsabilidade civil de notários e registradores. Ou seja, modificou o entendimento até então adotado pela Lei nº 8.935/94.

Segundo explica Santos (2018, p. 01) "a responsabilidade civil subjetiva caracteriza-se pela existência dos elementos do dolo ou culpa do causador do dano, além da conduta, do dano e do nexo de causalidade".

Com isso, pela Lei 13.286/2016 os notários e oficiais de registro respondem civilmente por todo ato que venha causar prejuízo a outrem, seja por dolo ou culpa. Adentra aí os substitutos ou aqueles que o autorizaram, garantido ainda o direito de regresso. A entrada dessa norma, veio para cessar as dúvidas sobre à responsabilidade pessoal do oficial de registro e notários, pelo qual responderá subjetivamente pelos danos que causar (SANTOS, 2018).

O texto do art. 22 então passou a ser regido da seguinte maneira:

> *Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.*
>
> *Parágrafo único. Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil, contado o prazo da data de lavratura do ato registral ou notarial.*
>
> *(BRASIL, 2016)*

No que tange ao parágrafo único, este deixou explícito que a ação direcionada em desfavor do titular do cartório não se aplica, por exemplo, para a ação de regresso ajuizada pelo Estado levando em conta que determina como termo inicial da ação não o pagamento, mas sim a data da lavratura do ato registral ou notarial (CAVALCANTE, 2020).

Os tribunais desde a promulgação da retro lei, já se posicionaram no sentido de fundamentar decisões com base nesse entendimento; a saber:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DEMANDA RESSARCITÓRIA *AJUIZADA* PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL CONTRA SERVENTUÁRIA DO FORO EXTRAJUDICIAL. PAGAMENTO DE PRECATÓRIO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> PROCURAÇÃOLAVRADA EM CARTÓRIO A PARTIR DE DOCUMENTOS FALSOS. Responsabilidade Civil Objetiva da Notária. 1. De acordo com precedente desta Corte Superior (AgInt no Resp. 1.471.168/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 18/09/2017), a nova redação do art. 22 da Lei nº 8.935/94, implementada pela Lei nº 13.286/16 depois da interposição do recurso especial, não tem o condão de afastar a jurisprudência que serviu de lastro para a decisão agravada, pois a natureza da responsabilidade civil do notário é regida pela legislação vigente à época do fato lesivo. 2. "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem assentado que o exercício de atividade notarial delegada (art. 236, § 1º, da CF/88) deve se dar por conta e risco do delegatário, de modo que é do notário a responsabilidade objetiva por danos resultantes dessa atividade delegada (art. 22 da Lei 8.935/1994)" (AgRg no AREsp 474.524/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/06/2014). 3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp. 1590117/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 09/10/2018).

E ainda:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO REALIZADO EM VOTO VENCIDO. REGISTRO DE IMÓVEL. ERRO. DANO RECONHECIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AÇÃO PROPOSTA APENAS CONTRA O ENTE ESTATAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Na hipótese dos autos, a irresignação merece prosperar no que diz respeito à omissão. In casu, o voto vencido no acórdão objurgado fez menção expressa ao disposto no art. 22 da Lei 8.935/94, razão pela qual a matéria se encontra devidamente prequestionada. 2. Vencida a preliminar, no mérito verifica-se que a tese recursal é procedente. Com efeito, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos casos de danos resultantes de atividade estatal delegada pelo Poder Público, há responsabilidade objetiva do notário, nos termos do art. 22 da Lei 8.935/1994, e apenas subsidiária do ente estatal. Precedentes: AgRg no AREsp 474.524/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/06/2014; AgRg no AgRg no AREsp 273.876/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/5/2013; REsp1.163.652/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1º/7/2010. 3. In casu, a ação foi proposta exclusivamente contra o Estado, sem participação do Cartório de Registro de Imóveis diretamente responsável pelo dano, o que não é possível em razão de a responsabilidade do ente estatal ser subsidiária e não solidária. 4. Embargos de Declaração acolhidos, com efeitos infringentes. (EDcl no REsp 1655852/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 19/12/2017).

Pela Lei 13.286/2016 e pelos julgados do STJ acima descritos, fica claro observar que a responsabilidade civil dos notários e registradores é objetiva. Porém essa decisão adentrou na área da corte maior do país. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal se posicionou de maneira diferente do entendimento até então visto. Sobre essa decisão, apresenta-se o tópico seguinte.

2.1 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 842.846/SC

No ano de 2014 houve o reconhecimento de repercussão geral sobre a questão constitucional levantada em recurso extraordinário (RE 842.846/SC) interposto pelo Estado de Santa Catarina, onde o ente estatal alegara que não teria responsabilidade direta pelos danos causados pelos serviços prestados no cartório de registro civil.

No citado caso tem-se no pólo passivo da ação Sebastião Vargas que ajuizou ação de rito ordinário em face do Estado de Santa Catarina buscando ao pagamento de indenização por danos materiais, em decorrência de suposto erro efetuado pelo Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais da Comarca de São Carlos - SC, quando da elaboração de serviços inerentes ao ofício registrador, qual seja, a elaboração da certidão de óbito de sua esposa, o que lhe teria impedido de obter benefício previdenciário junto ao Instituto Nacional do Seguro Social.

Em razão da sentença desfavorável o Estado de Santa Catarina interpôs recurso de apelação. Em suas razões, o referido ente da Federação alegou, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que a responsabilidade civil por danos decorrentes de atos praticados por cartórios e tabelionatos recairia exclusivamente na pessoa física titular do ofício, não cabendo ao Estado responder por atos de gestão de unidade que não integra a estrutura do ente estatal.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao desprover o recurso, atribuiu ao Estado a responsabilidade objetiva direta, e não subsidiária, por atos praticados por tabeliães e registradores, por força do art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988. Irresignado, o Estado de Santa Catarina interpôs recurso extraordinário.

O Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, à unanimidade, na época desses fatos, concedeu a responsabilidade civil do Estado diante dos danos causados pelos tabeliães e oficiais de registro, tendo caráter primário, solidário ou subsidiário da responsabilidade estatal.

Em 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reiterou jurisprudência da Corte afirmando novamente que o Estado possui a responsabilidade civil objetiva ao qual deverá ressarcir qualquer prejuízo ocorrido contra outrem na prática feita por tabeliães e oficiais de registro durante a realização de suas atividades. Por decisão majoritária, o colegiado negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 842846, com repercussão geral reconhecida, e reafirmou ainda que o Estado tem de ajuizar ação de regresso contra o responsável pelo dano, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa.

Na sessão extraordinária realizada no dia 27 de fevereiro, o relator (ministro Luiz Fux), deu o seu voto no sentido de negar provimento ao recurso para manter o acórdão do TJ-SC e reconhecer que o Estado responde objetivamente pelo dano, assegurado o direito de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

regresso em caso de dolo ou culpa. O mesmo entendimento teve o ministro Alexandre de Moraes (STF, 2019).

Em posicionamento divergente ao do relator, o ministro Edson Fachin votou pelo provimento parcial do recurso. Em seu entendimento, o Estado nesses casos possui apenas a responsabilidade subsidiária. Para esse ministro, deve-se aplicar a tese da possibilidade de serem conjuntamente pleiteados os danos em desfavor tanto do tabelião quanto do Estado, mas conservando, no caso concreto, a sentença de procedência (STF, 2019).

Ainda no campo dos votos, o ministro Luís Roberto Barroso adotou uma terceira via para o julgamento da matéria. O ministro entendeu que tanto a responsabilização do Estado quanto a dos tabeliães e registradores deve ser subjetiva. No entanto, como esclareceu o ministro, não se pode atribuir o ônus da prova exclusivamente para o demandante. Por conta, ele propôs uma reavaliação do ônus da prova, para que isso não configura uma desigualdade entre o particular e o cartório (STF, 2019).

As ministras Rosa Weber e Cármem Lúcia acompanharam o posicionamento do relator. Esta última ainda destacou que "tirar do Estado a responsabilidade de reparação deixaria o cidadão desprotegido, pois caberia a ele a incumbência de comprovar a culpa ou dolo do agente". 173

Assim como ocorreu com as ministras acima citadas, os ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, acompanharam a corrente majoritária, observando ainda que é obrigação do Estado ajuizar ação de regresso em caso de dolo ou culpa, quando for responsabilizado (STF, 2019).

Do mesmo modo, o decano do STF, ministro Celso de Mello e o ministro Dias Toffoli, até então presidente do STF, também corroboraram com a corrente majoritária. Por fim, o ministro Marco Aurélio foi o único a votar pelo provimento integral do recurso. Para ele, o responsável pelos danos causados a terceiros deve ser o cartório, por entender que os serviços realizados dentro desses estabelecimentos são feito em caráter privado. Por essa razão, a responsabilidade do Estado é apenas subjetiva, no caso de falha do Poder Judiciário em sua função fiscalizadora da atividade cartorial (STF, 2019). Tendo os votos majoritários impostos, o Plenário aprovou a seguinte tese para fins de repercussão geral:

O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa. (STF. Plenário. RE 842846/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 27/2/2019 - repercussão geral) (Info 932).

Portanto, com base nessa repercussão geral apontada pela Corte maior, os danos causados pelos notários e registradores são de responsabilidade objetiva do Estado. Em que pese essa decisão, alguns efeitos são encontrados, como mostra o tópico seguinte.

173 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792309&ext=.pdf. Acesso em: 12 set. 2020.

3.CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal que é o Estado o responsável direto pelos danos causados pelos notários e registradores, há a discussão do impacto dessa decisão na prática, ou seja, a eficácia desse entendimento jurisprudencial.

O primeiro questionamento é em relação à cobrança pela indenização. No caso, pode-se citar como exemplo a existência da possibilidade de Maria (nome fictício) ajuizar uma ação diretamente contra o registrador ou se é necessário que ela deva primeiro acionar o Estado.

O Supremo Tribunal Federal ainda não discutiu expressamente esse tema. No entanto, em se tratando de atos praticados por servidores públicos, vigora, no STF, a teoria da dupla garantia. Sobre essa teoria, entende-se que o terceiro deve apenas pleitear ação contra o Estado (Poder Público). Em caso de condenação, aciona-se o servidor causador do dano (CAVALCANTE, 2020).

Apesar da existência dessa teoria, o STF ainda não a trouxe em fórum de discussão sobre sua aplicabilidade aos titulares das serventias extrajudiciais. Na opinião de Cavalcante (2020) a vítima deve ajuizar ação de indenização contra o notário ou registrador antes mesmo do Estado. Para esse doutrinador, não há de se falar nessa tese, devido ao fato de que os titulares das serventias extrajudiciais não são servidores públicos.

De acordo com o supracitado autor, num esclarecimento sobre essa situação, apresenta-se o quadro abaixo:

Quadro 1 – Ação de indenização proposta por pessoa que sofreu dano em razão de ato de notário ou registrador

Se for proposta contra o Estado:	**Se for proposta contra o tabelião ou registrador:**
Responsabilidade objetiva. Prazo prescricional: 5 anos. Receberá por precatório ou RPV.	Responsabilidade subjetiva Prazo prescricional: 3 anos Receberá por execução comum.

Fonte: Cavalcante (2020).

Outra questão decidida que é importante mencionar é a Ação de Regresso. Nesse ponto, ficou entendido que se o Estado for condenado e pagar a indenização à vítima, ele tem o dever de cobrar de volta do tabelião ou registrador o valor que pagou (STF, 2019).

De outro modo, após o pagamento do valor indenizatório, o Estado deve, obrigatoriamente, pleitear ação de regresso em desfavor daquele causador do dano. Caso contrário, os agentes públicos responsáveis por isso (exs: Governador, Procurador-Geral do

Estado, Secretário de Fazenda, etc.) poderão responder por ato de improbidade administrativa (CAVALCANTE, 2020).

Menciona-se ainda que na ação de regresso, o Estado para ser indenizado tem de comprovar que o tabelião ou registrador atuou de forma dolosa ou culposa. Sendo assim, a responsabilidade civil dos notários e registradores é agora subjetiva.

Corroborando com a decisão tomada, Velasques (2019, p. 02) defende que há vantagens na adoção da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, pois preservaria os direitos do cidadão, "que fica dispensado de demonstrar a culpa, bastando a comprovação do dano, da atuação estatal e do nexo causal para declarar a obrigação do Estado em indenizar".

Para Loureiro (2018, p. 23) esse entendimento evitaria que "o agente público delegado responda com seu patrimônio pessoal por atos praticados no desempenho de suas funções públicas". Nesse mesmo caminho, Sardinha (2019, p. 139) aduz que "seria uma forma de evitar o temor de virem a produzir danos e serem responsabilizados pessoalmente por sua atuação, sem que o interesse público deixe de ser resguardado, considerando que, se houver culpa ou dolo do agente, caberá ação regressiva".

Por fim, com base na decisão já explanada, houve outro efeito, principalmente no campo processual. Pelo julgamento do Recurso Extraordinário n° 842.846 ficou estabelecido que as indenizações são de total responsabilidade do Estado, retirando dos cofres públicos tais valores a serem pagos pela fazenda pública.

O texto constitucional que prevê os pagamentos de compensações pela fazenda pública é feitos através de precatórios que tem seu rito e exigências estabelecidos também na Constituição, mais precisamente em seu artigo 100.

Como já dito, a Fazenda Pública tem a obrigação de pagar essas dívidas, incluindo-as na LOA (Lei Orçamentária Anual) do próximo exercício fiscal. Com isso, é possível fazer o levantamento de todos os valores necessários para arcar com as despesas da administração pública do próximo ano e fazer uma estimativa de gastos e de quanto é preciso arrecadar e economizar na gestão do município, Estado ou do Governo Federal (EPB, 2020).

O caminho para receber um precatório no Brasil é complicado e demanda bastante tempo. Tanto tempo que muitas vezes pode ser até mais longo e desgastante que a própria ação judicial que fez nascer o direito ao crédito.

O Brasil segue com uma fila extensa de precatórios a serem cumpridos, estima-se cerca de 5 a 10 anos para que o pagamento de precatórios seja realizado, tornando a tutela satisfativa demorada.

Ainda que haja um prazo de pagamento pré-determinado no texto constitucional, na prática diversos governos não vêm cumprindo com as suas obrigações financeiras de pagamento. O resultado desse atraso é o surgimento de enormes filas. A título de exemplo, alguns Estados ainda estão pagando os precatórios expedidos no começo da década passada (DUARTE, 2019).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na medida em que essas dívidas judiciais crescem, na mesma proporção cresce as dificuldades dos Governos para quitá-las. Essa situação faz com que o pagamento de precatórios no Brasil se torne um problema de ordem pública.

Diante desse cenário, com a decisão proferida pelo STF traria um acúmulo de precatórios ao Estado, por conta dos erros cometidos pelos notários. Com o aumento de precatório, também traria mais despesas aos orçamentos federais.

Nesse sentido, um ponto negativo dessa nova decisão é justamente no que se refere ao pagamento da indenização à terceiro em caso de erro de notários. Com a responsabilidade do Estado agora é objetiva, cabe a ele o pagamento inicial. Portanto, gerará um aumento nas despesas públicas.

A crítica que esse estudo faz é justamente em relação a esse momento. Uma vez que o erro ocorrido em um cartório é praticado por um notário, por exemplo, a responsabilidade pelo dano causado é primeiramente o Estado. Desse modo, o Estado estaria 'pagando' pelo erro de um terceiro. Isso traria ainda mais despesas aos cofres públicos. Além disso, o prejudicado demoraria anos para poder ser ressarcido, mostrando que essa decisão, nesse ponto específico, não tem o efeito desejado.

Diante disso, esse estudo caminha juntamente com o entendimento firmado pela Corte maior no sentido de que a responsabilidade por danos causados por notários e registrados é objetivamente do Estado. Cabe salientar que não se defende a ideia de que o notário, por exemplo, fuja de sua responsabilidade ao dano, mas que de forma sumária o Estado assuma essa responsabilidade, devendo em ação de regresso penalizar o profissional causador direto do dano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As serventias extrajudiciais são uma alternativa para a efetivação do direito de acesso à justiça. Inúmeras ações e procedimentos migraram da seara judicial para os ofícios notariais e registrais, especialmente quando não houver litígio, como é o caso de separações, divórcios, inventários, alterações de nome, celebração de acordos, mediação, conciliação e uma infinidade de outros atos relevantes. Desse modo é evidente que há uma importância social nessas funções.

A discussão que recaiu esse estudo se deu em relação à responsabilidade civil dos agentes notários e registrados nos danos que causar à terceiros. Com base na Lei nº 13.286/2016 essa responsabilidade recairia objetivamente a esses profissionais.

Contudo, como mostrado nesse estudo, a Corte Suprema reafirmou sua jurisprudência quanto ao tema, ao aplicar a teoria da responsabilidade civil objetiva em relação ao Estado e considerar que os notários e registradores somente responderão se tiverem agido com dolo ou culpa, em ação de regresso.

Essa decisão se mostrou acertada e bastante significativa, pois sana quaisquer dúvidas sobre essa matéria. Assim, fixada a tese, notários e registradores deverão responder por eventuais danos que vierem a causar, no exercício de suas atividades, em ação regressiva,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

considerada compulsória, sob pena de improbidade administrativa do representante judicial do Estado que não propuser a demanda regressiva.

Reafirmando, a decisão tomada pelo STF é válida, porque ao mesmo tempo em que coloca o Estado como responsável pelos danos à terceiros também o faz ao penalizar os notários e registrados, prevendo a ação de regresso. Ou seja, ambas as partes (Estados e servidores) não irão ficar sem serem responsabilizados pelos danos provocados, mantendo assim, o equilíbrio social e jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. **A responsabilidade civil dos notários e registradores sob a égide da Lei 13.286/2016**. Revista de Direito Imobiliário. RDI vol. 81. Jul/Dez, 2016.

