BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 958

(Ano XII)

(16/05/2020)

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

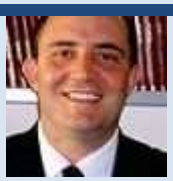
Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Abuso de autoridade na obtenção ou uso de prova ilícita
Eduardo Luiz Santos Cabette, 05.

ARTIGOS

Dano moral e o quantum debeatur
Letícia Rodrigues Cardoso, 22.

A inconstitucionalidade da restrição da doação de sangue por homossexuais
Ana Gabrielle Gomes Abreu, 45.

Imunidades tributárias
Lucas Miguel Leite, 71.

O julgamento colegiado virtual sob a ótica dos princípios processuais constitucionais
Maria Clara Tavares Santana, 86.

O direito humano à informação e o ato de improbidade administrativa em tempos de Coronavírus
Acacia Regina Soares de Sa, 100.

A sucessão legítima na multiparentalidade: alcance e limites de incidência
Isabela Borges Siqueira, 107.

O direito da convivência familiar e de visitas em relação aos avós para crianças e adolescentes
Paula Carina Ferreira da Silva, 128.

Método APAC: uma alternativa para a execução penal no Brasil
Ana Carolynne Santos Rodrigues, 145.

Diálogos emancipatórios: a obra Vox (2018) de Christina Dalcher e a participação da mulher teresinense na política
Montgomery Lira do Nascimento, 163.

A estruturação da autoridade nacional de proteção de dados: desafios para a efetividade da LGPD
José Jerônimo Nogueira de Lima, 186.

A problemática da requisição judicial no âmbito de medidas cautelares penais para oitivas de testemunhas/informantes e até mesmo interrogatórios: ausência de lastro legal . Possível violação ao sistema acusatório próprio ou puro trazido pelo pacote anticrime (Lei Federal nº 13.964/2019)
Joaquim Leitão Júnior, 219.

Negativa de autoria no tribunal do júri
Osny Brito Da Costa Junior, 228.

O contexto da mutabilidade da prisão de segunda instância e a (in) constitucionalidade do efeito da decisão do Tribunal do Júri fundada na nova redação do art. 492, CPP alterado pela Lei 13.964/19
Anna Martha Lima de Araújo, 233.

O art. 10 do novo CPC: vedação de decisão surpresa no âmbito do processo civil brasileiro
Leonardo Corrêa dos Santos, 256.

A reserva do domínio e sua efetividade no contrato de compra e venda
Carolina Zandonai, 274.

O inquérito policial como primeiro instrumento da persecução penal
Caroline Torres, 296.

A flexibilização na legislação trabalhista diante do princípio da proteção ao Direito do Trabalho
Wesley Lucena de Oliveira, 318.

Tributação em tempos de pandemia: perspectivas acerca da criação de um imposto sobre grandes fortunas como meio de combate ao coronavírus no Brasil
Marcela Martins de Oliveira Nóbrega, 336.

O papel do perito na elaboração do laudo pericial e na sustentação da prova
Cleber Ferreira Joia, 350.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A (in)eficiência do regime semiaberto
Michelle Souza da Silva, 365.

A Revolução dos Bichos: a linguagem, "justiça", a positivação das leis e o papel do direito em um Estado Democrático
Victoria Luana Lira Araujo Amorim Santos, 378.

A responsabilidade do Poder Judiciário pela inscrição do executado no cadastro de inadimplentes.
Leonardo Toscano de Brito, 402.

O fenômeno da pejotização nas relações de emprego
Leonardo Ribeiro da Silva, 411.

Direito Penal em tempo de pandemia
Marco Tulio Rodrigues Lopes, 424.

O prazo prescricional para as execuções de multas baseadas em acórdãos do TCU.
Leonardo Toscano de Brito, 431.

Crimes cibernéticos: tipificação e legislação brasileira
Fernando Henrique Menezes da Silva Braida, 448.

A teoria da imprevisão e sua inaplicação nos contratos de locação residencial em virtude dos efeitos da pandemia da covid-19
Leonardo Ribeiro da Silva, 462.

Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei frente ao caráter da jurisprudência como fonte ideológica de revelação
Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana, 472.