BRAGA, Marcelo. **Cartórios: a importância e a evolução histórica**. 2017. Disponível em: https://marceloadvbh.jusbrasil.com.br/artigos/390657528/cartorios-a-importancia-e-a-evolucao-historica. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL, **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL, **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L8935.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.286, de 10 de maio de 2016**. Dispõe sobre a responsabilidade civil de notários e registradores, alterando o art. 22 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13286.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O Estado responde, objetivamente, pelos danos causados por notários e registradores**. Vade Mecum de Jurisprudência – Dizer o Direito. 9ª edição revista, atualizada e ampliada. Ed. Juspodivm, 2020.

DEL GUÉRCIO NETO, Arthur; DEL GUÉRCIO, Lucas Barelli. **O direito notarial e registral em artigos.** 1.ed, São Paulo: YK Editora, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Responsabilidade Civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUARTE, Luiz. O tempo de espera para receber um **precatório. 2019. Disponível em:** https://blog.precatoriosbrasil.com/quanto-tempo-demora-para-receber-um-precatorio/. Acesso em: 23 set. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

EQUIPE PRECATÓRIOS BRASIL (EPB) **O fluxo do precatório: do processo ao pagamento**. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/precatorios/325143/o-fluxo-do-precatorio--do-processo-ao-pagamento. Acesso em: 23 set. 2020.

LIMA, Lucas Almeida de Lopes. **A Atividade Notarial e Registral e sua Natureza Jurídica**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10253. Acesso em: 08 set. 2020.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Manual de Direito Notarial: Da atividade e dos documentos notariais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

PEDROSO, Regina. **Características gerais do sistema notarial e registral**. 2016. Disponível em: https://reginapedroso.jusbrasil.com.br/artigos/121944192/caracteristicas-gerais-do-sistema-notarial-e-registral. Acesso em: 09 set. 2020.

RAMOS, Vanderlei. **Responsabilidade civil no Direito brasileiro: pressupostos e espécies**. 2014. Disponível em: http://www.direitonet.com.b r/artigos/exibir/8754/R esponsabilidade-civil-no-Direito-brasileiro-pressupostos-e-especies. Acesso em: 11 set. 2020.

SARDINHA, Cristiano de Lima Vaz. **Cartórios e Acesso à Justiça**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivum, 2019.

SCHMOLLER, Francielli; FRANZOI, Fabrisia. **A importância da atividade notarial e registral**. 2018. Disponível em: https://www.anoreg.org.br/site/2018/07/04/artigo-a-importancia-da-atividade-notarial-e-registralporfranciellischmollerefabrisiafranzoi/. Acesso em: 13 set.2020.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. **Noções de direito registral e notarial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Plenário reafirma jurisprudência sobre responsabilidade civil do Estado pelas atividades de cartórios**. 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=404603&caixaBusca=N. Acesso em: 12 set. 2020.

VELASQUES, Luciana Oltramari. **Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores: mais uma hipótese de Responsabilidade Civil do Estado**. 2019. Disponível em: https://irirgs.org.br/2019/12/09/artigo-responsabilidade-civil-dos-notarios-e-registradores-mais-uma-hipotese-de-responsabilidade-civil-do-estado-por-luciana-oltramari-velasques/. Acesso em: 13 set. 2020.

VIEIRA, Marcos Garcez. **Serviços notariais**. 2016. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3034/Servicos-notariais. Acesso em: 09 set. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PONTO DE INTERSEÇÃO PRESENTE NO DIREITO FALIMENTAR AO LONGO DA HISTÓRIA

IGOR AUGUSTO JUSTINO FONSECA E SILVA:
Discente do curso de Direito do Centro Universitário do RN – UNI – RN.

MARCELO HENRIQUE DE SOUZA TORRES174

(orientador)

RESUMO: O direito falimentar destaca-se por ser antigo, vindo a se desenvolver nas mais diversas épocas, precisamente, desde o inicio das civilizações. Assim haveria, necessariamente, algum tipo de procedimento que fosse intrinsecamente ligado a tal ramo jurídico, destacando-se que este advém inicialmente de maneira presente no direito romano, possuindo diversas criações legislativas, buscando efetivar o direito do credor, mas não só nesse, porém em diversas civilizações, salientando-se, que havendo sociedade, consequentemente haverá obrigações que consubstanciarão uma sinalagma pura, logo, existindo essa, se implementará o inadimplemento. É típico do homem no seu desenvolvimento comercial, que em algum momento não cumprirá com suas obrigações, tornando-se devedor. É nesse momento que se manifestará a necessidade desse ramo jurídico, pois se busca proteger o credor, proporcionando a satisfação desse. Logo, se o devedor não possuir possibilidade de cumprir com sua obrigação, terá que se buscar algum mecanismo, para se conseguir o adimplemento. Assim, a sociedade possuindo tais problemas cotidianos, desenvolveu legislações e procedimentos judiciais com o escopo de assegurar o cumprimento das obrigações existentes. Logo, independente da época, haverá esses objetivos sociais, e partindo desse contexto histórico que se chega ao procedimento atual, conhecido como recuperação judicial, ansiando uma proteção da atividade empresarial como um todo. Percebeu-se, portanto, uma preocupação, onde não só deve-se proteger o credor, mas também o devedor, e é com base na evolução desse ramo jurídico, que destaca-se que o mesmo possui características marcantes independente de qual seja a época.

Palavras – Chaves: Civilizações, Credor, Devedor, Obrigações, Ramo, Jurídico

ABSTRACT: Bankruptcy law stands out for its age, developing itself in the most diverse times, precisely, since the beginning of civilizations. So, there would be necessarily some kind of procedure that is intrinsically linked to such a legal branch, noting that it comes initially from Roman law, having several legislative creations, seeking to enforce the creditor's right, but not only in this, but in several civilizations, standing out that, if there is society, consequently there will be obligations that will substantiate a pure signal, thus, if this exists, the default will be implemented. It is typical of man in his commercial development, that at some point will not fulfill its obligations, becoming debtor. It is at this moment that the need of this legal branch will manifest itself, because it seeks to protect the creditor, providing his satisfaction. Therefore, if the debtor is unable to fulfill his obligation, some mechanism will have to be found to achieve the performance. So, society, having such recurrent problems, developed laws and judicial procedures to ensure compliance with

174 Marcelo Henrique Souza Torres. Docente do curso de Direito do Centro Universitário do RN – UNI – RN. E-mail: marcelo@marcelotorresadvogados.com

existing obligations. That way, regardless of time, there will be these social goals, and it is from this historical context that the current procedure is formed, known as judicial recovery, yearning for a protection of a whole business activity. Therefore, it was noticed a concern about not only protecting the creditor, but also the debtor, and is based on the evolution of this legal branch that stands out the idea of the timelessness of this institute.

Keywords: Civilizations, Creditor, Debtor, Obligations, Legal Branch

1.INTRODUÇÃO

O ramo do direito falimentar tem sua origem em tempos bastante remotos, pois sempre se houve a necessidade de se garantir que o devedor cumprisse com sua obrigação para com o credor. Nos mais diversos sistemas jurídicos pode-se perceber a presença de tal pensamento, e que de fato era concretizada no âmbito da sociedade, podendo, por exemplo, remeter-se a épocas extremamente antigas, como no código de Hamurabi que em caso de não pagamento pelo devedor, o mesmo teria decretada sua prisão, ou seja o enfoque sempre foi a satisfação do credor.

Contudo, ao passar dos tempos, se percebe diversas legislações que buscam, não só o pagamento, isto é, o cumprimento da obrigação em relação ao credor, mas também uma forma de que esse adimplemento seja feito, contudo respeitando o mínimo necessário, para o devedor conseguir manter sua subsistência.

A recuperação judicial, portanto, é a forma clara e concreta das empresas, efetivarem a quitação de seus débitos, assim como manter-se na ativa, íntegra, com a busca clara de não romper, não falir, pois a mesma, tem variadas importâncias no contexto sócio econômico.

Caso venha a ocorrer tal excruciante acontecimento com a atividade econômica da empresa, diversos efeitos negativos serão implementados na sociedade, como demissões em massa, aumento no desemprego e atingindo diretamente a economia como um todo, pois tudo é intrinsecamente interligado.

É fato, que tais assuntos, possuem uma crucial relevância na sociedade, pois assim como nos é ensinado pelo principio da preservação da empresa de maneira brilhante e objetiva, sem empresa não há trabalho, e quando não se há o mesmo, então a sociedade está a caminho de sua ruina logo, tal nova legislação, trata de assuntos econômicos financeiros**,** mas também obviamente leva em consideração na sua gênese os aspectos sociais.

Assim, pautando-se por tal perspectiva, podemos observar a busca pela mantença da função social da empresa, e por esses diversos acontecimentos, que pode-se vislumbrar a magnitude de tal instituto, que saliente-se, ser categórico observar, que ao longo da história, teve bastante influência norte americana e também do velho continente, nas mais diversas criações legislativas.

A recuperação judicial, adentra no ordenamento brasileiro, a partir de 1850 com a concordata por abandono, desse momento em diante começa-se a presença de tal mecanismo, evoluindo ao longo do tempo, até chegarmos na legislação 11.105/05, que é conhecida como uma legislação falimentar, que altera o ordenamento jurídico, extinguindo o mecanismo supracitado, criando a recuperação judicial e extrajudicial.

Possuindo como enfoque principal, conforme supracitado, a mantença da atividade empresarial, ao passo que realiza o pagamento a seus devedores de maneira objetiva. O presente trabalho possui como relevância social, a análise crua e objetiva de todos os procedimentos legislativos ao decorrer da historia da humanidade de maneira global, que caracterizam o desenvolvimento do direito falimentar, até o que se conhece hoje como recuperação judicial.

Demonstrando os seus efeitos positivos, buscando proteção às atividades econômicas e financeiras realizadas pelas empresas, fazendo um exame minucioso, dos mais variados efeitos sócio econômicos que ocorrerão em cadeia, caso tal atividade venha a não ser protegida.

Como relevância jurídica, a referida pesquisa demonstra com afinco, o ponto comum em toda a história de tal ramo jurídico, conforme a sua evolução, demonstrando todas as suas mais variadas etapas e também pressupostos indispensáveis para se manifestar, buscando, apresentar portanto, o que se acontece de comum, quais as características que se implementam em toda e qualquer construção falimentar ao longo da história.

Diante do exposto, cabe ressaltar o tema de tal artigo, que se apresenta em relação direta com a problemática do mesmo e que encontrará a resposta pela busca de se demonstrar as características marcantes, que se repetem em tal ramo jurídico independente de sua época, ou civilização.

Assim sendo, o anseio é caracterizar tais pontos comuns, na busca de apresentar, que o direito falimentar sempre buscará a efetivação do direito do credor, por meio do judiciário, seja utilizando-se de penas um tanto violentas, ou ainda mantendo os direitos mínimos do devedor.

Portanto, para se chegar a resposta para tal questionamento, utilizou-se de uma pesquisa de cunho analítico, levando-se em consideração os objetivos de tal projeto, na busca de analisar efetivamente os diversos procedimentos judiciais ao longo do tempo.

O método de abordagem utilizado, foi o dedutivo, caracterizando-se por sair de uma premissa maior, que são as legislações ao longo da história que buscavam uma concretização do adimplemento por parte do devedor, para uma premissa menor, mais específica, que busca pela proteção da atividade econômica produtiva, por parte das empresas, outrossim, demonstrando o ponto de interseção no direito falimentar, até os dias atuais.

Destacando-se como métodos de procedimento, o histórico, no que se trata do âmbito do contexto desse, referente as legislações e acontecimentos, que viriam a dar origem a tal instituto da recuperação judicial, assim como o método estatístico, onde ressalta-se os mais diversos fenômenos sociais negativos, que poderiam ocorrer em caso da não proteção à empresa, e por fim é uma pesquisa que se tem como principais técnicas a análise de legislações, e revisões bibliográficas.

2.DA INFLUÊNCIA ROMANA E NAPOLEÔNICA NO DIREITO FALIMENTAR

Desde os tempos antigos o homem viu a necessidade de viver em grupo, e assim foi se organizando, com o decorrer das épocas, formando assim as sociedades, ao passo que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

surgiu essa, houve a gênese do comércio que pautava-se pelas trocas e concomitantemente a este se originam as obrigações. Quem não as cumpria era considerado inadimplente, logo percebeu-se a necessidade de criar dispositivos que evitassem tais situações, ou ainda que proporcionassem uma forma de cumprir tal obrigação, mesmo sendo por meio de alguma sanção.

De acordo com o que nos apresenta, Estevez (2010), era extremamente comum que legislações dessem exórdio a punições, muitas vezes trazendo a possibilidade de agressões até mesmo físicas, por parte do credor em face do devedor.

Na Índia, a legislação pátria conhecida como o código de Manus, trazia essa faculdade, de tornar-se o devedor escravo do credor, em consonância com o código de Hamurabi que asseverava que aquele que não cumpria com sua obrigação, deveria ser vendido como escravo para saldar seu débito, contudo, saliente-se que pelo menos na Índia, não se manifestava sempre de tal forma, o rotineiro, era a prestação de serviços domésticos, conforme Estevez (2010).

No Egito, caracterizava-se, outrossim, tratamentos não humanistas, se admitindo a escravidão do devedor, todavia, ao passar dos tempos, tal entendimento viria a ser extinto, concentrando-se numa execução puramente patrimonial, apesar de tal avanço social, a legislação egípcia ainda possuía um traço cruel em relação ao devedor, pois havia a plena possibilidade, de que em eventual caso de falecimento do devedor sem sanar suas dividas, poderia seu credor tomar seu corpo, como uma forma de se evitar as prestações das honras fúnebres por parte de sua família, assim sendo, era uma maneira de coagir seus parentes a pagar as dívidas do falecido, de acordo com Estevez (2010).

Na grande civilização grega, o seu ordenamento, em caso de não cumprimento das obrigações, haveria a faculdade do credor utilizar-se de três entendimentos, podendo escolher a servidão, venda ou até mesmo, a morte do devedor, como explícita Estevez (2010).

Já em se tratando dos judeus, tinha-se um entendimento na qual o devedor, insolvente, deveria trabalhar por um período médio de tempo, totalizando os 6 (seis) anos, para serem consideradas sanadas suas dívidas, conforme Estevez (2010).

Contudo, como sempre Roma tem extrema influência histórica sobre o direito, e não seria diferente em relação ao direito falimentar, nessa incrível civilização caso houvesse uma situação de inadimplemento do devedor, isso caracterizaria a perda pecuniária a seus credores, conforme Silveira Filho (2011).

O procedimento, caso uma situação dessa viesse a ocorrer, era muito bem explicado pela lei das XII tábuas, pois de acordo com Silveira Filho (2011), a legislação previamente citada, descreve que o inadimplente, deveria realizar uma confissão da divida em face do magistrado. Na qual, viria a ter um eventual prazo para que a mesma viesse a ser cumprida.

Caso isso não viesse a ocorrer, o credor se utilizaria de uma ação muito semelhante a figura atual da execução autônoma de títulos extrajudiciais, conhecida como *manus injectio*, que possuía similitude a situação anterior, onde o devedor também seria levado à presença do juiz, onde haveria a busca por um terceiro para efetuar a quitação de seu débito, não ocorrendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tal situação, o mesmo poderia vir a ser vendido a seu credor por um prazo determinado, com o intuito de se realizar o pagamento de sua dívida como explica Silveira Filho (2011).

Mencionado anteriormente, o não cumprimento do pagamento da dívida, traria a possibilidade de uma punição excruciante, que seria nada mais nada menos do que a morte, conforme elencado no código.

Mas o que deve ser extremamente ressaltado, é uma situação jurídica que constava nesse código, que possui bastante similitude fática em relação ao instituto da recuperação judicial, que se trata do desmembramento do corpo do devedor entre seus credores, que não deve ser interpretada *ipsis litteris*, pois a mesma afirmava o desmembramento no sentido de repartição dos valores auferidos com a venda do devedor, conforme Silveira Filho (2011).

Tal execução corpórea, tem relação direta com o caráter da propriedade coletiva utilizada naquela época na civilização romana, e que tal tipo de execução que envolvia a venda do devedor, veio a ser abolida com base no que atualmente é conhecido como dignidade humana existente no avanço da sociedade, conforme:

> O fundamento da execução corpórea, como forma de sanção ao devedor inadimplente, devia-se ao fato de que o regime de propriedade à época era coletivizado. Com isso, forçava-se à intervenção do grupo ligado ao devedor por laços de parentesco a angariar fundos para pagar as suas dívidas. Em razão dos excessos advindos da aplicação da pena imposta ao devedor inadimplente, foi editada a Lex Poetelia Papíria, de 326 a.C., que aboliu a venda do devedor como escravo, devendo as restrições recair apenas sobre o seu patrimônio. Para Tito Lívio, esta mudança de percepção, capitaneada por altos sentimentos humanitários, representava a "aurora de uma nova liberdade" (SILVEIRA FILHO, p.2, 2011)

A partir desses avanços legislativos, conforme Adauto de Souza e Edson Crochiquia (1999, 50) citados por Silveira Filho(2011, p.3), veio a ocorrer uma quebra sensata com o período romano arcaico, pois esse possuía uma característica peculiar, onde o procedimento processual, prevalecia sobre o que as partes efetivamente queriam.

Conforme o entendimento de Estevez (2010), o procedimento judicial da *manus injectio*, viria a ter seu fim, a partir da gênese da *Lex Poetelia Papiria*, onde passou a se admitir apenas a execução em face do patrimônio do devedor, ou seja, pondo fim a tal entendimento de execução pessoal, outrora utilizado.