A responsabilidade civil dos pais nos crimes cometidos por menor infrator
Leonardo Arouca Ikeda, 490.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ABUSO DE AUTORIDADE NA OBTENÇÃO OU USO DE PROVA ILÍCITA

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.

O tipo penal do artigo 25 da Lei 13.869/19 [1] incrimina a produção de prova ilícita, dando concretude à vedação constitucional e legal referente ao tema nos termos do artigo 5º., LVI, CF, artigo 157, CPP, artigo 369, CPC e artigo 30 da Lei 9.764/99. Portanto são bens jurídicos tutelados o regular funcionamento da Administração Pública, mais especificamente da Administração da Justiça, especialmente sob o ângulo da legalidade. Também se pode vislumbrar a tutela do Devido Processo Legal.

A incriminação da "obtenção" de prova segue a regra constitucional e legal que determina que não é a prova em si inquinada de ilegalidade, mas sim o meio pelo qual é colhida que pode ser ilegal. Uma confissão não é em si ilegal, mas pode vir a sê-lo se foi obtida por meio de tortura, por exemplo.

Para que o crime de abuso esteja configurado não pode haver dúvida quanto à ilicitude do meio de obtenção de prova. Isso porque o legislador determinou que para a tipificação esse meio deve ser "manifestamente ilícito". Assim sendo, no caso de obtenção de provas por meios em que há discussão doutrinária e/ou jurisprudencial quanto à licitude ou ilicitude não haverá crime, mesmo que a prova posteriormente seja considerada como ilícita. Há dúvidas, por exemplo, se a simples obtenção de dados cadastrais em empresas de telefonia pode ser feita diretamente pelo Delegado de Polícia ou pelo Ministério Público, não sendo caso de reserva de jurisdição, tal como a intercepção telefônica. Digamos que uma dessas autoridades mencionadas obtenha esses dados independentemente de ordem judicial e tal conduta seja questionada em juízo. Seja a prova considerada lícita ou ilícita no processo, não haverá crime, pois há dissidência a respeito da questão e não um entendimento de que seria "manifestamente ilegal". Outro exemplo corriqueiro seria o de uma busca pessoal e a avaliação subjetiva da existência de "fundada suspeita". Não é possível, diante de uma expressão tão aberta afirmar que a prova obtida é "manifestamente ilegal", ainda que em análise ulterior assim entenda o Judiciário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Isso salvo em casos evidentes de perseguição, nos quais fique comprovada a atuação caprichosa do policial e claro abuso. Não há previsão de conduta culposa e nem mesmo pode ser concebido o caso de "dolo eventual", tendo em vista que a obtenção da prova deverá ser "manifestamente ilícita". Não se pode olvidar o disposto no artigo 1º., § 2º., da Lei 13.869/19, que afasta a configuração de qualquer crime de abuso de autoridade quando ocorre divergência na interpretação e lei ou na avaliação de fatos e provas, impedindo a existência do chamado "crime de hermenêutica".

Efetivamente somente poderia ser considerado como crime de abuso de autoridade essa situação de obtenção de prova por meio "manifestamente ilegal", tendo em vista a necessidade de presença do dolo específico comum a todos os crimes da lei em estudo, previsto em seu artigo 1º., § 1º.

Quando a lei menciona procedimentos de investigação ou fiscalização, deve-se entender que abrange tanto apurações criminais como administrativas (v.g. atuação do fisco, fiscalizações administrativas ambientais etc.).

A utilização somente da referência à investigação certamente gerará polêmica sobre a abrangência da produção ilícita de prova durante a fase processual ou somente na fase investigativa precedente. Uma aplicação rígida da legalidade levará alguns à conclusão de que o tipo penal somente se refere à prova obtida na fase de investigação (v.g. Inquérito Policial, Procedimento Investigatório Criminal do MP). Como já nos manifestamos em outras ocasiões neste trabalho, nosso entendimento é o de que o termo "investigação" é abrangente e amplo, não sendo viável limitar seu alcance somente à fase pré – processual. Seria rematado absurdo haver crime quando um Investigador, um Escrivão ou um Delegado de Polícia produzissem provas ilícitas e o mesmo não ocorresse com o Juiz na fase processual. O mesmo se pode dizer do Promotor. Estaria sob o risco de responsabilização somente enquanto procedesse ao chamado PIC. No seguimento, em sua atuação na fase processual, estaria fora do alcance da lei. Parece evidente que a lei usou a palavra "investigação" em um sentido amplo, já que o processo, como reprodução histórica dos fatos em apuração, não deixa de ser uma atividade também investigativa e apuratória. Outro sinal dessa amplitude da palavra "investigação" é o fato de que o tipo penal se refere à obtenção de "prova". Ora, a prova propriamente dita é produzida no processo sob o crivo do contraditório e ampla defesa e só excepcionalmente na fase pré – processual. A interpretação ampliativa não fere a legalidade estrita, já que se trata, no caso, de dar a devida dimensão à palavra empregada pelo legislador.