Logo, conclui-se que houve um necessário rompimento com o formalismo em demasia existente, vindo a ser implementado um sistema que era conhecido por sua dimensão dupla, dividindo-se em duas fases, na qual a primeira tinha a necessidade do devedor comparecer a presença do magistrado e posteriormente ao jurado. Esse sistema caracterizava-se pela oralidade em uma busca de celeridade, e que chegava ao seu final através de uma sentença.

Deve-se destacar, a presença de inúmeros instrumentos processuais na busca de se chegar ao pagamento das dívidas do devedor. Assim sendo, há um anseio de proporcionar a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

satisfação ao credor, percebendo-se isso pelas diversas ações criadas nesse período romano, tanto para o credor como para o devedor, com um mesmo objetivo . Portanto nesse período que deixara de lado o formalismo, essas vieram com um procedimento específico e diferenciado, como pode se ver adiante:

> É neste período que foi criada a chamada Missio in bona ou Missio in possessionen que consistia numa ação proposta pelo credor em face do devedor, fosse ele comerciante ou não, que tinha a finalidade de tirá-lo da posse de seus bens, transferindo-os a um curator, indicado pelo Magistrado. Este curator, além de possuir a incumbência de administrar estes bens, passados 30 (trinta) dias sem que o devedor saldasse suas dívidas, ele deveria proceder à venda dos mesmos ao melhor ofertante e, com o produto obtido, pagar os credores. Caso fosse de sua preferência, o devedor poderia fazer uso da cessio bonorum, criada pela Lex Julia Bonorum (737 .C.), onde este transferia os seus bens para pessoa do credor que, juntamente com o curator, procedia à venda dos mesmos com posterior rateio do apurado com os demais credores. (SILVEIRA FILHO, 2011, p.4)

Ressalte-se, que de acordo com Silveira Filho (2011), a ação conhecida como *cessio bonorum*, traz influência ainda nos dias atuais no direito falimentar, pois há quem afirme que a mesma foi quem originou o que se conhece hoje como concordata.

Posteriormente, na França, em face das intensas trocas comerciais, veio a se originar o código comercial, popularmente conhecido como código napoleônico tamanha a influência desse, ressalte-se o fato de que nessa época houve um intenso conflito de acordo com Silveira Filho (2011), onde afirmou-se que o intuito de Napoleão em tal código era justamente prejudicar o devedor, na busca de garantir a concretização das obrigações desse em face do credor, ou seja, adotou um entendimento um pouco mais agressivo em relação a quem deve, com o intuito claro de evitar problemas financeiros, todavia, essa é a época áurea do liberalismo, logo, tal legislação veio a ter um relaxamento, e se tornou um modelo a diversas legislações falimentares ao redor do planeta.

3.A ESTRITA LIGAÇÃO ENTRE DIREITO FALIMENTAR E ATIVIDADE EMPRESARIAL

Em se tratando de Brasil, devemos promover uma separação conforme as etapas da história do país. Iniciando por quando ainda era uma mera colônia portuguesa, assim, em tal contexto, toda e qualquer legislação, inclusive a falimentar, advinha das ordenações de Portugal, onde nas ordenações manuelinas, consonante Silveira Filho (2011), havia um instituto bem peculiar que era o concurso de credores, onde em caso do patrimônio que o devedor possuísse não fosse suficiente, deveria então privilegiar o primeiro exequente.

Destaca-se que tal mecanismo judicial, possuía um caráter agressivo, pois havia possibilidade real do devedor vir a ser preso, onde na busca de se proteger de tal prejuízo, o mesmo se utilizava de um procedimento, no qual cedia todos os bens pertencentes ao mesmo, contudo nas ordenações Filipinas, é que, há um mecanismo procedimental muito interessante, que diferenciava o tratamento para a falência culposa e inocente das demais, e essas viriam a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ser percebidas pelo comportamento de quem deve, logo têm-se toda uma sequencia de atos na busca de se proteger o comércio, de acordo com Silveira Filho (2011).

Posterior a fase de Brasil colônia, tem-se a fase de império, logo apesar de haver outras legislações, de acordo com Guimarães (2015), foi em 1850 que se versou a respeito da insolvência pela primeira vez, por meio do Código Comercial, onde aplicava-se até então a legislação Portuguesa, em tal código se teve a criação do instituto da concordata por abandono, por meio do Decreto Nº 917.

Tal instituto inovador dividia-se em duas formas, a primeira era a extrajudicial, a qual nada mais era do que um pacto realizado entre devedor e credores, onde a figura do juiz cabia apenas homologar. A segunda maneira nominada de judicial, onde levava-se ao juiz, para que este decidisse a última palavra. Conclui-se então que houveram tentativas de composição, todavia estas não obtiveram o devido sucesso, assim sendo, obviamente não ocorreu um acordo amigável. Posteriormente a tal legislação, mais precisamente no ano de 1902, cria-se a Lei nº 2024 uma inovadora legislação regularizando as relações comerciais, e que abolia a divisão supracitada, pondo fim a concordata extrajudicial, como reitera Guimarães (2015).

Percebe-se, que as legislações responsáveis em disciplinar as relações comerciais e empresariais no Brasil, enquanto república, foram modificadas diversas vezes, onde para Guimarães (2015), seguiu-se a lógica mutante, na qual a Lei 2024 viria a ser substituída, em decorrência da implementação do Decreto n. 5746, de 09 de dezembro de 1929. Entretanto, o mesmo trouxe modificações sem nenhuma relevância, não obtendo o sucesso esperado, havendo a sua substituição pela lei 7661, de 21 de junho de 1945, onde o instituto da concordata, agora se tornava um procedimento concedido única e exclusivamente pelo Estado.

Destacando-se uma característica marcante de períodos ditatórios, por haver uma centralização típica, que trazia consequências até mesmo no campo jurídico, diante de tais efeitos, colocou-se nas mãos do magistrado um poder excessivo, em contrariedade aos credores, que tiveram suas atribuições completamente diminuídas, como exposto abaixo:

> Em razão disso, é editado o Decreto lei nº 7.661 de 21 de Junho de 1945, elaborado por grandes Juristas como Noé Azevedo, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Silvia Marcondes Machado, Filadelfo Azevedo, Hahnemann Guimarães e Luis Lopes Coelho. Os principais pontos desta lei consistiram em reforçar os poderes do Magistrado, diminuir a influência dos credores e tornar o instituto da concordata, tanto a suspensiva como a preventiva, como um favor dado pelo Estado ao comerciante em delicada situação econômica (SILVEIRA FILHO, 2011, p.10).

Posteriormente, com os efeitos do pós guerra, ocorreram diversas alterações no país. De acordo com Silveira Filho (2011) logo se percebeu a manifestação de um maior dialogo econômico entre as nações, ou seja a globalização, deixando de lado portanto os regimes ditatoriais. É um período em que há uma mudança na economia com a derrocada da inflação, sinônimo portanto de desenvolvimento financeiro, e então o governo conclui que a crucial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

necessidade de uma modernização do Direito Empresarial, para se adequar as alterações existentes, pelo fato do decreto 7661/45 já não corresponder adequadamente ao contexto social presente, vindo portanto o crescente diálogo para se criar uma nova legislação, o que viria a ser manifestar no ano de 2005, através da Lei 11.101/2005.

Para Guimarães (2015) no nosso país até o ano de 2005, a falência no que tange as empresas era regida pelo decreto 7661 surgido em 1945. Nesse os procedimentos de falência e concordata, não necessitavam de nenhuma intervenção do Estado, pois havia portanto, uma quebra com o entendimento reproduzido anteriormente.

Portanto, os procedimentos ocorriam como ações comuns, e a empresa que sofresse um malogro, tinha como resultado a sua ruína, pois toda a sua notoriedade e renome que em regra são edificados por meio de diversos anos seriam perdidos.

É sabido, entretanto, que o tempo passa e diversas são as alterações na sociedade e o direito deve seguir tal transitoriedade social, e o decreto supracitado tornou-se incompatível, assim sendo era de extrema importância criar uma nova legislação que versasse a respeito de tal.

Logo, o legislador observa duas figuras: o empresário e a empresa, analisando a total importância desses para a sociedade, percebendo os transtornos existentes em decorrência de uma possível falência, que atingiria não somente a empresa, mas toda uma gama de fatores da coletividade, como por exemplo corporações arrecadadoras de impostos, salientando-se a total relevância desta, não só na economia no cenário nacional, mas também internacional, fruto de um fenômeno complexo e de contínuo crescimento que é a globalização, conforme entendimento de Guimarães (2015).

Então, tal legislação que viria a ser criada, deveria levar em consideração em sua gênese, todos esses fatores cruciais, nesse novo sistema implantado.

O Estado reconhece a magnitude, a importância das empresas à economia, pelos altíssimos benefícios trazidos por essa a todo o âmbito social, assim sendo, elimina-se o instituto conhecido como concordata, sendo substituído pelo novo sistema que precede a falência nomeado como recuperação judicial, como podemos perceber, ideia muito bem fundamentada por Guimarães:

> No Decreto-lei Nº 7661/1945, os procedimentos de falência e concordata, corriam como ações comuns, sem a necessária intervenção do Estado, a empresa que fracassasse perdia toda a sua reputação que muitas vezes levou anos para adquirir, no novo sistema, o governo reconheceu que as empresas são essenciais para a economia, e que merecem crédito, pois exerce função social, o que contribui para o bem comum. Aboliram-se as concordatas e implantou a recuperação judicial antes da decretação de falência. A atividade empresarial é o exercício da atividade econômica e seu desenvolvimento depende de diversos fatores, entre eles políticos, jurídicos e sociais, e é através desta atividade que ocorre a produção e a circulação de bens e serviços. E, como toda atividade econômica, está sujeita a diversos efeitos que podem contribuir para seu

> crescimento e o exercício normal de suas atividades, mas também a situações adversas que levam a crises econômico-financeira ou até mesmo ao estado de insolvência". (GUIMARÃES, 2015, p.1)

O mundo corporativo é conhecido pelas suas dificuldades, obstáculos, e pela necessidade de um estratagema constante, todavia conforme afirmado por Guimarães (2015), o exercício da atividade empresarial é penoso e para se obter sucesso, deve-se levar em consideração uma série de fatores.

Olha-se para o campo político, social e até mesmo o jurídico, onde todos estes determinarão o caminho que a empresa deverá tomar, percebendo a tamanha complexidade, qualquer um desses fatores poderá levar a empresa a um total prestígio como também o outro lado da moeda que são as crises econômicas ou o pior: a falência e encerramento de suas atividades.

Portanto, conclui-se a tamanha importância do instituto da recuperação judicial na sociedade, pois para Guimarães (2015) esta é uma alternativa para a insolvência, e é consequência de diversos institutos jurídicos que ao passar do tempo desenvolveram-se.

Logo, trata-se de uma estratégia que anseia dar suporte as empresas e empreendimentos, que se encontram em dificuldades financeiras a superarem mais este óbice, se preocupando com a consistência da fonte produtora, concretização pura do princípio da preservação da empresa, manifestando a manutenção de sua função social, garantindo os interesses dos credores, o que pode ser confirmado por Andrade Pereira (2009).

O instituto da recuperação judicial teve como gênese os Estados Unidos, como bem colocado por Guimarães (2015) nele, originava-se o primeiro procedimento de recuperação empresarial, conhecida como Lei de Companhias Ferroviárias, e com tal lei surge dispositivos legais, com a busca para evitar a liquidação da empresa. Através de uma estruturação, pautando-se na reestruturação e composição de débitos.

Posteriormente, tal sistema desenvolveu-se na busca de servir a mais pessoas jurídicas, por meio da lei de falências de 1898, que seria o primeiro ato do congresso norte americano, dando a opção às empresas para proteger-se dos seus credores, ato normativo este que ficou conhecido como Bankruptcy Act, conforme Guimarães (2015).

Com o decorrer dos anos tal instituto adentra a Europa, e o responsável por tal, foi a legislação francesa, pois a França positivou no ordenamento pátrio o instituto conhecido como recuperação de empresas em crise, que nada mais é que uma vertente da recuperação judicial em 1984, através da Lei nº.84/148, que buscava a precaução e composição amigável dos eventuais óbices enfrentados pela empresa, após tal legislação, logo em seguida no ano de 1985 teve gênese a lei de redressemente et liquidation judiciares, como exposto abaixo:

> Em 1967 a França inseriu em seu ordenamento o instituto da Recuperação de Empresas em crise, em 1984 a Lei nº.84/148, reguladora da prevenção e composição amigável das dificuldades da empresa, foi seguida pela Lei de *redressemente et liquidation judiciares*, de 1985, ambas dirigidas ao saneamento e reorganização das empresas em crise. A recente Lei nº. 94-475/94 reforça os meios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> preventivos da insolvência, simplificando os procedimentos e trazendo medidas mais eficazes no sentido de assegurar os direitos dos credores. Hoje, o instituto *redressement* (reerguimento ou recuperação) está inserido no Novo Código Francês do Comércio de 2001. (GUIMARÃES, 2015, p.1)

Conclui-se, conforme Guimarães (2015) de maneira límpida que tais legislações, ansiavam pela reestruturação e recuperação das empresas que estivessem em colapso, posteriormente a essa lei, mais precisamente com uma diferença de 9 anos, cria-se a Lei nº. 94-475/94, com o intuito de robustecer e solidificar, cada vez mais a busca pela prevenção da insolvência, e utilizando-se de um método que trazia uma simplicidade aos procedimentos, assim concretizando estratégias com maior eficácia no sentido de garantir os direitos dos credores.

Também na Europa, mais precisamente na Itália no ano de 1991 tem origem uma legislação com o objetivo de acudir as empresas, Guimarães (2015), consubstancia que nada mais é do que a Lei nº 223, salientando-se a necessidade de afirmar que a mesma realiza um trabalho conjunto com o Decreto Legislativo nº 270, que serve para regimentar a administração extraordinária de empresas de grande porte.

Em Portugal, 1993 era o ano em que era criado o Decreto Lei nº 132 de definir o procedimento judicial de recuperação da empresa e da falência. E por fim na Espanha em 2003, por meio da edição da Lei nº 22, cuja finalidade era sobrepujar as diversas instituições concursais, entre os comerciantes e não comerciantes, realizando ajustes no procedimento de insolvência, instituindo um convênio entre credores e o devedor, de acordo com Guimarães (2015).

Compreende-se, que o legislador, chegou a conclusão, que em períodos de insegurança no mercado financeiro, é necessário que se tenha uma atitude ativa do estado, com o intuito de assegurar que os princípios e requisitos presentes nas legislações, nos procedimentos de Recuperação e Falência das Empresas, como também a execução da sentença.

A legislação busca uma proteção na negociação, preservando os direitos dos credores, reconhecendo que a empresa é a origem de lucro, assim como que só há emprego se houver a primeira, visando a proteção do consumidor final.

No que tange a viabilidade da empresa, essa é a principal finalidade da lei, todos os procedimentos desta, buscam pôr em equilíbrio os interesses das partes, com o intuito de que não ocorra qualquer privilégio ou prejuízo para nenhuma dessas, como dito abaixo:

> O legislador entendeu que em tempos de crise, de insegurança do mercado financeiro, o Estado precisa participar ativamento dos processos de Recuperação e Falência das Empresas, a fim de garantir o cumprimento dos princípios e requisitos legais, bem como a execução da sentença. A nova lei prima pela negociação preserva o interesse dos credores, a empresa como fonte geradora de lucro, o emprego dos trabalhadores, ao mesmo tempo em que visa proteger o consumidor final quando trata da viabilidade da empresa, essa é a

> diretriz da lei, todos os procedimentos abarcados pela nova lei objetiva colocar em patamar de igualde os interesses das partes, afim de que não haja privilégios a uns e prejuízos a outros. (GUIMARÃES, 2015, p.2)

Dessa maneira, a recuperação empresarial, ocorre de duas formas: extrajudicial e judicial, ambas com os mesmos objetivos: que são o de garantir a atividade produtiva e também manter o capital de giro existente na empresa, para que assim, seja possível garantir de maneira plena as dívidas para com os credores, saliente-se que ambas não objetivam adiar ou prorrogar as dividas, e sim, pôr em ordem a parte econômica financeira da empresa, buscando uma forma de liquida-las, de maneira satisfatória, evitando a falência e também o aumento no número de desempregados, com a eventual despensa dos funcionários da empresa que veio a quebrar.

Conforme Guimarães, no artigo 966 do código civil podemos constatar claramente, o sentido do que significa ser empresário quem exerce uma atividade econômica de forma profissional e organizada para circulação de bens ou serviços, com o auxílio do artigo, tira-se o conceito de empresa, e esta é formada por inúmeros interesses, sejam das pessoas que contribuem diretamente com a atividade empresarial, como também, de forma indireta, em relação a sociedade como um todo, concluindo-se que pode ser facilmente influenciada por diversos fatores, seja uma possível instabilidade política ou até mesmo internacional em face da globalização existente, outros fatores naturais como um cataclismo, falhas na infraestrutura.