Também assim parece entender Souza, o qual apresenta, inclusive, como exemplo, o ato do Juiz que obtém confissão ilícita em interrogatório no

processo. [2] A seu turno, são expressos Greco e Cunha em reconhecer a extensão do tipo penal por toda a persecução criminal, abrangendo a fase de investigação e a fase do processo. [3] Esses autores também afirmam a abrangência de parlamentares durante investigação em CPI, com o que concordamos. Por outro lado, aduzem que nos casos de ações penais privadas, o advogado do querelante não pode praticar o crime de abuso de autoridade. [4] A nosso ver, estão absolutamente corretos, pois o advogado não é funcionário público e ainda que seja um Defensor Público, não atua como autoridade nem dotado de autoridade.

Assim sendo, a nosso sentir, podem ser sujeitos ativos desse crime Policiais em geral, Delegados de Polícia, Promotores de Justiça, Agentes de Promotoria, Juízes, Fiscais, Conselheiros Tutelares, Guardas Civis etc. Os sujeitos passivos serão as pessoas prejudicadas com a produção da prova por meios manifestamente ilícitos.

O artigo 25 da Lei 13.869/19 descreve a produção de prova manifestamente ilícita em *geral*, de maneira que cederá diante de previsões *especiais* de produção de prova ilícita, tais como a prática de tortura – prova (artigo 1º., I, "a", da Lei 9.455/97), a realização de intercepções telefônicas sem ordem judicial (artigo 10 da Lei 9.296/06) , a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, sendo esta exigida por lei (artigo 10 – A, da Lei 9.296/96, com nova redação dada pela Lei 13.964/19) ou a violação de correspondência epistolar (artigo 151, CP).

Também no próprio corpo da Lei 13.869/19 há tipos penais especiais que afastarão o dispositivo geral do artigo 25 do mesmo diploma. São exemplos os artigos 13, inciso III; 15 e seu Parágrafo Único, incisos I e II; 16, Parágrafo Único; 18; 20, Parágrafo Único; 22 e § 1º., I e III.

Em todos esses confrontos de normas deve ser aplicado o Princípio da Especialidade, afastando-se a norma geral do artigo 25 da Lei 13.869/19.

Embora haja entendimento na seara processual penal de que as provas ilegais em geral são inadmissíveis no processo, sejam elas ilícitas ou ilegítimas, [5] é perceptível que o artigo 25 da Lei de Abuso de Autoridade somente menciona a obtenção da prova por meio "manifestamente *ilícito*".

Antes de ingressar na discussão sobre a tipicidade penal, mister se faz uma breve digressão a respeito da discussão sobre o alcance da inadmissibilidade das provas ilegais no Processo Penal Brasileiro:

A doutrina vem tradicionalmente dividindo as "provas ilegais" em duas espécies: "ilícitas" e "ilegítimas". As provas ilícitas são aquelas produzidas com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

infração a direito material (constitucional ou penal); já as ilegítimas são aquelas obtidas infringindo direito adjetivo, formal ou processual.

Face à dicção constitucional, que faz referência à inadmissibilidade das provas "obtidas por meios ilícitos" (artigo 5°, LVI, CF), tomou corpo a discussão quanto a serem inadmissíveis somente as chamadas "provas ilícitas" ou também as "ilegítimas".