Por fim, principalmente o mais comum que é a existência de interesses escusos que resultam em uma péssima gestão, tais fatores podem ocasionar facilmente uma crise econômica, e, é em face dessa, que existe a ação de recuperação judicial, objetivando ao devedor, obter para si um tratamento favorável a sua situação de maneira justificável, o intuito realmente é o de cessar tal crise surgida, mantendo o empreendimento que se encontra em risco, e obviamente, com o objetivo de garantir contentamento para com os seus credores, emprego dos funcionários e até mesmo dos consumidores e poder público, como explicitado abaixo:

> A ação de recuperação judicial tem por meta sanear a situação gerada pela crise econômico-financeira da empresa devedora. Nela, o devedor postula um tratamento especial, justificável, para remover a crise econômico-financeira de que padece sua empresa. Seu objeto imediato é a salvação da atividade empresarial em risco e seu objeto imediato é a satisfação, ainda que atípica, dos credores, dos empregados, do Poder Público e, também, dos consumidores. Como dispõe o art. 47da Lei n 11.101/2005 *in verbis* "a recuperação judicial tem como objetivo de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estimulo a atividade econômica". (GUIMARÃES, 2015, p.2)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em continuidade, chega-se a um conceito, extremamente destacado por Guimarães (2015), que manifesta como algo intrinsecamente ligado, tanto ao procedimento da recuperação judicial, como também da atividade empresarial que é a função social da empresa que se demonstra como algo basilar de ambos, que consubstancia, nada mais que a busca pela mantença dessa.

Assim, conclui-se que a lei 11.101, possui clara relação com o princípio da preservação da empresa, que afirma que esta deve possuir condições de se desenvolver para que cumpra sua função social, portanto há total relação com a busca da recuperação judicial de não só satisfazer a divida, para com os credores mas também a manutenção da empresa, afastando a crise e garantindo os empregos, o que pode ser confirmado em Andrade Pereira (2009).

Errôneo é pensar que tal proteção é algo benéfico para a elite, pois de acordo com o pensamento reproduzido por Guimarães (2015), a empresa não é mais uma mera busca por lucros, e sim uma instituição social graças a livre iniciativa agraciada pelo estado, que fortalece o entendimento de que esta garante o desenvolvimento social, assim, caso seja extinta, só tem a trazer consequências desastrosas a coletividade como um todo, eis o por quê de evitar a liquidação da mesma.

Há ainda uma corrente que afirma que a função social é realizar o exercício de sua empresa de maneira hígida sem lesar o interesse coletivo, logo é uma espécie de poder dever, no que tange a exploração e organização, pois tem uma forte característica autônoma, na qual, a referida função, só será cumprida de maneira correta e efetiva quando a empresa cumpre a livre iniciativa, reduzindo as desigualdades sociais, respeitando o meio ambiente e a justiça social, tudo de acordo com os princípios constitucionais, conforme explicado abaixo por Guimarães:

> A conclusão é a de que a função social se restringe a um poder-dever de organizar, explorar e dispor, já que a tutela específica aos que trabalham na empresa e os deveres para com a coletividade em que a sociedade atua estão sublinhados na forma autônoma. Estes interesses surgem como merecedores de uma proteção específica, independente do conteúdo que se atribua à noção função social.(GUIMARÃES, 2015, p.3)

4.RECUPERAÇÃO JUDICIAL A LUZ DA LEI 11.101/05

A Lei nº. 11.101, conhecida como Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, em vigência desde 8 de junho de 2005, modificou incisivamente o procedimento de falência na medida em que o instituto da recuperação judicial ou extrajudicial substitui a antiga concordata já em desuso, assim busca garantir nova estrutura a empresa que enfrente uma crise, para possibilitar o benefício de toda sociedade.

Ressalte-se, que de acordo com Guimarães (2015), na vigência do Decreto-Lei nº. 7.661/45, havia uma característica negativa, que era o elevado e constante número de empresas quebrando, o que altera-se fortemente a partir da vigência da Lei nº. 11.101/05, tanto que em estudos realizados pelo SERASA concluiu-se, que em face da nova legislação

a quantidade de empresas quebrando diminui em uma média de 318 casos para 181, redução clara de 43%.

Em pesquisa realizada, no ano corrente, conforme pesquisa da associação brasileira de jurimetria conjuntamente com a Pontifícia universidade Católica de São Paulo, publicada na revista veja (2019), 58% das empresas que efetuam pedido de proteção da justiça contra os credores, acabam eventualmente encerrando suas atividades, ou seja falindo.

A atual legislação entrou em vigência no segundo semestre de 2005, utilizando-se dos novos institutos que são a recuperação judicial ou extrajudicial, proporcionando-se a reorganização da empresa, que passa por uma grave crise e está em decadência, possibilitando que a mesma mantenha-se produtiva, cumprindo sua função social.

Com base na pesquisa, após a implementação da nova legislação, a quantidade de solicitações de recuperações judiciais, inicialmente não se teve alterações e isso tem relação clara com três fatores que são: uma ativa participação dos credores, ocasionando, um represamento de um possível pedido de recuperação que ali não se faça necessário; o procedimento da recuperação por ter trazido uma total alteração, traz complexidade gerando incerteza; e a possibilidade de acordos extrajudiciais, fez possível reestruturar uma empresa em crise, permitindo sua sobrevivência sem os elevados custos judiciais, como reproduzido em Guimarães (2015).

Todavia, com o passar dos tempos, o instituto vai se enraizando no ordenamento jurídico empresarial, como uma maneira de evitar a liquidação, e por isso, vai se percebendo um claro avanço nos pedidos de recuperação judicial, uma clara concretização do principio da preservação da empresa, logo, fundamental ressaltar, que a nova legislação, vem realizando seu papel que é garantir a preservação da atividade econômica empresarial, como também dos diversos fatores endógenos e exógenos que possuem relação direta com tal, como nos é ensinado em Andrade Pereira (2009).

É obvio que a globalização e o curso da economia atingem diretamente o desenvolvimento empresarial, entretanto, a existência de uma legislação factual, que conjuntamente, com às políticas do mundo corporativo, tem capacidade de garantir o alicerce, que se faz necessário, a uma empresa que enfrente uma situação de decadência, conforme Guimarães (2015).

A legislação falimentar 11.101/15, destaca-se por ter sido alvo de uma ADI, contudo, tendo sua constitucionalidade reforçada pelo STF, tal novel lei, trouxe extremas novidades, pois a mesma substitui a concordata pela recuperação judicial, originando também a modalidade extrajudicial da última.

Esse novo mecanismo judicial, traz efeitos extremamente positivos, pois conforme reportagem da revista Exame (2019), mais precisamente em sua edição de 19 de setembro de 2019, demonstra, claramente que a recuperação judicial, visa a manutenção da atividade empresarial, ao contrario da concordata que pensava apenas nos credores, percebendo-se, portanto, avanço no direito falimentar brasileiro.

Ora, o devedor deve e sempre foi responsabilizado, estas características manifestam-se assim historicamente, desde as mais longínquas épocas, conforme supracitado. Tal lei

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

aplica-se a empresas em crise, e conforme o direito empresarial esta se caracteriza, tomando como base quatro aspectos, que podem ser a retração econômica, significando não haver mais prosperidade nos negócios, o segundo, o lado financeiro da empresa, esta não conseguindo cumprir com seus compromissos, ou ainda o aspecto patrimonial e o lado da confiança da mesma. É algo lógico, que a mesma pode vir a ocorrer, quando há uma falta de controle orçamentário e financeiro, falhas graves na administração, endividamento, investimentos sem expectativa de prosperarem, como explicita Guimarães (2015).

Manifestando-se uma crise, e que seja totalmente inviável a continuidade de suas atividades, haverá duas possibilidades que são a falência ou a recuperação judicial ou extrajudicial, as duas últimas, quando ainda há algum tipo de saída, para o cataclismo financeiro em que se encontra.

Não havendo, deve-se optar pelo primeiro, contudo, necessário ressaltar, que há exceções a lei de falências, pois deixa claro que não haverá possibilidade, dos procedimentos aqui disciplinados, serem implementados em empresa públicas e sociedades de economia mista, instituições financeiras sejam públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores, como reitera Guimarães (2015).

Inicialmente, na legislação, nos é apresentado, que o foco da mesma, difere completamente da anterior, se adaptando, portanto as constantes alterações culturais e sociais, pois fica explícito, que houve uma utilização pelo ordenamento de um novo regime jurídico.

Claramente, se constata avanços na legislação, que possui como alguns objetivos principais, o fomento ao empreendedorismo, buscando retomar a atividade econômica, ansiando desvencilhar-se da crise, como uma forma de garantir empregos e proteger o credor, e por fim preservar e dar estímulos ao mercado creditício.

Havendo efetivamente falência, a mesma buscará de maneira eficaz, a conservação dos patrimônios daquela empresa falida, com o escopo de garantir satisfação aos credores, tanto de forma integral ou não havendo condições, proporcionalmente.

5.A INTERSEÇÃO NA HISTÓRIA DO DIREITO FALIMENTAR

Diante de tais explanações, acerca do contexto histórico e toda evolução do procedimento falimentar como um todo, desde sua gênese no direito romano, passando pela idade média com toda influência germânica existente, indo mais adiante, com a crucial importância, que o código napoleônico inseriu nesse procedimento, e todas as eventuais influências ao redor do planeta.

Percebe-se, que a vida em sociedade tem seus frutos positivos, como também negativos, pois efetivamente trará algum conflito, e os conflitos na antiguidade eram sempre punidos de forma física, e com o direito falimentar não foi diferente, como bem explicitado acima, as punições manifestavam-se de forma muitas vezes cruel, chegando até mesmo a possibilidade de morte conforme Magalhães, Tassigny, Lima (2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Necessário salientar, que o direito falimentar propriamente dito não existia ainda, todavia o que se concretizava nessa época, era o entendimento de que se tinha que garantir o direito do credor, e seguindo a regra para o período, penas excruciantes seriam aplicadas, como uma estratégia de coação, na busca de que se fossem cumpridas as obrigações, como bem explicitado por Magalhães, Tassigny, Lima (2016).

O principal marco do direito falimentar, de acordo com Magalhães, Tassigny, Lima (2016) foi no direito romano, conhecido na época como direito quiritário, como já dito, se utilizava de uma execução corporal, pois, o que se visava atingir era o devedor diretamente e não seu patrimônio, comportamento extremamente agressivo, muito comum em tal período, ressalta-se que não havia codificação escrita ainda.

Posteriormente, chega-se a um período de alterações claras, com a chegada da lei das XII tábuas, e mais a frente com a *Lex Poetelia Papiria*, que pôs fim a execução corporal, substituindo-a pela execução patrimonial, primeiro traço de avanço para um lado mais humanista, conforme Magalhães, Tassigny, Lima (2016).

Conclui-se, que o direito falimentar possui 3 fases, como exposto abaixo:

> A ordem evolutiva do Direito Falimentar, enquanto ferramenta de satisfação de credores, da seguinte forma: 1)satisfação dos credores e punição do devedor por meio da execução corpórea e pessoal;2) posteriormente, execução patrimonial e 3) só na atualidade, a execução passa arespeitar o princípio da preservação da atividade empresarial. Renata Lima (apud Magalhães, Tassigny, Lima, 2016, p.8)

Entende-se que o direito falimentar propriamente dito, veio a se desenvolver na Itália, mais precisamente na era das grandes trocas comerciais, não se esquecendo das cruzadas, que manifestou-se como grande colaboradora da criação e expansão dos mercados, de acordo com Magalhães, Tassigny, Lima (2016).

Podemos concluir, alguns pontos comuns na história desse ramo tão importante do direito, que atualmente gira em torno do procedimento da recuperação judicial, como a forma, pela qual se evitará o rompimento da empresa e consequentemente todo um caos.

Chegando a conclusão de que é um ramo que busca evitar todos os eventuais problemas sociais de cunho grave, como o desemprego, o aumento da violência, fome, e toda uma gama de problemas, que viriam a atingir a sociedade como um todo, e claramente viriam a integrar a estatística brasileira, conforme explicita Guimarães (2015).

Assim, após um estudo analítico, de todo o contexto histórico evolutivo, vemos algumas características que sempre se manifestam independente da época ou da civilização, podendo ser tanto nas longínquas sociedades, seja na Europa ou ainda no Brasil.

Pode-se perceber, que tal ramo jurídico é bastante antigo, e que o mesmo foi evoluindo ao longo das gerações, alternando épocas de brutalidade em suas penas, ora buscando beneficiar apenas o credor, não se preocupando com o devedor, e outras em que tal entendimento se alterava completamente, de acordo com Silveira Filho (2011).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Constata-se tais mudanças, ao se analisar os capítulos supracitados, onde Roma inicialmente, possuía um entendimento mais agressivo em relação ao devedor, possuindo até mesmo a venda deste como escravo, todavia, posteriormente agraciou o mesmo com um mecanismo judicial, tornando mais suportável tal situação, isso é regra geral na história de tal ramo jurídico, conforme Silveira Filho (2011).

Entretanto, há algumas características que se replicam nesse contexto histórico, pode-se citar a busca de se criar sempre legislações, que objetivam conseguir resolver a situação de não cumprimento das obrigações, é fato, que tal comportamento, sempre se faz presente no direito falimentar.

Consubstancia-se, outrossim, que utilizou-se desde sempre, dos mais diversos procedimentos judiciais, que vão em busca de se efetivar o direito do credor, proporcionando chegar a satisfação deste, seja se utilizando de penas brutais, como em Roma, ou ainda se utilizando de uma punição mais leve, apenas na busca de efetivar uma coercitividade, na tentativa clara de se chegar ao adimplemento, como reitera Magalhães, Tassigny, Lima (2016).

Se faz extremamente necessário, salientar que as legislações inicialmente possuíam uma característica extremamente formal, podemos citar como exemplo, duas situações completamente distintas, mas que contudo, possuem uma interseção plena, por exemplo em Roma onde tal formalismo, era colocado acima do direito material, como explica Silveira Filho (2011).

Entretanto, através do desenvolvimento na busca de se efetivar tal direito, aos poucos, se percebe uma mitigação nessa formalidade, dando inicio a períodos em que se busca uma maior celeridade.

Embora seja uma história de mais de mil anos, intercala-se variando de civilização e época, onde muitas vezes esse entendimento primitivo, volta às legislações, não sendo manifestado com um objetivo ruim, e sim a busca de proteção ao credor, para este possuir sua devida restituição patrimonial.

Logo, como se manifestou tal característica em uma civilização bastante antiga, também se constata o mesmo comportamento, a nível de Brasil, onde inicialmente, se utilizava de um formalismo exacerbado, dotado de um procedimento judicial conhecido como concordata, que se caracterizava, por colocar todo o poder nas mãos do estado, sendo um caráter primitivo, colocando a empresa em segundo plano, entendimento que pode ser encontrado em Guimarães (2015).

Porém, este entendimento tornou-se antiquado, na qual atualmente, vislumbra-se o devedor sendo tratado de forma distinta, portanto, é notório, essa transição existente nesse ramo jurídico, independente da época.

É necessário perceber, que estamos falando de milhares de anos separando tais civilizações, mas que possuem características completamente semelhantes, no que diz respeito ao direito falimentar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Outro ponto a se destacar, é que apesar de em sua maioria os procedimentos judiciais manifestarem-se em favor do credor, embora inicialmente se concretizasse única e exclusivamente de tal maneira é possível se observar criações jurídicas, onde a atitude deveria advir única e exclusivamente do devedor.

Destacando que teria uma consequência positiva de tal atitude, como por exemplo a *bonorum cessio*, que era uma conduta do devedor em dissonância, ao que era comumente praticado na época, como abaixo exposto:

> Na época de Augusto, a lex lu/ia iudiciorum privatorum instituiu a cessio bonorum. Esta autorizava o devedor que, sem culpa, se encontrasse em desastrosa situação patrimonial, a se subtrair à execução em sua pessoa mediante a cessão de todos os seus bens ao credor, o qual não adquiria a propriedade mas era tão-somente legitimado a revendê-la e a satisfazer o seu crédito com o resultado. Tal medida evitava a infâmia que decorria da venda do devedor insolvente. (SCHULZ, 1960 *apud* BARRETO, MOTA 2011, p. 281)

Contudo, deve-se salientar que em tal civilização, não houve apenas a criação de tal procedimento jurídico, pois em seu período clássico ocorreu a gênese do que se conhece como *beneficium competentite*, que outrossim, dispensava tratamento diferenciado ao devedor, como infra explicitado:

> No período clássico, surge também o beneficium competentite, pelo qual alguns devedores somente podiam ser condenados, em determinadas circunstâncias, a pagar não a totalidade da dívida mas apenas aquilo que estivesse dentro de suas possibilidades patrimoniais (in id quod focere possunt). (VELASCO, 2003 *apud* BARRETO, MOTA 2011 p. 281).

O mesmo entendimento é concretizado atualmente, onde o procedimento, de tal instrumento processual, é de manifestação de vontade pura do devedor, isto é, a empresa na busca de se chegar ao cumprimento de seus débitos, pondo fim a seu estado de hipossuficiência, chegando portanto ao seu objetivo principal, que é a manutenção de sua atividade econômica.

Portanto, entende-se que há uma similitude fática em tal ramo do direito, que é a busca por se efetivar o direito do credor, isto é, o devedor cumprir com sua obrigação, evitando eventuais problemas sociais, decorrentes de tal comportamento, e para tal utilizou-se sempre dos procedimentos judiciais, seja na Roma antiga, seja na atualidade com a recuperação judicial.

6.CONCLUSÃO

A pesquisa realizada demonstra uma resposta a problemática apresentada inicialmente, porém, faz-se extremamente necessário demonstrar que o processo evolutivo do direito falimentar, remonta a tempos longínquos, mais precisamente na Roma antiga, devendo-se ressaltar que recebeu influências dos mais diversos ordenamentos e civilizações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, percebeu-se, clara repetição de comportamentos no ramo do direito falimentar, caracterizando, portanto, uma interseção nítida, o que foi apresentado por meio do vasto contexto histórico demonstrado ao longo do trabalho.

Destarte, uma vez que sempre existiram relações contratuais, pois isso é algo intrínseco ao desenvolvimento da sociedade e de seu comércio, e em decorrência de tais características, ao passar do tempo encontrou-se uma figura que é presença constante no contexto falimentar, que é o inadimplemento.