Parte da doutrina posicionou-se pela interpretação restritiva do texto constitucional. Seriam abarcadas pela inadmissibilidade apregoada no texto da Magna Carta apenas as "provas ilícitas". Quanto às "provas ilegítimas", a infração formal conduziria ao reconhecimento de sua nulidade, conforme regula o artigo 564, CPP. [6]

De outra banda, com maior acatamento doutrinário, firmou-se uma interpretação ampliativa para a qual seriam inadmissíveis no processo tanto as provas ilícitas, como as ilegítimas. [7] Tal corrente de pensamento parece ser realmente a mais acertada, considerando o escólio de Pietro Nuvolone que apresenta as provas ilícitas e ilegítimas como espécies de "provas vedadas", o que equivale a uma opção tácita pela "inadmissibilidade" de ambas em consonância com o texto constitucional pátrio. [8]

Nesse estágio também se indaga quanto ao destino das provas obtidas por meios ilícitos e aponta-se, em geral, a solução de seu desentranhamento dos autos a fim de reduzir seu potencial de influência sobre a consciência dos julgadores. Outra não é a orientação de Bonfim:

> Certo é que as provas obtidas por meio considerado ilícito não poderão ingressar no processo. Caso já se encontrem nos autos, deve o julgador determinar seu desentranhamento, ou seja, sua retirada dos autos, de modo a evitar que essas provas, ainda que racionalmente desconsideradas pelo julgador, acabem por exercer influência na formação de seu convencimento. A sentença que se fundar em prova ilícita será nula. [9]

Percebe-se, portanto, que duas indagações básicas se formulavam quanto às provas ilicitamente obtidas. Uma primeira quanto à abrangência da sanção de inadmissibilidade e outra versando sobre o destino da prova inadmissível.

A Lei 11.690/08 solucionou expressamente a segunda questão. Agora, nos termos da nova redação do artigo 157, CPP, a prova inadmissível deve ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"desentranhada do processo". Já não subsiste a antiga lacuna acerca do tema, a qual não era expressamente solucionada pela Constituição ou pela lei ordinária.

Entretanto, quanto à problemática da abrangência da inadmissibilidade o novo dispositivo não foi tão claro. O artigo 157, CPP, em sua nova conformação, afirma que são inadmissíveis no processo "as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

A leitura desavisada do artigo em debate pode levar à conclusão de que de agora em diante a sanção de inadmissibilidade restringe-se às "provas ilícitas" e não se estende às "ilegítimas".

Ao utilizar a expressão "provas ilícitas" o legislador emprega um termo técnico – jurídico bem definido pela doutrina, conforme demonstrado linhas volvidas. E quando a lei usa termos técnicos, estes devem ser interpretados em seu estrito sentido técnico. Afirma Carlos Maximiliano que "quando são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência pela linguagem técnica". [10]

Ora, "provas ilícitas" são espécies de "provas ilegais" que se referem à infração a normas materiais (constitucionais ou penais). Elas diferem das "provas ilegítimas" que estão ligadas a violações de caráter processual. Por isso a incipiente doutrina sobre o tema vai se conformando de modo a afirmar que mesmo quando a lei se refere à "violação a normas (...) *legais*" (grifo nosso), tratam-se de normas de caráter "material". [11]

Ecoando o sentido jurídico do termo "provas ilícitas", não há como negar razão a essa interpretação do teor da nova norma ordinária. Efetivamente, o Código de Processo Penal, por meio da alteração promovida pela Lei 11.690/08, considera inadmissíveis no processo e manda desentranhar as "provas ilícitas" e não faz menção às "provas ilegítimas". Quando usa o termo "provas ilícitas", consequentemente limita sua própria definição adiante promovida pela mesma lei, praticamente impedindo a interpretação ampla da palavra "legais" para pretender abranger também violações às leis processuais penais, alcançando as "provas ilegítimas".

Resta saber se a nova dicção da lei ordinária tem o poder de invalidar a interpretação doutrinária prevalecente quanto à inadmissibilidade das provas ilegítimas, bem como se impede que estas sejam igualmente desentranhadas do processo.

Entende-se que permanece válida a conclusão de que são inadmissíveis no processo tanto as provas ilícitas, como as ilegítimas. A nova redação do artigo 157, CPP, somente explicita no nível ordinário aquilo que já era estabelecido mais amplamente pela ordem constitucional. A Constituição não é limitativa, referindo-se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

à inadmissibilidade das provas obtidas por *quaisquer* meios ilícitos, ou seja, mediante violações constitucionais, penais ou processuais. Se a lei ordinária agora faz referência expressa às provas ilícitas, tanto melhor, mas seu silêncio (ou melhor, sua omissão) quanto às provas ilegítimas não pode retirar a eficácia do ditame constitucional. Afinal, são as normas ordinárias que estão submetidas verticalmente à Constituição e não o contrário. A vedação constitucional é soberana e não pode ser limitada pela lei ordinária.

Canotilho destaca a privilegiada posição hierárquico – normativa da Constituição no ordenamento jurídico:

> A Constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autônomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua *posição hierárquico – normativa superior* relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Ressalvando algumas particularidades do direito comunitário, a superioridade hierárquico – normativa apresenta três expressões: (1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprimazia normativa*); (2) as normas da Constituição são *normas de normas* (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição. [12]

Frise-se ainda que mesmo diante do silêncio da Constituição e da lei ordinária, já apontava a doutrina a solução do desentranhamento das provas ilegais (ilícitas e ilegítimas), solução esta que só ganha reforço com a nova redação do artigo 157, CPP, embora referente somente às provas ilícitas. Se as provas ilícitas devem ser desentranhadas, agora por força de lei expressa, o que justificaria destino diverso para as provas ilegítimas, espécie do mesmo gênero das primeiras?

Afinal, tanto a norma constitucional como a ordinária têm propósitos éticos e pedagógicos bem definidos, especialmente no que tange ao Processo Penal:

> a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a

> adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. [13]

Assim também a solução do desentranhamento visa preservar a consciência do julgador da influência psicológica espúria daquelas provas inadmitidas.

Nesse passo, se uma confissão obtida por meio de tortura (prova ilícita) deve ser desentranhada; por que um reconhecimento pessoal realizado fora dos padrões previstos no artigo 226, CPP (prova ilegítima), deveria permanecer nos autos, com o risco de influir psicologicamente na decisão do Juiz?

Os motivos para a inadmissibilidade e o desentranhamento são os mesmos e, como ensina desde antanho o brocardo latino, "ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio", pois que "os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico". [14]

Portanto, quanto à questão da inadmissibilidade e do desentranhamento de provas obtidas por meios ilícitos, o artigo 157, CPP, não pode ofertar isoladamente a completa solução do problema. Impõe-se uma interpretação sistemática, principalmente tendo em conta o artigo 5°, LVI, CF.

Mister se faz a atenção para não incidir no erro de interpretar um dispositivo legal descontextualizado. Por isso é relevante a interpretação sistemática que

> "atende à conexidade entre as partes do dispositivo, e entre este e outras prescrições da mesma lei, ou de outras leis; bem como à relação entre uma, ou várias normas, e o complexo das ideias dominantes na época. A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida, examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é, também, afinal pôr tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor". [15]

Em suma, trata-se de colocar em prática a velha metáfora de não se deixar iludir pela visão muito próxima e isolada de uma só árvore, sob pena de perder a noção do que seja a floresta.

Ao fim e ao cabo, tudo se resume ao árduo exercício de buscar, para além das palavras frias, o sentido profundo das leis, seu verdadeiro espírito. Conforme leciona Ferrara, "o texto da lei não é mais do que um complexo de palavras escritas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que servem para uma manifestação de vontade, a casca exterior que encerra um pensamento, o corpo de um conteúdo espiritual" [16], por isso "é preciso que a norma seja entendida no sentido que melhor responda à consecução do resultado que se quer obter". [17]

Obviamente que toda essa empreitada que supera a mera interpretação literal também tem limites. Não é aceitável que nesse caminho o intérprete se perca e passe a violar princípios básicos e direitos e garantias fundamentais da pessoa. Mas, o que se passa no caso enfocado é justo o oposto: pretende-se dar aos textos legais a interpretação e a aplicação que ensejam a mais ampla defesa dos Princípios Constitucionais correlatos ao tema e dos direitos e garantias fundamentais respectivos.

Não obstante, quanto à inadmissibilidade e desentranhamento das "provas ilegítimas", cabe uma ressalva:

Sendo a prova ilegítima aquela que viola norma processual, há que distinguir, com bom senso e equilíbrio, aqueles casos em que a forma preconizada pela lei, ao ser desobedecida, acarreta prejuízos substanciais aos objetivos visados pela norma, daqueles casos em que a inobservância da forma legalmente prevista não produz prejuízos consideráveis ao escopo da lei. Exemplificando:

1)Retomando o exemplo da normatização do reconhecimento pessoal no artigo 226, CPP, constata-se que a inobservância do procedimento pode ocasionar sérios prejuízos como identificações induzidas, equívocos etc.