Em face deste, as civilizações se viram constrangidas a buscarem por uma ferramenta, com o escopo de que tais obrigações existentes fossem de alguma forma cumpridas, ainda que de maneira forçada.

A forma manifestada com repetição pelas civilizações, foram os procedimentos judiciais, na qual, se alternou em períodos que ora davam totais poderes ao credor, noutros adotavam um comportamento benéfico ao devedor, ansiando por tratá-lo de maneira humana, o que se consubstancia atualmente com a recuperação judicial.

É notório, que durante muito tempo, os devedores passaram por um tratamento extremamente excruciante, típico de ordenamentos jurídicos antigos, na qual batiam de frente com o contexto do direito falimentar atual, pois é óbvio, que a dispensa de um tratamento desse tipo aos devedores não levariam ao adimplemento, e sim buscar mecanismos, alternativas para concretizá-lo.

No Brasil, o ordenamento pátrio passou por alterações ao longo do tempo, contudo, deve-se destacar o ponto positivo deste, que se comporta de maneira solidária em relação ao devedor, a recuperação judicial constata isso, pois é a busca pela mantença da figura empresarial e de sua função social.

Portanto, entende-se perfeitamente, e sem dificuldades, que o ponto de interseção existente no direito falimentar, é exatamente a tentativa de se evitar o inadimplemento, isto é, que as obrigações sejam concretizadas, na ânsia de se evitar a eventual discórdia na sociedade e ainda a insegurança jurídica.

No contexto atual, a tentativa é sempre a mantença da atividade empresarial possuindo ligação com o princípio da preservação da empresa, pois este tem função social, e a sua eventual falência, trará efeitos sociais e econômicos em cadeias devastadoras, assim sendo, traz tratamento benéfico ao devedor.

O método utilizado, analisando-se de forma ampla, sempre foi a produção de normas jurídicas, que trazem um procedimento, que efetivamente resolverá a presente demanda, e que nos dias atuais se manifesta como a recuperação judicial.

Conclui-se, portanto, que o ponto de interseção existente, e falado inúmeras vezes no presente artigo, é a gênese de procedimentos judiciais por meio dos diversos ordenamentos jurídicos ao longo dos tempos, para efetivar as obrigações, e proteger as empresas em geral, gerando assim ao longo dos mais diversos períodos, oportunidades para a preservação de empresa pelo devedor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, sempre se terá a busca de se resolver eventuais conflitos financeiros que venham a ocorrer entre as partes, utilizando-se de mecanismos do judiciário, esse é o verdadeiro ponto de interseção, que é a judicialização, a criação de mecanismos do judiciário com o intuito de pôr fim ao não cumprimento das obrigações, na tentativa de se chegar a satisfação geral dos credores e devedores na ânsia de se atingir o bem comum social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARRETO, Vicente de Paula; MOTA, Mauricio. **Por que estudar filosofia do direito?** aplicações da filosofia do direito nas decisões judiciais. 1. ed. Brasília: Enfam, 2011.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Lei Nº11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm Acesso em 15 de outubro de 2019.

BRASIL. Decreto n. 7.661, de 21 de junho de 1945. **Decreto que promulga a Lei de Falências.** Brasília, DF, jun 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm Acesso em 15 de outubro de 2019.

CASTRO, Adauto de Souza; CROCHIQUIA, Edson. **ABC do Direito Romano**. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1969.

ESTEVEZ, André Fernandes. Das Origens do direito falimentar à lei nº 11.105/05. **Revista jurídica empresarial**, Porto Alegre, v. 3, n. 15, p. 11–50, jul./ago. 2010. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJE%252015> Acesso em 2 Nov.2019.

EXAME. São Paulo: Abril, edição 1193, 18 de setembro 2019.

GUIMARÃES, Yuri da Silva. Recuperação Judicial das Empresas (Lei nº 11.101/05). **Revista Jus Navigandi**, Santos, 2015. Disponível em: <https:jus.com.br/artigos/39930/recuperacao-judicial-das-empresas-lei-n-11-101-05> Acesso em 22 Ago.2019.

MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe ; TASSIGNY, Monica Mota; LIMA, Renata Albuquerque. A evolução do Instituto da Falência: da pena capital à falência transnacional. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, Brasília, v.10, n.1, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/6470/4440> Acesso em 11 Out. 2019.

SILVEIRA FILHO, Mario Megale. Visão histórica – evolutiva do direito recuperacional**.** **Revista Fafibe**, São Paulo, V.4, n. 4. Março. 2011. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revistafafibeonline/?%20pagina=sumario&edição=16> Acesso em 25 Jul. 2019

PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. **Princípios do Direito Falimentar e Recuperacional Brasileiro**. 2009. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http: //www.dominiopublico.gov.br/dowload/teste/arqs/cp098080.pdf&> Acesso em 10 Out. 2019

ROCHA, Angelito Dornelles da. Histórico do Direito Falimentar. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, a. 6, n. 484, out. 2006. Disponível em: <http://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/84-artigos-out-2006/5484-1-historico-do-direito-falimentar> Acesso em 3 Ago.2019

SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. Barcelona: Bosch, 1960.

VELASCO, Ignácio M. Poveda. **A execução do devedor no direito romano**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PROBLEMA DA DEMORA NO TRATAMENTO DO PACIENTE ONCOLÓGICO DO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO A DESPEITO DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL

DÉBORA NAPOLEÃO DE SENA: Advogada. Enfermeira no Hospital Universitário Getúlio Vargas (HUGV). Especialista em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA).

RESUMO: A partir da Constituição de 1988, várias iniciativas jurídico-institucionais criaram condições de viabilização plena do direito à saúde. Para as ações públicas coordenadas, a Carta Magna previu um Sistema Único de Saúde (SUS), que foi regulamentado em 1990, pela Lei Orgânica da Saúde Nº 8.080/90. Mas o acesso total e igualitário à saúde, como determinado no ordenamento jurídico brasileiro, não ocorre, fazendo com que seja necessária a atuação do judiciário em todas as instâncias para efetivação desse direito constitucional. Em vários estados brasileiros inúmeros pacientes com câncer encontram dificuldades para conseguirem iniciar ou prosseguir com o tratamento da doença. Diante da omissão do poder público, muitos cidadãos não veem outra saída a não ser a via judicial. O presente estudo baseia-se em uma pesquisa bibliográfica, com o objetivo de analisar o problema da demora no tratamento do paciente oncológico do sistema de saúde brasileiro a despeito da previsão constitucional. A intervenção do Judiciário é necessária, principalmente, para coibir abusos das autoridades públicas na saúde, devendo atuar no controle da legalidade, verificando se estão sendo aplicados os recursos financeiros de acordo com os percentuais mínimos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Constitucionais. Tratamento do Câncer. Morosidade do SUS.

ABSTRACT: Since the 1988 Constitution, several legal and institutional initiatives have created conditions for the full viability of the right to health. For coordinated public actions, the Magna Carta provided for a Unified Health System (SUS), which was regulated in 1990 by the Organic Health Law No. 8,080/90. However, total, and equal access to health, as determined in the Brazilian legal system, does not occur, making it necessary for the judiciary to act in all instances to affect this constitutional right. In several Brazilian states, many cancer patients find it difficult to start or proceed with the treatment of the disease. Faced with the omission of the government, many citizens see no other way out but the judicial route. The present study is based on a bibliographical research, with the objective of analyzing the problem of delay in the treatment of cancer patients of the Brazilian health system despite the constitutional forecast. The intervention of the Judiciary is necessary, mainly, to curb abuses of public authorities in health, and should act in the control of legality, verifying whether financial resources are being applied according to the minimum constitutional percentages.

KEYWORDS: Constitutional Rights. Cancer Treatment. Lengthy SUS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sumário: 1. Introdução – 2. O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro; 2.1 Princípios e diretrizes gerais do Sistema Único de Saúde (SUS); 2.1.1 Princípios finalísticos do SUS; 3. Câncer: tratamento adequado e suas implicações no SUS; 3.1 Leis especificas voltadas aos pacientes oncológicos; 4. Intervenção do Poder Judiciário; 4.1 A reserva do possível; 5. Conclusão; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, no Art. 196, reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário de ações e serviços público de saúde, organizados e coordenados por um Sistema Único de Saúde (SUS).

A Carta Magna não se limitou apenas a prever a criação de uma estrutura organizacional para garantir o direito à saúde, indicou, ainda, como seria a atuação desse órgão administrativo e os objetivos que deveria perseguir, conferindo o esboço do que seria o SUS. Mesmo com a previsão constitucional, os procedimentos para o adequado funcionamento e atribuições, somente puderam ser concretizados a partir da elaboração das Leis Nº 8.080/90 e Nº 8.142/90.

Passados 32 anos desde a promulgação da Constituição percebe-se que o sistema ainda não atende o usuário a contento. Os objetivos constitucionais são um horizonte a ser alcançado. São evidentes as dificuldades e desigualdades no acesso. Embora o ordenamento jurídico brasileiro reconheça o direito à saúde como garantia constitucional, sendo, portanto, responsabilidade civil do estado brasileiro e do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) prover este direito a todos de forma igualitária, observa-se a expansão da judicialização da saúde. Esse processo é reflexo de um estado que não concretiza o direito à saúde como um direito social, igual para todos e universal e que depende de políticas públicas para ser coletivamente efetivado. Por isso, o paciente oncológico precisa recorrer inúmeras vezes ao Sistema Judiciário para ter acesso ou dar continuidade ao seu tratamento.

Esta pesquisa tem como objetivo geral analisar o problema da demora no tratamento do paciente oncológico do sistema de saúde brasileiro a despeito da previsão constitucional. E como objetivos específicos: a) Construir uma base teórica e filosófica relacionando o Direito à Saúde; b) Traçar um panorama sobre a neoplasia maligna, levando em consideração as legislações pertinentes ao tema; c) Verificar a intervenção do Poder Judiciário para assegurar e resguardar os direitos dos pacientes oncológicos.

Este estudo é resultado de um levantamento bibliográfico realizado em doutrinas jurídicas e textos que tratam da saúde coletiva, em especial, do modelo brasileiro. Foram analisadas normas que regulam o direito à saúde, partindo da Constituição as leis especificas que amparam e garantem assistência integral aos pacientes com neoplasia maligna, dentre as quais, a Lei Nº 12.732/2012.

2 O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A relevância da saúde para o ser humano e a necessidade de sua promoção e proteção pelos Estados fez surgir, no bojo do constitucionalismo do Estado social, a noção de direito à saúde, hoje já acolhido por variados textos constitucional.

Após a segunda guerra mundial, a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS) reflete a preocupação com a garantia da saúde para promover o bem-estar das pessoas, sendo considerada o "primeiro princípio básico para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos" (DALLARI, 2003, p. 44). Caminhando no mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, estabelece que "toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar".

Ainda no âmbito internacional, a saúde veio associada ao direito à vida no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e de forma independente no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966 e ratificados pelo Brasil através dos Decretos Nº 591 e Nº 592, de 06/07/1992.

A Constituição de 1988 foi a primeira a trazer expressa referência ao direito à saúde no Brasil. A disciplina constante do texto atual foi fruto da mobilização do sanitarismo brasileiro, que já havia preparado as premissas da revisão do modelo de saúde pública na VIII Conferência Nacional de Saúde.

A saúde como direito está presente no Art. 6º e do Art. 196 ao Art. 200, todos da Constituição Federal/88. Do ponto de vista formal, é imprescindível destacar que sua previsão, ao lado dos demais direitos sociais, incluiu a saúde dentre os direitos fundamentais, por constar do Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Demais disso, não se tem dúvidas de que a saúde é condição imprescindível para a fruição de uma vida plena e com dignidade. Destarte, vê-se que a tutela do direito à saúde emerge, ainda, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III da Constituição Federal) e do Direito à Vida (Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal). Trata-se, portanto, de direito fundamental em sua acepção material.

Sua previsão expressa, independente da tutela da vida, não foi despropositada e revela mensagem clara da Constituição no sentido de que o direito à saúde está assegurado – podendo, inclusive, ser objeto de defesa perante o judiciário por força do Art. 5º, XXXV da Constituição Federal – ainda que não haja ameaça direta ou iminente à vida de seu titular.

Dada à concepção de saúde defendida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que define como estado de completo bem-estar físico, mental e social, é impossível reduzi-la como direito a simples corolário do direito à vida. Neste sentido, Oliveira (2007, p. 58), bebe na doutrina estrangeira:

> [...] deve ser afastada ilação que sustente que o direito de proteção à saúde seja mero consectário do direito à vida, sendo despiciendo sua inserção no texto constitucional. Com efeito, o desenvolvimento das diferentes acepções do direito à vida consubstanciou avanço em face de uma percepção estritamente biológica, a fim de integrá-lo ao "conceito de qualidade para ter em conta a legitimidade da aspiração ao bem-estar, assim como aos meios que permitam promovê-lo e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> realizá-lo. Nesse contexto, o direito à saúde desprende-se da necessidade elementar de dar ao direito à vida um senso mais geral que o simples fato da existência. A saúde constitui um valor basilar da vida humana, ela deve ser um elemento associado a todos os passos para o reconhecimento e promoção dos direitos fundamentais: por essa única qualidade, ela deve ser objeto de um regime de proteção tão explícito e eficaz quanto aquele atribuído aos valores humanos de primeiro patamar (OLIVEIRA, 2007, p. 58).

Sarlet (2002) afirma que o direito à saúde comunga da dupla fundamentalidade formal e material, sendo imprescindível para a fruição da vida com plenitude e dignidade. Assim, o direito à saúde dispõe de todas as prerrogativas decorrentes do regime jurídico dos direitos fundamentais, podendo ser exercido em face do Estado e de particulares, a partir da normativa constitucional.

Concebido no movimento do constitucionalismo social, o direito à saúde traz consigo a ideia de promoção da igualdade material, assegurando para todos iguais possibilidade de fruição dos direitos fundamentais. Não se desconhece, contudo, a eficácia negativa do direito à saúde, a fim de vedar ingerências que possam causar malefícios à saúde das pessoas. Para Sarlet (2002, p. 8) "o direito à saúde pode ser concebido simultaneamente ao direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e de terceiros na saúde do titular".

A Constituição Federal de 1988, no Art. 196, estabeleceu como prioridade a saúde como "direito de todos", a ser garantido, em primeira mão, pela via das "políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Nada obstante, o caráter de direito fundamental, aliado à cláusula da inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º, XXXV da CR/88), confere a todos (via coletiva) e cada um (via individual), a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário para exigência de prestações materiais.

Para Lima (2008, p. 265) essa aparente "contradição entre a garantia individualizada de ações e serviços na área de saúde e a possibilidade de universalização desta espécie de acesso em caráter igualitário, contrapõe a integralidade e a universalidade".

2.1 PRINCÍPIOS E DIRETRIZES GERAIS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Segundo Teixeira (2011) o Sistema Único de Saúde (SUS) pode ser entendido, como uma política de Estado, resultado da materialização de uma decisão adotada pelo Congresso Nacional, em 1988, na chamada Constituição cidadã, de considerar a Saúde como um "Direito de Cidadania e um dever do Estado".

Nesse sentido, o SUS é um projeto que assume e consagra os princípios da Universalidade, Equidade e Integralidade da atenção à saúde da população brasileira, o que implica conceber como "imagem-objetivo" de um processo de reforma do sistema de saúde "herdado" do período anterior, um "sistema de saúde", capaz de garantir o acesso universal da população a bens e serviços que garantam sua saúde e bem-estar, de forma equitativa e integral. Ademais, se acrescenta aos chamados "princípios finalísticos", que dizem respeito à natureza do sistema que se pretende conformar, os chamados "princípios estratégicos", que

dizem respeito às diretrizes políticas, organizativas e operacionais, que apontam "como" deve vir a ser construído o "sistema" que se quer conformar, institucionalizar. Tais princípios são: a Descentralização, a Regionalização, a Hierarquização e a Participação social.

2.1.1 Princípios finalísticos do SUS

O princípio fundamental que articula o conjunto de leis e normas que constituem a base jurídica da política de saúde e do processo de organização do SUS no Brasil hoje está explicitado no Art. 196 da Constituição Federal (1988), que afirma: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Esse artigo traz, além da ideia central do direito à saúde como direito de cidadania, inerente a todos aqueles que sejam brasileiros, por nascimento ou naturalização, a noção de que cabe ao Estado a responsabilidade por promover a saúde, proteger o cidadão contra os riscos a que ele se expõe e assegurar a assistência em caso de doença ou outro agravo à saúde.

Para Teixeira (2011) o cumprimento dessa responsabilidade política e social assumida pelo Estado implica na formulação e implementação de políticas econômicas e sociais que tenham como finalidade a melhoria das condições de vida e saúde dos diversos grupos da população. Isto inclui a formulação e implementação de políticas voltadas, especificamente, para garantir o acesso dos indivíduos e grupos às ações e serviços de saúde.

Os princípios finalísticos do SUS são: a universalidade, a equidade, a integralidade, a descentralização, a regionalização, a hierarquização e a participação social.

A universalidade é um princípio finalístico, um ideal a ser alcançado, indicando, portanto, uma das características do sistema que se pretende construir e um caminho para sua construção. Para que o SUS venha a ser universal é preciso se desencadear um processo de universalização, isto é, um processo de extensão de cobertura dos serviços, de modo que venham, paulatinamente, a se tornar acessíveis a toda a população. Para isso, é preciso eliminar barreiras jurídicas, econômicas, culturais e sociais que se interpõem entre a população e os serviços.