2)Por outro lado, a falta da formalidade do compromisso na oitiva de testemunhas ou o deferimento indevido desse mesmo compromisso, não tem o efeito de prejudicar o conteúdo dos depoimentos prestados, razão pela qual boa parte da doutrina considera tal falha no cumprimento do artigo 203, CPP, "mera irregularidade do ato". [18]

É dizer que a avaliação da inadmissibilidade e a decisão quanto ao desentranhamento das provas ilegítimas devem ser orientadas por mais um critério, o qual não se impõe no caso das provas ilícitas, qual seja, o "Princípio da Instrumentalidade das Formas". Enquanto para as provas ilícitas a inadmissibilidade é quase absoluta, não encontrando abrandamento a não ser muito excepcionalmente no "Princípio da Proporcionalidade" [19], no caso das provas ilegítimas sempre deve ser levada em conta a "instrumentalidade das formas". Desse modo, se a falta de certa formalidade legal não prejudicar o escopo da norma, não há falar-se em nulidade ou inadmissibilidade e, por conseqüência, em desentranhamento da prova.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As "provas ilícitas" ferem invariavelmente os fins do Direito, na medida em que violam seu conteúdo material (constitucional ou penal). Já as "provas ilegítimas" podem satisfazer os objetivos do Direito quando a forma violada não atinge o conteúdo do material probatório, falando Élio Fazzalari em um "Princípio de Anistia" a reger tais casos e emprestar validade à prova, sempre que ela satisfaz plenamente, inobstante a falha formal, o "fim prático do processo", de modo a não haver "sentido em 'anular' o ato". [20]

O processo moderno não mais se coaduna com formalidades estéreis de modo que o "Princípio da Instrumentalidade das Formas" se impõe como elemento de ponderação racional, estabelecendo "que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo)", (vide artigo 563, CPP). [21]

Bem exposta a questão das provas ilícitas e ilegítimas, retomamos o estudo do fato de que a Lei 13.869/19 menciona como criminosa a obtenção de prova por "meio manifestamente *ilícito*", nada sendo citado a respeito de eventuais "meios *ilegítimos*". Tendo em vista que se trata agora de norma penal incriminadora, há que zelar pela aplicação estrita do Princípio da Legalidade. Portanto, a obtenção de prova por meio "manifestamente *ilícito*" constituirá o crime previsto no artigo 25 da Lei de Abuso de Autoridade. Doutra banda, a obtenção de prova por "meio manifestamente *ilegítimo*" (violação de normas formais ou processuais e não materiais – constitucionais ou penais), será fato penalmente atípico. A sanção seguirá sendo de natureza processual e, no máximo, administrativa e civil.

Também reconhecendo a atipicidade da obtenção de prova "manifestamente *ilegítima"*, assim se manifesta Lima:

> (...), queremos crer que a prova que a prova obtida por meio manifestamente ilícito a que se refere o *caput* do art. 25 da Lei n. 13.869/19 será tão somente aquela produzida com violação a normas de direito material. Não se pode ampliar o preceito incriminador em questão para também abranger as provas obtidas por meios ilegítimos, sob pena de evidente analogia *in mallam partem* e consequente violação ao princípio da legalidade. [22]

No mesmo sentido, Greco e Cunha:

> O legislador, no tipo em análise, criminaliza somente a produção (*caput*) ou o efetivo uso (parágrafo único) da prova obtida por meio *ilícito*, não cabendo abranger a obtida por meio ilegítimo, sob pena de violação da legalidade. Quisesse o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> legislador abarcar as duas espécies, teria sido expresso, ainda que citando seu gênero (prova obtida por meio ilegal). [23]

É bom destacar, porém, que a *prova ilícita por derivação* também será objeto material desse tipo penal, não podendo ser utilizada pelo agente com ciência dessa sua condição (inteligência do artigo 157, § 1º., CPP). Nesse caso a derivação que gera a ilicitude também deverá ser "manifesta" e não controversa. Obviamente a obtenção da prova por fonte independente da prova ilícita original não impedirá seu regular uso processual e não constituirá jamais crime de abuso de autoridade (inteligência do artigo 157, §§ 1º. e 2º., CPP).

Vale ainda salientar que a "prova ilícita *pro reo*" tem sido considerada como admissível em cumprimento ao Princípio da Proporcionalidade e visando evitar a condenação de inocentes. [24] Assim sendo a obtenção e mesmo o uso dessa modalidade de prova ilícita ("pro reo") não configura infração ao artigo 25 da Lei 13.869/90.

O Parágrafo Único também incrimina aquele que não é o responsável direto pela produção da prova manifestamente ilícita, mas que, ciente dessa ilicitude, não a descarta, não a desentranha do processo, por exemplo, mas faz uso dela contra o investigado ou fiscalizado. Seria o caso de um Juiz de Direito que, ciente da obtenção de uma confissão por meio de tortura ou de uma interceptação telefônica realizada sem ordem judicial ou ainda de uma busca domiciliar ilegal, não tomasse as providências para o afastamento da prova dos autos, utilizando-a contra o investigado.

Mas, é preciso destacar que no Parágrafo Único o infrator não pode ser, ao mesmo tempo, o produtor da prova. Nesse caso, prevalecerá o "caput", pois ele "obteve" a prova por si mesmo e não simplesmente utilizou prova produzida ilicitamente por outrem, tendo conhecimento disso.

Tendo em vista essa impossibilidade de que o infrator do Parágrafo Único seja o produtor direto da prova, discorda-se, respeitosamente, dos exemplos apresentados por Gabriela Marques e Ivan Marques em sua obra conjunta. Os autores apresentam como exemplos de infração ao artigo 25, Parágrafo Único duas situações: uma primeira em que uma autoridade tortura um investigado e depois usa a prova contra ele, e uma segunda em que uma autoridade obtém acesso sem ordem judicial a mensagens de celular apreendido e depois as usa para uma prisão ou para ações de investigação. [25] Ora, nessas duas circunstâncias o agente "obteve" a prova por meios manifestamente ilícitos, nos termos do artigo 25, "caput" da Lei 13.869/19 e não simplesmente a utilizou sabendo de sua ilicitude na coleta por outrem. Sequer é possível falar em infração concomitante ao "caput" e ao Parágrafo Único. São

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

figuras alternativas. Ou bem o agente produz a prova ilícita e responde no "caput", ou bem a recebe pronta, produzida por terceiro, ciente previamente de sua ilicitude e apenas a utiliza. Perceba-se que em nossos exemplos foi tomado o cuidado de deixar claro que o agente apenas usa a prova produzida por terceiro de forma ilícita com ciência prévia desse fato. Não há descrição no sentido de que o agente tenha, ele mesmo, produzido a prova. Mesmo porque, numa situação dessas (quando o agente é o produtor da prova) e depois a usa, é claro que ele saberia da ilicitude, tornando-se, acaso assim o fosse, redundante a previsão de conhecimento subjetivo prévio da ilicitude no Parágrafo Único. Quando o próprio agente é o obtentor da prova ilícita, seu eventual uso constitui exaurimento de seu crime. Quando o agente apenas usa prova produzida ilicitamente por terceiro, há pluralidade de responsabilizações criminais em exceção à Teoria Monista do concurso de agentes (artigo 29, CP). O produtor da prova responde no "caput" e o utilizador no Parágrafo Único do mesmo dispositivo.

Perceba-se que aqui a ilicitude da prova pode decorrer de infração ao artigo 25 ou outros dispositivos da Lei 13.869/19 ou mesmo de tipos penais previstos em outros diplomas, o que importa é que o responsável faça uso da prova que sabe obtida por meio manifestamente ilícito.