O princípio da equidade diz respeito à necessidade de se "tratar desigualmente os desiguais" de modo a se alcançar a igualdade de oportunidades de sobrevivência, de desenvolvimento pessoal e social entre os membros de uma dada sociedade. O ponto de partida da noção de equidade é o reconhecimento da desigualdade entre as pessoas e os grupos sociais e o reconhecimento de que muitas dessas desigualdades são injustas e devem ser devem ser superadas. Em saúde, especificamente, as desigualdades sociais se apresentam como desigualdades diante do adoecer e do morrer, reconhecendo-se a possibilidade de redução dessas desigualdades, de modo a garantir condições de vida e saúde mais iguais para todos.

O princípio da integralidade diz respeito ao leque de ações possíveis para a promoção da saúde, prevenção de riscos e agravos e assistência a doentes, implicando a sistematização do conjunto de práticas que vem sendo desenvolvidas para o enfrentamento dos problemas e o atendimento das necessidades de saúde.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O princípio da descentralização da gestão do sistema implica na transferência de poder de decisão sobre a política de saúde do nível federal para os estados e municípios. Esta transferência ocorre a partir da redefinição das funções e responsabilidades de cada nível de governo com relação à condução político administrativa do sistema de saúde em seu respectivo território (nacional, estadual, municipal), com a transferência, concomitante, de recursos financeiros, humanos e materiais para o controle das instâncias governamentais correspondentes.

O princípio da regionalização e da hierarquização dos serviços, dizem respeito à forma de organização dos estabelecimentos (unidades de unidades) entre si e com a população usuárias. A regionalização dos serviços implica a delimitação de uma base territorial para o sistema de saúde, que leva em conta a divisão político-administrativa do país, mas também contempla a delimitação de espaços territoriais específicos para a organização das ações de saúde, subdivisões ou agregações do espaço político-administrativo. A hierarquização dos serviços, por sua vez, diz respeito à possibilidade de organização das unidades segundo grau de complexidade tecnológica dos serviços, isto é, o estabelecimento de uma rede que articula as unidades mais simples às unidades mais complexas, através de um sistema de referência e contrarreferência de usuários e de informações.

3 CÂNCER: TRATAMENTO ADEQUADO E SUAS APLICAÇÕES NO SUS

Atualmente, o câncer é um dos problemas de saúde pública mais complexos que o sistema de saúde brasileiro enfrenta, dada a sua magnitude epidemiológica, social e econômica. Ressalta-se que pelo menos um terço dos casos novos de câncer que ocorre anualmente no mundo poderia ser prevenido.

O câncer é conhecido cientificamente como neoplasia maligna, sendo uma das doenças mais complexas com as quais a ciência médica já se deparou, pois ela se desenvolve em várias partes do corpo, como um tumor prejudicial que muda completamente a vida do ser humano.

Segundo Younes (2001) o câncer deriva de *anomalis* genéticas adquiridas ao longo do desenvolvimento tecidual e ocasionadas por fatores cancerígenos do ambiente-químicos, físicos ou virais. São esses fatores que alteram o código genérico de uma célula normal, levando o DNA a iniciar ciclos de divisão celular descontroladas, com produção contínua de novas cédulas cancerosas; estas, por sua vez, se dividem e produzem outras, num ciclo de proliferação sem fim.

Na concepção de Barbosa (2012), o câncer nada mais é que a multiplicação desordenada de células defeituosas ou áticas, que escapam ao controle do nosso sistema imunológico. Suas causas são variadas, podendo ser externas ou internas ao organismo, estando ambas inter-relacionadas. As causas externas relacionam-se ao meio ambiente e aos hábitos ou costumes próprios de um ambiente social e cultural. As causas internas são, na maioria das vezes, geneticamente pré-determinadas, estando ligadas à capacidade do organismo de se defender das agressões externas. Esses fatores causais podem interagir de várias formas, aumentando a probabilidade de transformações malignas nas células normais.

Os fatores de risco de câncer podem ser encontrados no meio ambiente ou podem ser herdados. A maioria dos casos de câncer, em torno de 80%, está relacionada ao meio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ambiente, no qual encontramos inúmeros fatores de risco. Entende-se por ambiente o meio em geral (água, terra e ar), o ambiente ocupacional (indústrias químicas e afins), o ambiente de consumo (alimentos, medicamentos), o ambiente social e cultural (estilo e hábitos de vida).

As mudanças provocadas no meio ambiente pelo próprio homem, os hábitos e o estilo de vida, adotados pelas pessoas, podem determinar diferentes tipos de câncer. O número de pessoas com o tumor cancerígeno cresce a cada dia no mundo, assim, a Organização Mundial de Saúde (OMS) calcula que o número estimado de novos casos de câncer em todo o mundo chegará a 15 milhões em 2020, ou seja, a doença cresce disparadamente, sem ainda ter indícios de cura para os variados tipos de tumores.

3.1 LEIS ESPECÍFICAS VOLTADAS AOS PACIENTES ONCOLÓGICOS

Os pacientes com neoplasia maligna possuem direitos garantidos no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo protegidos nas garantias da assistência integral, tanto pelo Sistema Único de Saúde (SUS) como pelos planos de assistência médica e os benefícios, a exemplo de: aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, amparo assistencial, levantamento do FGTS, do PIS e do PASEP, isenção de imposto de renda na aposentadoria, isenção de ICMS, IPI, IPVA na compra de veículos adaptados, cirurgia de reconstituição mamária, quitação de financiamento imobiliário, processo judicial prioritário, transporte, hospedagem e alimentação durante tratamento fora do domicílio. Esses direitos vão ao encontro do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Desse modo, o paciente oncológico tem acesso a todos os seus direitos como medicamentos, atendimentos, benefícios e garantias para a manutenção da segurança de sua saúde, na forma curativa e preventiva.

Neste entendimento, diante de uma doença que está se tornando a principal causa de morte da população no mundo todo, o Brasil criou a Lei Nº 12.732/2012, que obriga o Sistema Único de Saúde a iniciar o tratamento de pacientes com câncer em até 60 (sessenta) dias, contatos do dia da descoberta do diagnóstico. A Lei determina que o paciente com câncer deverá receber do SUS, de forma gratuita, todos os tratamentos necessários para combater a doença, conforme assegurado em seu Art. 2º:

> O paciente com neoplasia maligna tem direito de se submeter ao primeiro tratamento no Sistema Único de Saúde (SUS), no prazo de até 60 (sessenta) dias contados a partir do dia em que for firmado o diagnóstico em laudo patológico ou em prazo menor, conforme a necessidade terapêutica do caso registrada em prontuário único.
>
> § 1º Para efeito do cumprimento do prazo estipulado no caput, considerar-se-á efetivamente iniciado o primeiro tratamento da neoplasia maligna, com a realização de terapia cirúrgica ou com o início de radioterapia ou de quimioterapia, conforme a necessidade terapêutica do caso.
>
> § 2º Os pacientes acometidos por manifestações dolorosas consequentes de neoplasia maligna terão tratamento privilegiado e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> gratuito, quanto ao acesso às prescrições e dispensação de analgésicos opiáceos ou correlatos (BRASIL, 2012).

Neste sentido, a Lei Nº 12.732/2012 assegura ao portador de neoplasia maligna rapidez no atendimento. Entretanto, ressalta-se que na prática isso não acontece, obrigando muitas vezes o indivíduo a recorrer ao judiciário para ter seu direito resguardado.

Para Barbosa (2012, p. 365) "o paciente de câncer, pelo profundo sofrimento que encerra a sua doença, além de todos os benefícios enumerados, tem direito não apenas a uma morte digna, mas, sobretudo, direito a uma vida digna". Isso quer dizer que o portador de neoplasia maligna necessita de atendimento urgente, não pode ficar a esperar, desenvolvendo mais rápido a doença, infringindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com a Constituição Federal de 88, o princípio da dignidade da pessoa humana chega ao ápice dentro do ordenamento jurídico, uma vez que é à base de todos os direitos constitucionais. O interesse em proteger os direitos humanos e fundamentais é ainda maior, tomando grandes proporções dentro do mundo jurídico, dando ensejo à criação de vários instrumentos de defesa, como os Pactos Internacionais, assim como a criação da ONU (Organização das Nações Unidas) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a fim de resguardar o ser humano, assim, "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" (Declaração Universal dos Direitos do Homem, Art. I).

Neste entendimento, observa-se que o ser humano está resguardado de direitos, desta forma, o principal objetivo da Lei Nº 12.732/2012 é fazer jus à dignidade do paciente, principalmente, por se tratar de uma doença que destrói toda a estrutura do ser humano.

É dever dos governantes do país garantir assistência ao ser humano, atribuir dignidade aos pacientes que sofrem de doenças graves e principalmente oferecer tratamento rápido e eficaz, assegurando ao sujeito o direito de viver. Neste contexto, Barbosa (2012) argumenta que é de competência dos órgãos federais, estaduais e municipais tomarem providências que facilitem o acesso aos direitos disponíveis ao portador de câncer, que, muitas vezes, se torna mais simples o diagnóstico e o tratamento precoce do que o tratamento da doença em estágio avançado.

O câncer é uma doença rápida, que necessita de diagnóstico emergente. Por isso, não é preciso somente leis vigentes, mas governantes que efetivem esses direitos e reconheçam a necessidade de ampliar o atendimento na rede pública para atender melhor ao paciente com neoplasia maligna.

4. A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Federal de 1988 vem regular os direitos e deveres do Estado perante a saúde, envolvendo todos que têm a responsabilidade de atuar para efetivar os direitos essenciais visando estabelecer assistência, proteção e benefícios à sociedade, conforme expresso no Art. 196 e Art. 197:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
>
> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988).

Diante disso, a constituição traz, juntamente ao legislador, a responsabilidade do Poder Público na obrigação de garantir a prestação de assistência à saúde para toda a população brasileira.

Apesar dos inúmeros direitos assegurados na Constituição Federal, a realidade é completamente diferente do que está escrito no papel. Muitos cidadãos brasileiros se encontram em condições degradantes e desumanas, devido à falha no sistema de saúde pública do Brasil. Diante das políticas públicas de saúde que não abrangem todos os tipos de tratamento e que se tornam cada vez mais omissas aos casos mais urgentes, muitos cidadãos não veem outra saída a não ser a via judicial.

As concessões de medidas liminares, de antecipação de tutela e mandados de segurança para fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde tornam-se cada vez mais polêmicas no meio jurídico. Diante das necessidades crescentes e dos escassos recursos, surge o problema da escolha de quais casos serão atendidos. Quem vai a juízo com uma pretensão, exercendo direito de ação, não busca meramente uma decisão judicial, mas sim um efeito fático-jurídico concreto.

A pretensão relativa a um medicamento ou tratamento não terá seu direito atendido com uma mera declaração judicial acerca de sua existência. Busca-se uma tutela condenatória ou mandamental, isto é, uma tutela marcada pelo sancionamento. O problema maior reside em fazer incidir o sancionamento sobre o Estado.

As limitações orçamentárias são repelidas como justificativa para o indeferimento dos pleitos relativos à saúde pública ao argumento de que prover receitas também representa uma obrigação do Estado. Segundo o Princípio da Reserva do Possível o estado deve assegurar uma reserva orçamentária para garantir as necessidades públicas básicas, não podendo utilizá-la para custear despesas distintas deste ou daquele cidadão.

Ressalta-se que alguns entes federados se utilizam deste argumento em sua defesa para não fornecerem medicamentos de alto custo para uma única pessoa. Para eles, caso forneçam o determinado medicamento, tratamento ou qualquer outra forma de despesa, impedirão que o restante da população tenha acesso aos serviços básicos necessários. Assim, o Judiciário tem filtrado possíveis excessos e concedido apenas os remédios indispensáveis à preservação da vida e à manutenção da qualidade de vida do doente.

A polêmica persiste. Existem correntes doutrinárias que defendem que o Estado não pode fornecer medicamento ou tratamento de custo elevado para determinado paciente, enquanto outros não possuem acesso a tratamentos tão onerosos. São diversas as ações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ajuizadas, todavia algumas tem sucesso outras não. O fragmento abaixo, demonstra uma decisão de Primeira Instância não concedendo de imediato o medicamento:

> SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE UBERLÂNDIA. JUÍZO DA 3ª VARA FEDERAL. AÇÃO ORDINÁRIA. PROCESSO Nº 2009.38.03.006551-6. DECISÃO Nº 143/2009. JUÍZA FEDERAL: LANA LÍGIA GALATI. DECISÃO EM: 07/10/2009.
>
> A saúde é direito social fundamental e dever do Estado, no sistema constitucional brasileiro Arts. 6º e 196 e SS. da CF) refletindo-se sobre a esfera das relações entre particulares, destinatários das normas que asseguram tais direitos e deveres. Nesse sentido, o direito à saúde não pode ser interpretado sob a ótica de direito puramente subjetivo e absoluto. [...].
>
> É certo que não se justifica a negativa da satisfação do direito à saúde com base apenas na teoria da reserva do possível e nos princípios da competência parlamentar em matéria orçamentária, nem o da separação dos poderes, sendo necessário definir o parâmetro do "mínimo existencial" no tocante ao "direito à saúde", no caso concreto. [...].
>
> No caso vertente, em juízo de cognição sumária, verifico a possibilidade terapêutica alternativa para o tratamento da autora [...].
>
> Dessa forma, considerando as conclusões do perito judicial, entendo que os elementos trazidos dos autos, até o presente momento, não se mostram suficientes para o deferimento, por ora, da decisão liminar.

Observa-se na decisão que a magistrada não se baseou no Princípio da Reserva do Possível e tão pouco na redução orçamentária para negar a liminar, mas em circunstâncias técnicas. Em outras palavras, ela simplesmente relativizou o pedido, determinando o fornecimento de outro tratamento indicado pelo perito da justiça, não respeitando o medicamento específico receitado pelo médico do paciente.

Os tribunais de segunda instância também não são unânimes na confirmação do direito ao recebimento dos medicamentos. Entretanto, algumas decisões são favoráveis em reconhecer o direito de acesso integral à saúde pelo cidadão, um direito garantido constitucionalmente e, por consequência, aos medicamentos e tratamentos de alto custo, como mostra o fragmento da decisão do Desembargador Kildare Carvalho:

> MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO À SAÚDE - MOLÉSTIA GRAVE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - DEVER DO ESTADO - SEGURANÇA CONCEDIDA. Dispõe o art.196 da Constituição Federal que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deverá garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco à doença e outros agravos. O fato de o medicamento não fazer parte das especialidades disponíveis pela rotina do SUS não exime o Estado de fornecê-lo ao

> usuário que não dispõe de recursos para custeá-lo e necessita urgentemente do tratamento. Rejeitada a preliminar, concede-se a segurança.
>
> (TJMG – Processo nº 1.0000.09.512642-1/000 – Relator: Des. Kildare Carvalho – Decisão em: 05/08/2010).

No exemplo o Desembargador reconhece o direito ao medicamento. Ainda que o mesmo não estivesse na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), não eximiu o Estado da obrigação de assistência.

No estado do Amazonas, conforme informações do Jornal A crítica, datado de 16 de maio de 2015, a autônoma Edna Botolli, 56 anos, precisou entrar com um pedido de liminar na Justiça para garantir o início do tratamento na Fundação Controle de Oncologia (FCecon). A garantia do tratamento somente foi possível em detrimento da decisão da juíza Rosália Sarmento, da Comarca de Manacapuru, que determinou que o serviço fosse iniciado em até 7 (sete) dias, sob pena de multa diária no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Segundo a autônoma, o atraso no tratamento foi decorrente da falta do medicamento Oxaliplatina, fundamental para os procedimentos terapêuticos.

Ressalta-se que caso, o paciente oncológico não tenha seus direitos resguardados, deve entrar com ação contra os órgãos públicos visando assegurar o cumprimento dos seus direitos em relação ao fornecimento de medicamentos e tratamento adequado.

Apesar de teoricamente não ser o Judiciário a esfera adequada para a solução de conflitos envolvendo a alocação de recursos na área da saúde, os dados mostram que os conflitos judiciais versando sobre o direito à saúde, especialmente sobre o fornecimento de medicamentos, cresceram nos últimos anos.

A intervenção do Judiciário é necessária, principalmente, para coibir abusos das autoridades públicas na saúde, devendo atuar no controle da legalidade, verificando se estão sendo aplicados os recursos financeiros de acordo com os percentuais mínimos constitucionais, se a execução dos serviços está fundada nos princípios do Sistema Único de Saúde e conforme as políticas traçadas pelo Executivo, se as unidades de saúde estão devidamente abastecidas e, se as listas de medicamentos estão sendo revisadas periodicamente.

4.1 A RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.

Lima (2001, p. 3) afirma que “o conceito de reserva do possível é uma construção da doutrina alemã que dispõe, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos”. A teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Entretanto, a interpretação e transposição que se fez de tal teoria,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

especialmente em solo brasileiro, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais a suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa.

Para Barcellos (2011, p. 276), "a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas". A autora divide a reserva do possível em fática e jurídica. A reserva do possível fática estaria ligada à existência de recursos, ao passo que a reserva do possível jurídica diz respeito à previsão orçamentária para a despesa.

Sarlet (2002, p. 30), por sua vez, entende que a reserva do possível teria dimensão tríplice, pois além dos aspectos de reserva do possível fática e jurídica, apresenta um terceiro aspecto, que "envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade". Com isso, insere o aspecto da razoabilidade, ao lado do aspecto econômico da reserva do possível.

Para Ávila (2014), de acordo com a teoria da Reserva do Possível, a efetividade dos direitos fundamentais, em especial os sociais estaria condicionada às possibilidades financeiras dos cofres públicos. Como não há recursos disponíveis para suprir todas as demandas sociais existentes, é necessário eleger as políticas públicas a serem perseguida, tarefa está, a ser realizada pelos órgãos de representação dos cidadãos e não pelo Judiciário.

Contudo, a conotação essencial da Reserva do Possível deve ser compreendida sob a visão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre a pretensão deduzida, qual seja a efetividade dos direitos constitucionais, e as possibilidades financeiras do Estado.

Assim, a Teoria da Reserva do Possível deve ser aplicada a partir dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre a pretensão deduzida, qual seja a efetividade dos direitos constitucionais e as possibilidades financeiras do Estado.

5 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro consagrou a saúde como direito fundamental, do ponto de vista formal ou material. Embora se reconheça o avanço trazido pela Constituição Federal de 1988 no tocante ao direito à saúde, o caminho para a efetivação desse direito é longo, sendo relevante que o debate sobre o conceito da saúde e a abrangência desse direito seja realizado não apenas pelos juristas, mas por toda a sociedade brasileira, buscando-se o aperfeiçoamento das políticas públicas promovidas pelo Sistema Único de Saúde e por maior investimento governamental nesse setor.

A atuação do Judiciário se demonstra essencial na atual conjuntura socioeconômica e política do país, promovendo justiça social e efetivação de direitos previstos na Constituição. Entretanto, este Poder não existe para ser a "válvula de escape" de um país negligente com os direitos básicos do cidadão. Por vezes, têm faltado critérios não nas decisões judiciais que promovem o acesso à saúde, como muitos alegam, e sim na atuação estatal descomprometida com os princípios fundamentais da Constituição da República em especial no tocante a dignidade da pessoa humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As decisões judiciais que versam sobre o direito à saúde constituem um tema que, certamente, ainda ocupará a pauta dos operadores do Direito por longo período, uma vez que envolve o conteúdo e os limites de direito fundamental, bem como o papel do Poder Judiciário na sua efetivação.

O quadro atual da saúde pública no país aponta que o problema ainda está longe de ser resolvido, incumbindo o Poder Público de buscar alternativas, a partir de medidas que visem resultados efetivos, tanto a longo, quanto em curto prazo.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Kellen. A teoria da reserva do possível e as políticas públicas. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, Distrito Federal, 01 de março de 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47214&seo=1>. Acesso em: 03 dez. 2019.

BARBOSA, Antonieta. **Câncer: direito e cidadania**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 02 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 dez. 2019.

_____. **Decreto Nº 591, de 6 de julho de 1992**. Dispõe sobre Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 01 dez. 2019.

_____. **Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992**. Dispõe sobre Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 01 dez. 2019.

_____. **Lei Nº 12.732, de 22 de novembro de 2012**. Dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12732.htm>. Acesso em: 10 dez. 2019.

_____. **Lei Nº 8.080, de 18 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços

correspondentes e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 01 dez. 2019.

_____. **Lei Nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em: 10 dez. 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Direito sanitário e saúde pública. Brasília: Ministério da Saúde**, 2003. v. 1, p. 39-61. (Coletânea de textos).

JORNAL A CRÍTICA. Paciente precisou recorrer ao judiciário para iniciar tratamento contra câncer, em Manaus. Disponível em: <http://acritica.uol.com.br/noticias/Fcecon_0_1357664269.html>. Acesso em: 02 dez. 2019.

JUSTIÇA FEDERAL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DE MINAS GERAIS. **Decisão Nº 143/2009**. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/sjmg/processual/jurisdicao/jurisdicao.htm>. Acesso em: 01 dez. 2019.

LIMA, Flávia. **Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. Considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2177>. Acesso em: 01 dez. 2020.

LIMA, Ricardo. **Direito à saúde e critérios de aplicação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 265-283.

OLIVEIRA, Fábio César. Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário. **Revista dos Tribunais**. Belo Horizonte, v. 96, n. 865, p. 54 - 84, nov. 2007.

OMS, Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)** – 1946. USP. Disponível em: < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html> Acesso em: 18 dez. 2019.

SARLET, Ingo. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 08 dez. 2019.

TEIXEIRA, Carmem. **Os princípios do Sistema Único de Saúde**. In: Conferência Municipal e Estadual de Saúde, Salvador, Bahia. Junho de 2011. Disponível em: < https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encontro_internacional_saude/documentos/textos_referencia/07_principios_sistema_unico_saude.pdf>. Acesso em: 01 dez. de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Espelho do Acordão**. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0699.06.064557-8%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 01 dez. 2019.

YOUNES, Riad Naim. **O Câncer**. São Paulo: Publifolha, 2001.

www.conteudojuridico.com.br

PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA: UMA ANÁLISE A LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

VALDELICE RODRIGUES DIAS: bacharelanda no Curso de Bacharelado em Direito

RESUMO: O Código de Defesa do Consumidor, aprovado em 1990, por meio da Lei 8.078, ainda é desconhecido por muitos cidadãos. Assim, este estudo, com base em pesquisa, por meio de livros, leis e Website, tem o intuito de evidenciar informações que podem contribuir na conscientização do cidadão e na busca pela proteção da coletividade, um importante passo rumo ao equilíbrio nas relações de efetividade do direito adquirido. O artigo traz informações a respeito à publicidade abusivas e enganosas à luz do Código de Defesa do Consumidor, com vistas em leis, autores relacionado ao assunto proposto para desenvolver conceitos e opiniões acerca do tema. Tendo como objetivo informar e orientar o consumidor a respeito da publicidade abusiva e enganosa. Então o presente artigo divide-se nas seguintes etapas: introdução, fundamentação teórica, considerações finais e referencial teórico que foi a fonte da pesquisa para a produção textual desse estudo.

Palavras-chave: Consumidor. Publicidade, Direito. Informação.

ABSTRACT: The Consumer Protection Code, approved in 1990, through Law 8.078, is still unknown to many citizens. Thus, this study, based on research, through books, laws and the WEB, aims to highlight information that can contribute to citizen awareness and the search for the protection of the community, an important step towards the balance in effective relationships acquired right. The article provides information regarding abusive and misleading advertising in the light of the Consumer Protection Code, with a view to laws, authors related to the proposed subject to develop concepts and opinions on the topic. Aiming to inform and guide consumers about abusive and misleading advertising. So this article is divided into the following steps: introduction, theoretical foundation, final considerations and theoretical framework that was the source of the research for the textual production of this study.

Keywords: Consumer. Advertising, Law. Information.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO DE CONSUMIDOR. 3. PUBLICIDADES ABUSIVA E ENGANOSA. 3.1. Publicidade enganosa.

3.2. Publicidade abusiva. 4. O CONSUMIDOR PODE SER PREJUDICADO QUANDO OCORRER A PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA. EXEMPLOS DE PRÁTICAS ABUSIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. 4.1. Venda casada. 4.2. Fingir a falta do produto que o consumidor deseja é induzi-lo adquirir outro. 4.3. Enviar produto sendo que o consumidor não solicitou. 4.4. Não entregar cupom fiscal depois de realizar uma determinada compra. 4.5. Preços diferenciados na compra do mesmo produto. 4.6. Preços e descontos maquiado. 4.7. Difamação. 4.8. Reajuste de preço acima da média. 4.9. Falta de fixação de prazo nas prestações de serviço. 4.10. Cobranças abusivas de dívidas. 4.11. Falta de

atendimento ao Consumidor. 5. AÇÃO QUE PODE SER FEITA PARA AMENIZAR O PREJUÍZO DO CONSUMIDOR VÍTIMA DE PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA NA ÁREA ADMINISTRATIVA, CIVIL E PENAL. 5.1. Administrativa. 5.2. Judicial Cível. 5.3. Judicial criminal. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

Falar em defesa do consumidor para muitos, ainda parece estranho e gera uma certa desconfiança, pois desconhecem seus direitos e, mesmo quando sabem, não o defende.

A Constituição Federal de 1988 concretizou a defesa do consumidor como princípio fundamental da atividade em 10 de setembro de 1990, foi aprovado o Código de Defesa do Consumidor por meio da Lei 8.078.

Esta lei estabeleceu que a publicidade deve informar o consumidor de forma clara. É necessário que o consumidor tenha ciência de que se trata de uma mensagem comercial e de que as informações veiculadas pelos fornecedores devem ser corretas e verdadeiras, permitindo-lhe verificar as qualidades do produto ou serviços anunciados.

As razões motivadoras para a escolha do tema levam em consideração que conhecer e analisar o Direito do consumidor dentro da modalidade de publicidade abusiva e enganosa têm por objetivo defender a parte que normalmente é a mais frágil em uma relação de consumo, ou seja, o consumidor. Considerando, também, que muitas vezes ele não tem conhecimento do seu direito e não sabe como deve agir em situações em que este é desrespeitado.

Leonardo Bessa e Walter José (2014, p.159) destacam que:

> Debates contemporâneos sobre publicidades que ofendem determinados valores sociais, em particular de grupos histórica e socialmente considerados vulneráveis – como mulheres, idosos, negros e crianças – têm sido crescentes. Como a definição de abusividade passa por valores, que são em alguma medida subjetivos, a sua discussão e enquadramento enquanto publicidade abusiva nem sempre é fácil.

Outra motivação é a de ampliar a informação a respeito desse assunto, pois compulsando jornais, revistas, outdoors, televisão, internet e demais meios de comunicação, é de fácil percepção que, além de sobejar a economia, a publicidade tem influência direta sobre o comportamento humano.

Concordando com os citados autores, no cenário atual da sociedade de consumo, compreendê-la e construir alguns conhecimentos acerca do assunto torna-se urgente. Nesse caminho, sabe-se que um dos modos para que a população se defenda da publicidade enganosa ou abusiva é por meio da informação legal e educativa é preciso capacitar as pessoas, orientar e despertar nelas o pensamento crítico reflexivo sobre a relações de consumo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por esses motivos, apresentamos este artigo, com finalidade de informar e orientar o consumidor. Organizamos este artigo para melhor compreensão seguinte forma. Inicialmente, será abordado uma breve explicação do tema, fundamentado na Constituição Federal de 1988 e no Código do Consumidor,

No subtítulo seguinte a ser discutido, serão os conceitos, definições da publicidade, bem como a diferenciação entre a publicidade abusiva e enganosa, fundamentado em Doutrinadores como por exemplo Orides Mezzaroba (2014) e Josué de Oliveira Rios (2001).

O próximo subtítulo a ser explanado será referente as práticas abusivas nas relações de consumo. Finalizado o subtítulo com exemplos das práticas mais comum abusivas na sociedade.

Já no ultimo subtítulo, será tratado as ações que podem ser feitas para amenizar o prejuízo do consumidor vítima de publicidade abusiva e enganosa, seja ela área administrativa, cível e criminal, ressaltando as punições para o causador do prejuízo por praticar essas práticas ilícitas. E concluímos com as considerações finais, onde falamos da importância desse artigo para a sociedade.

2.A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO DE CONSUMIDOR

Ao observar o contexto brasileiro atual, percebe-se que constantemente pessoas são vítimas de publicidade abusiva e enganosa, com o intuito de informar o cidadão referente os seus direitos básicos de consumidor no aspecto de publicidade, apresentamos esse estudo para contribuir e ter esse mecanismo como mais uma forma de informação a população.

Vale ressaltar que, na qualidade de consumidores, muito embora sua defesa seja um direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal e um princípio geral da atividade econômica previsto no artigo 170, inciso V, do mesmo dispositivo legal, estamos todos, diariamente, sujeitos a publicidade enganosa e abusiva, razão pela qual a lei nº 8.078/90, instituiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que veio de encontro a tal tendência ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Assim, considerando essas afirmações, motiva trazer a toma para o conhecimento dos cidadãos, para que em uma situação de fragilidade e desconhecimento, tenham como buscar seus direitos de consumidor, os quais, apesar de sua complexidade, são resguardados legalmente.

3.PUBLICIDADES ABUSIVA E ENGANOSA

A publicidade, da qual pode-se inferir que é uma forma de divulgar um certo produto com a finalidade de motivar o querer pelo serviço divulgado, gerar estilo à marca do precursor, também influencia em mudança no modo de vida. Entretanto, muitas pessoas aproveitam da situação para criar publicidades abusivas e enganosas sendo estas ilícitas, conforme o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A publicidade enganosa acarreta uma deturpação no procedimento que envolve os consumidores, levando ao engano no que se refere aos verdadeiros atributos do produto ou serviço propagado, seja pela desorientação ou mentiras das afirmações veiculadas.

Devemos deixar claro que na publicidade é fundamental a licitude, pois nela tem que haver a comunicação que respeite a integridade moral e física do consumidor. O fornecedor deve respeitar, na publicidade, os valores sociais básicos e, também, impedir mensagem que possa induzir o consumidor a se comportar de modo prejudicial à sua saúde, segurança e/ou economias.

O autor Orides Mezzaroba (2014 p.37) enfatiza muito bem a respeito da publicidade abusiva e enganosa:

> Importante delimitar as distintas esferas em que se enquadra a publicidade enganosa e a abusiva. Ambas são publicidades ilícitas, que violam deveres jurídicos delineados pelo Código de Defesa do Consumidor na realização, produção e divulgação de mensagens publicitárias, passíveis de responsabilização tanto administrativa, como civil e penal.

As formas de publicidade ilícitas serão detalhadas nos próximos tópicos.

3.1. Publicidade enganosa

Podemos observar que constantemente há uma evolução da sociedade e da ciência, os meios de comunicação são cada vez mais rápidos e tornam-se eficientes ferramentas utilizadas para a prestação de serviços e circulação de bens de consumo. Os publicitários não medem esforços para induzir os consumidores a comprar suas ofertas, incentivando o consumismo excessivo. Desse modo, com a finalidade de promover a aquisição do produto na relação fornecedor/consumidor, a publicidade deve ser feita de maneira ética e lícita.

Nesse sentido, para que o consumidor não seja enganado, há um amparo legal que visa proteger as vítimas de publicidade enganosa, que encontra-se definido no parágrafo 1º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, nos seguintes termos:

> § 1º - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Já o parágrafo 3º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, define desta forma “conceitua enganosidade por omissão como aquela que “deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”.

Logo, engano pode ser definido como inexatidão, o elemento que o define será observado no momento que a mensagem mostrar capaz de instigar em erro o destinatário,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sobre a natureza do produto ou serviço. Nesse contexto, pode-se observar que a publicidade enganosa apresenta-se de duas formas: por ação ou omissão. Orides Mezzaroba (2014 p.37) relata que:

> A publicidade enganosa é um exemplo de situação que indiscutivelmente lesa consumidores, até mesmo aqueles que se julgam mais aptos a averiguar todas as características necessárias ao cumprimento dos requisitos que um produto ou serviço deve possuir.

Nesse mesmo pensamento, a contribuição de Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2017) é muito relevante, pois o autor esclarece a publicidade enganosa faz o consumidor pensar que está numa situação, mas de fato está em outra. Ainda, as formas de enganar variam muito, uma vez que nessa área os fornecedores e seus publicitários são muito criativos. Usa-se o impacto visual para iludir, frases de efeito para esconder e afirmações parcialmente verdadeiras para enganar.

3.2. Publicidade abusiva

Caracteriza-se ato abusivo aquele que infringe os valores e princípios como a boa-fé, os bons costumes. Desta feita, pode-se compreender por abuso quando há uma característica de extrapolação do exercício de um direito, quando ultrapassa os limites de normalidade, costume ou bom senso. Essa temática é amparada no § 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor.

> § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

No dispositivo acima, não há uma definição concreta, mas pode-se interpretar por meio desse parágrafo que é abusiva toda publicidade que contrarie o processo apreciativo que ocorre no amparo jurídico do nosso ordenamento, em especial os princípios previstos na Constituição Federal e nas leis complementares em defesa do consumidor.

Dessa forma, a publicidade abusiva é aquela que agride os princípios e valores maiores do ordenamento jurídico que informam e permeiam a nossa sociedade. Veda-se qualquer forma de publicidade que atente contra os valores sociais fundamentais ou que induzam o consumidor a adotar comportamento prejudicial à sua saúde ou segurança.

Nesses fatores, vale ressaltar que na publicidade enganosa ou abusiva, é passível também a aplicação da sanção de contrapropaganda, podendo inclusive existir a cumulação entre essa com a indenização, nos termos do parágrafo único do artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor. Leonardo Bessa e Walter José (2014 p.163) são enfáticos ao definir contrapropaganda:

> Contrapropaganda significa a correção e o esclarecimento da falha da publicidade veiculada ao público (seja uma questão de enganosidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> ou abusividade), normalmente valendo-se de veículos ou meios de comunicação iguais ou mais eficientes que os utilizados para a divulgação da publicidade ilícita.

Então, a publicidade veiculada em desrespeito ao código do consumidor pode ser sancionada administrativamente com multa e imposição de contrapropaganda no qual está amparado pelos incisos I e XII do artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor. A contrapropaganda é uma sanção cabível "quando fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva", nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

Entendemos, também, que a publicidade abusiva é mais complexa para ser identificada, porque o publicitário tem todo o direito de tentar vender seu produto ou seu serviço, todavia ele não pode exagerar, deve fazer sua publicidade com moderação. A lei define alguns exemplos de publicidades abusivas, dentre elas a discriminatória de qualquer natureza, aquela que incentiva a violência ou explore o medo ou a superstição.

A proteção contra a publicidade abusiva e enganosa é um dos direitos básicos do consumidor, sendo obrigatório o cumprimento, "anunciou deve cumprir", mas não é qualquer tipo de anúncio, por exemplo, quando um anunciante diz "o melhor", "o maior" são informações absolutamente subjetivas, visto que o que é melhor para um, pode não ser melhor para outro. No entanto, se a informação for suficientemente precisa, ou seja, se tiver uma informação sobre o objeto ou preço, esta passa ser obrigatória e integra o contrato que vier a ser celebrado. Dessa forma, as informações apresentadas pelo anunciante têm que ser claras, precisas e, principalmente, verdadeiras e, se o fornecedor recusar o cumprimento daquela oferta, o consumidor pode exigir o cumprimento forçado, aceitar outro produto e serviço equivalente ou então pode até pedir a rescisão o contrato.

Nesse sentido, queremos com esse artigo contribuir de alguma forma no direcionamento dos caminhos a serem percorridos e os benefícios a serem alcançados trazendo melhores condições de vida à população por meio das informações.

O autor Josué de Oliveira Rios (2001) refere-se de forma reflexiva sobre o Código de Defesa do Consumidor:

> Só a existência do Código de Defesa do Consumidor não põe fim aos abusos praticados nas relações de consumo, é preciso que o próprio consumidor se conscientize de seus direitos, conheça-os e lute por eles.

Concluímos essa parte refletindo que, em uma sociedade de relações tão conectadas, em que a exclusão social nega a muitos o próprio direito a ter direitos, colocando-os, portanto, à margem do mercado de consumo em que as relações não são travadas de forma paritária, em que carrega consigo a figura do fornecedor o domínio total e exclusivo da informação, da redação do contrato, do conhecimento dos meandros da produção, afora sua situação de prepotência econômica, onde é latente sua supremacia na relação, os doutrinadores e os amparos legais podem ser como bálsamo ao inconformismo e indignação, podem ser a esperança de um antídoto contra as ações ilícitas das publicidades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.O CONSUMIDOR PODE SER PREJUDICADO QUANDO OCORRER A PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA. EXEMPLOS DE PRÁTICAS ABUSIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.

Atualmente percebemos que há constantemente pessoas sendo vítimas de publicidade abusiva e enganosa, é importante deixar claro que o consumidor ao adquirir um produto está celebrando um negócio jurídico com o fornecedor, sendo que a publicidade é a principal clausula do contrato, pois vez que ela é a peça fundamental no convencimento do consumidor em adquirir determinada mercadoria. Por esta razão, o mercado, deve cumprir o anunciado. O não cumprimento do divulgado equivale a quebra de contrato e consequentemente a obrigação de indenizar, conforme podemos verificar no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor

Iremos citar algumas práticas mais comum, para ter conhecimento e poder servir de orientação caso um dia acontecer uma dessas ações. Muitas vezes somos vítimas não percebemos que estamos sendo enganados e nem lesados por falta de conhecimento e informação a respeito, por esses motivos vamos abordar a seguir uns exemplos de como podemos ser enganos e lesados. Essas práticas que abordaremos foram tiradas da pesquisa realizada pelo Website O Globo, na pesquisa realizada foi detectado 33 práticas abusivas, em nosso trabalho iremos abordar onze delas, por ser as mais presente no nosso dia a dia. É importante ressaltar que, esses dados referentes as práticas abusivas em pesquisas feita na WEB, verificamos que podemos encontrar essas informações também no Website do PROCON Cidade São Paulo, O Paraná e Consumidor moderno, os endereços eletrônicos dos mesmos estão nas referências deste artigo, as onze práticas de publicidade abusivas que encontramos em nosso estudo e que também deparamos constantemente no nosso cotidiano são:

4.1. Venda casada

Ocorre quando é obrigado levar uma mercadoria na compra de outra, sem ter vontade de levar o produto que foi imposto, mas se sente obrigado a efetuar a compra. Exemplos para melhor esclarecimento a respeito dessa prática, quando no cinema o consumidor é impedido de levar comida para a sala de exibição, sendo obrigado a comprar os produtos do estabelecimento, neste contexto essa ação é qualificada como prática abusiva e tem como fundamento legal o art. 39º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, venda casada, em outras palavras, venda casada é o fornecimento de um produto acompanhado de outro sem ter a opção de ser vendido sozinho.

4.2. Fingir a falta do produto que o consumidor deseja é induzi-lo adquirir outro

Nesta situação o fornecedor de forma falsa informar que não há no estoque o produto. Assim, ele está conduzindo o consumidor a comprar outro item, agindo de má fé. Isso consiste em uma prática abusiva e ilegal. Enganar sobre a indisponibilidade de um produto, induzindo a obter algo que não é desejado pela pessoa, essa ação é qualificada como prática abusiva conforme o Art. 39º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº8.078/90).

4.3. Enviar produto sendo que o consumidor não solicitou

Só pode enviar um produto se foi solicitado pelo consumidor. Se enviar sem ser solicitado, pode considerar o produto como uma amostra grátis. De acordo o artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor não é obrigado a pagar produtos ou serviços não solicitados.

4.4. Não entregar cupom fiscal depois de realizar uma determinada compra

Há obrigatoriedade de entregar o cupom fiscal na realização de uma negociação de uma venda também na prestação de serviços. O descumprimento torna uma infração de acordo com à Lei Federal 8.137 de 27 de dezembro de 1990, pois a mesma proíbe essa prática, segundo essa, no artigo. 1º, inciso V, o consumidor deve receber a nota fiscal na compra de produtos para garantir seu direito à prevenção de futuros situações de defeitos no produto ou serviço adquirido.

4.5. Preços diferenciados na compra do mesmo produto

Na cobrança de preços diferenciado entre cheque, dinheiro e cartão de crédito, sem avisar o consumidor com antecedência é qualificada como prática abusiva. No artigo 5º - A da lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004 dispõe sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor. Também vale ressaltar que a cobrança mínima de um valor para compras no cartão também é prática abusiva, visto que conduz o cliente a levar outro produto, sendo assim qualificando como outra pratica abusiva chamada como compra de venda casada.

4.6. Preços e descontos maquiado

Neste caso é comum que empresas se aproveitem de promoções e, até mesmo, da famosa Black Friday, para mascarar preços, manipulando o consumidor

Um exemplo de manipulação de preços é a chamada maquiagem de produtos, exemplificando essa prática, um produto que possui vários tamanhos de embalagem, mais o preço é o mesmo para todos os tamanhos. Essa situação passível de reclamação no PROCON e de aplicação de multa por parte do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor.

Assim, em casos de compra de produtos ou pagamento de serviços em que sejam violados os direitos do consumidor e os artigos supracitados, aquele que sofreu o dano pode fazer reclamações ao PROCON ou, em casos mais graves, recorrer à justiça.

Os casos mencionados acima parecem ser simples, muitos consumidores já sofreram ou estão sujeitos a sofrer práticas abusivas, pelo simples fato de desconhecê-las. Previstas no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, elas se caracterizam pela vantagem excessiva do fornecedor em relação ao cliente, seja na prestação de serviço ou no comércio.

Então, após essas explanações de várias práticas abusivas, vamos expor a seguir as ações que o consumidor pode fazer quando for vítima de publicidade abusiva e enganosa, pois nosso objetivo neste artigo é deixar o leitor informado tanto a respeito das conceituações, dos exemplos das práticas abusivas mais comum no nosso dia a dia, para poder identificar e reconhecer tal ações, como também informar a forma que dever proceder caso for vítima das práticas abusivas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.7. Difamação

O consumidor não pode ser difamado pelo fornecedor porque ele exigiu seu direito. Isso corre quando o consumidor vai reclamar os seus direitos dentro da lei e o fornecedor repassa alguma informação do consumidor fala mal ou divulga a ocorrido em redes sociais.

4.8. Reajuste de preço acima da média

É prática abusiva o reajuste de preços diferente do que é legal ou estabelecido no contrato. Desta forma o fornecedor e o consumidor são obrigados a cumprir os reajustes, desde que sejam legais.

4.9. Falta de fixação de prazo nas prestações de serviço

O prestador se serviço não pode deixar de estipular um prazo para o cumprimento da sua obrigação ou deixar essa delimitação do prazo a sua vontade própria. “Isso deve ser combinado entre as duas partes e deve ser oferecido e cumprido. O prestador de serviço deve informar por escrito o prazo para execução do serviço ou entrega do produto.

4.10. Cobranças abusivas de dívidas

O fornecedor não pode utilizar-se da fraqueza ou da ignorância do consumidor como vantagem para fazer cobranças. Ele também não pode utilizar-se da sua idade, saúde, conhecimento ou posição social na contratação de um produto ou serviço.

4.11. Falta de atendimento ao Consumidor

Não sendo atendidos os procedimentos previstos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor em relação aos serviços e produtos, e os vícios não sendo sanados, cabe ao consumidor o direito de ser indenizado com a competente ação judicial de perdas e danos, em razão da publicidade enganosa e abusiva a qual o produto ou serviço estiver relacionado.

5.AÇÃO QUE PODE SER FEITA PARA AMENIZAR O PREJUÍZO DO CONSUMIDOR VÍTIMA DE PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA NA ÁREA ADMINISTRATIVA, CIVIL E PENAL

Como já exposto anteriores, podemos reafirmar que foi colocado de forma clara e precisa os conceitos e definições de Publicidade abusiva e enganosa, também apresentamos várias situações do dia a dia para exemplificar e identificar quando ocorrer uma pratica abusiva e enganosa no nosso meio.

Então agora vamos apresentar os procedimentos que podem ser realizados pela pessoa que sofrer atos ilícito de publicidade abusiva e enganosa, esses atos poderão ocorrer nas áreas Administrativa e Judicial, pois a prática da publicidade enganosa e abusiva, é proibida e resultar ao causador do dano um ilícito civil no dever de indenizar, também pode causar a configuração de um ilícito penal resultando ao causador do dano a responsabilidade penal pelo ato praticado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Desta forma não restam dúvidas de que os fornecedores de produto e serviços devem submeter-se às regras estabelecidas no ordenamento jurídico para o exercício de sua atividade econômica, inclusive quanto à publicidade produzida. Caso não o façam, estarão sujeitas as penalidades no âmbito civil, administrativa e penal. Neste contexto a seguir explicação detalhada de cada uma dessas áreas.

5.1. Administrativa

Referente a área administrativa o trâmite se dá com a apresentação pelo consumidor de uma reclamação por escrito aos Órgãos de Proteção e Defesa do Consumidor, conhecido em cada Estado da Federação como PROCON, o qual é um órgão administrativo que oferece aos consumidores a oportunidade de resolver os seus conflitos quando há lesão em seus direitos como consumidores. Sendo que cada um possui o seu procedimento quanto ao trâmite das reclamações. Poderá ser ofertada uma denúncia administrativa contra o fornecedor, contra quem foi o responsável pelo dano sofrido ao consumidor. O procedimento neste caso e feito por meio da realização de uma audiência de conciliação na tentativa de resolver o caso que causou a reparação do dano.

5.2. Judicial Cível

Na á área Cível o consumidor o caso e buscar a tutela jurisdicional ao seu direito de reparação do dano que foi a ele causado, ao Poder Judiciário. Dependendo da matéria em relação ao assunto a que o consumidor está pleiteando judicialmente, o caso pode ser da competência dos Juizados Especiais Cíveis desde que observados os critérios definidos e que se enquadra na Lei 9.099/95.

Quanto à responsabilidade civil, dispõe o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor 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.

No artigo 35, I da mesma Lei, estabelece que se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade.

Vale ressaltar que no artigo 986 do Código Civil preceitua que “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. ” e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Lei 8.078/1990 - em seus artigos 18 a 20 especifica a responsabilidade sobre os produtos e serviços pelo fornecedor, o qual responde solidariamente pelos vícios causados ao consumidor quando ocorrer alguma lesão e violação nas relações de consumo.

5.3. Judicial criminal

Já na área criminal deverá estar caracterizado a prova da materialidade, os indícios de autoria, e o nexo causal, em relação ao causador do dano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Desta forma o consumidor que vier a ser lesado em razão das ocorrências previstas nos artigos 66 a 69 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, caberá levar o caso ao conhecimento da autoridade policial, relatando a ocorrência na Delegacia de Polícia, para que sejam apurados os fatos, as evidências das práticas delituosas, lavrando o respectivo termo circunstanciado em razão de que as condutas tipificadas nos artigos 66 a 69 Código de Proteção e Defesa do Consumidor, assim após a elucidação dos fatos pela autoridade policial o caso é remetido ao Juizado Especial Criminal que é o Juízo Criminal competente para julgar a prática dos crimes que estão relacionados a publicidade enganosa e abusiva que estão previstos nos 66 a 69 Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

No âmbito penal, transcrevem-se os seguintes artigos do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.
>
> § 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.
>
> § 2º Se o crime é culposo; Pena Detenção de um a seis meses ou multa.
>
> Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.
>
> Parágrafo único. (Vetado).
>
> Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança: Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa:
>
> Parágrafo único. (Vetado).
>
> Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Ao analisarmos estes artigos 66 a 69 Código de Proteção e Defesa do Consumidor, transcrevido acima, observa que a aplicação da pena pela prática da publicidade enganosa ou abusiva varia de acordo com a tipicidade penal em razão da prática da atividade ilícita.

Desta forma estando evidenciada a prova da materialidade, os indícios de autoria em relação a prática da publicidade enganosa e abusiva, por alguma afirmação falsa ou enganosa, omitindo informação relevante sobre o produto ou serviço, induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde, será imputado ao causador do dano o respectivo ilícito penal pela conduta praticada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste contexto finalizamos dizendo que para evitar o risco de processos judiciais e ou condenações similares às descritas acima, as empresas devem precaver-se no momento de realização de suas campanhas publicitárias e material de comercialização de seus produtos e/ou serviços, certificando-se de que as promessas realizadas são verdadeiras.

6.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após essas análises dentro do tema proposto, inferimos que a publicidade enganosa é de caráter falso, até mesmo por modo de omissão, é a falta de um dado essencial na compra de um produto e que esse mesmo dado, seja determinante na decisão de compra pelo consumidor.

Também podemos dizer que o presente estudo contribuir com o cidadão por meio de ser mais um mecanismo de informação para que comece a perceber que o exercício de seus direitos de consumidor causa transformações não só nas suas próprias vidas como também na sociedade em geral. Isto posto, a partir do momento em que o consumidor verifica se os preços e qualidade ofertada na prática estão de acordo com o que foi divulgado, confere data de fabricação e validade do produto, exige e guarda notas fiscais e certificados de garantia, reclama e reivindica, estará buscando uma melhor qualidade de vida para si e, consequentemente, para os outros.

Neste sentido as informações ao chegar no consumidor têm que ser claras e precisas na publicidade, o consumidor deve ter garantida a sua liberdade de escolha do que irá consumir. Nesse caminho, por meio de informar-se sobre seus direitos, não será exposto à publicidade enganosa, saberá se defender e a seus direitos, evitando adquirir bens ou serviços com falta de qualidade ou atributos falsos. O autor Orides Mezzaroba, (2014.p.91) argumenta o seguinte:

> Como grande prova de exercício da cidadania, qualquer consumidor pode fazer parte das esferas de punição contra as publicidades enganosas e abusivas, pois tem o direito de denunciar quando sentir que está sendo ofendido ou enganado.

Com essas palavras, concluímos motivados que o Direito do consumidor é o direito de igualdade social, o direito básico da pessoa humana. Não é apenas o direito do mais poderoso. É o direito de todos os cidadãos, do mais rico até aquela pessoa mais humilde, que luta diariamente para sua sobrevivência. Enfim, almejamos que esse estudo venha a se tornar um mecanismo do verdadeiro exercício da cidadania em informação verídica, orientando o cidadão o que pode e deve fazer em caso de publicidade abusiva e enganosa que o desrespeite em seus direitos.

7.REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil. 4ª Edição. Barra Funda, SP. Editora Saraiva. 2008.

BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor** (1990). Código de proteção e defesa do consumidor e legislação correlata. – 5. ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 106 p.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Código de defesa do consumidor e normas correlatas. – 2. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 132 p.

Consumidor Moderno. **10 práticas abusivas mais comuns nas relações de consumo**, Disponível em - https://www.consumidormoderno.com.br/2016/06/08/10-praticas-abusivas-mais-comuns-nas-relacoes-de-consumo/ Acesso em 06 de outubro de 2020

Direito do consumidor Coleção Conpedi/Unicuritiba. Organizadores: Orides Mezzaroba / Raymundo uliano Rego Feitosa / Vladmir Oliveira da Silveira / Viviane Coêlho Séllos-Knoerr. Coordenadores: Everton das Neves Gonçalves / Frederico da Costa Carvalho Neto / Viviane Coêlho Séllos-Knoerr. Título independente - Curitiba - PR.: vol.8 - 1ª ed. Clássica Editora, 2014. 531p.

Manual de direito do consumidor / Leonardo Rosco e Bessa e Walter José Faiad de Moura; coordenação de Juliana Pereira da Silva. -- 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. 290 p

Nunes, Rizzatto **Curso de direito do consumidor** / Rizzatto Nunes. – 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

O Globo. **33 práticas abusivas mais comuns no Brasil**. Disponível em - https://oglobo.globo.com/economia/as-33-praticas-abusivas-mais-comuns-no-brasil-3116330Acesso em 14 de outubro de 2020.

O Paraná, **Práticas abusivas? Saiba quais são as 10 mais comuns**. https://oparana.com.br/noticia/praticas-abusivas-saiba-quais-sao-as-10-mais-comuns/Acesso em 23 de outubro de 2020

Procon Paulistano. **5 práticas abusivas mais comuns nas relações de consumo**, Disponível em - http://www.proconpaulistano.prefeitura.sp.gov.br/noticias/5-praticas-abusivas-mais-comuns-nas-relacoes-de-consumo-10 Acesso em 20 de outubro de 2020

PRODANOV, Cleber, Cristiano.; FREITAS, Ernani Cesar. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho– 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RIOS, Josué de Oliveira. **Código de Defesa do Consumidor comentado**. São Paulo: Globo, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 994 de 26/12/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454