Entretanto, não se pode afirmar que a mera discussão acerca da ilicitude da prova já obrigue a autoridade a não utilizá-la e até mesmo a desentranhá-la do processo. Retome-se o requisito de que a prova devera ter sido obtida por meio "manifestamente ilícito", o que quer dizer que poderá, obviamente, a autoridade decidir fundamentadamente se faz ou não uso da prova. Em casos discutíveis o uso da prova, ainda que posteriormente infirmado por decisão superior ou superveniente não ensejará responsabilização criminal. Por exemplo, a mera alegação de um réu de que sua confissão na fase policial foi obtida por tortura não obriga o magistrado ao desentranhamento imediato dessa peça dos autos. O mesmo se pode dizer com relação à documentação de uma busca domiciliar sem mandado, mas sob a alegação de situação de flagrância, havendo negativa defensiva desse estado de flagrância. É possível que a verossimilhança dessas alegações defensivas seja aferida e que até se opte por manter a documentação nos autos sem que haja crime, pois se trata de situação controversa e não "manifestamente ilícita".

Observe-se que neste Parágrafo Único fica ainda mais evidente que o tipo penal usa a palavra "investigado" em sentido amplo, abrangendo a fase investigatória e o processo penal, pois é nítido que o magistrado ou o promotor será abrangido como sujeito ativo ao eventualmente utilizar prova ilícita produzida em qualquer fase.

Há que considerar que a prática do crime previsto no Parágrafo Único exige dois requisitos básicos, um de caráter objetivo e outro de caráter subjetivo. Em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

primeiro plano, a prova deverá ser objetivamente "manifestamente ilícita". Além disso, sob o ângulo subjetivo, é exigido que o autor do crime tenha "prévio conhecimento" da ilicitude. Isso significa que o crime é afastado sempre que houver erro sobre o elemento objetivo do tipo por parte da autoridade que acredita utilizar prova lícita quando, em verdade, era ilícita. Inexistindo figura culposa, não haverá qualquer responsabilidade criminal (artigo 20, CP). Também aqui, como há a exigência da "manifesta" ilicitude, não há espaço para reconhecimento do "dolo eventual". Ademais, é preciso ter em mente que a lei exige que esse conhecimento da ilicitude da prova seja *"prévio"*. Portanto, quando a prova é inicialmente admitida e utilizada pela autoridade na crença de que era lícita, havendo a descoberta de sua ilicitude somente posteriormente, a princípio, não haverá crime. Diz-se "a princípio" porque nestes casos há que ponderar sobre o "dolus subsequens".

Segundo leciona Estefam:

> Dá-se o dolo subsequente ou *dolus subsequens* quando, até a consumação do crime, encontrava-se o sujeito insciente de que realizava um ato criminoso (agia de boa – fé, portanto), recebendo posteriormente essa informação e, ainda assim, persistindo com sua atitude (agora de má fé). [26]

Há quem entenda que, inobstante a reprovabilidade ética e social desse proceder, haveria atipicidade penal, na medida em que no momento da realização da conduta, quando se daria a consumação do crime, não havia o dolo necessário. Assim sendo, o chamado "Princípio da Coincidência, Simultaneidade ou Congruência", exigiria que todos os elementos, sejam eles subjetivos ou objetivos estivessem presentes, de forma concomitante, no instante da prática da conduta criminosa, constituindo o que se chama de uma "unidade lógico – temporal". [27]

Também é viável interpretar que se ocorre o "dolus subsequens", a partir do momento em que o agente sabe da ilicitude, lhe surgiria um dever de agir conforme a lei, impedindo o resultado, que seria a utilização indevida da prova ilícita. Haveria omissão imprópria ou crime comissivo por omissão ou até mesmo comissivo quando o agente continuasse utilizando a prova, ciente de sua ilicitude. [28]

Considerando que a conduta de "fazer uso" ou "utilizar" a prova ilícita pode ser considerada de natureza permanente, bem como que há requisitos para reconhecer a omissão imprópria pelo dever jurídico de atuação (artigo 13, § 2º.,CP), nos parece mais correto o entendimento de que no caso de dolo subsequente, desde que o agente se omita ou prossiga na utilização da prova, tendo agora conhecimento prévio ao uso ou continuidade do uso da prova ilícita, sobre sua ilicitude, deve ser responsabilizado. Sua obrigação seria a de cessar o uso ou reconhecer a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

impossibilidade do uso dessa prova no momento imediato em que toma conhecimento. Atos ou omissões ulteriores são perpetrados com "prévio" conhecimento da ilicitude, satisfazendo os elementos do tipo penal. O crime somente seria afastado se, ao saber posteriormente da ilicitude o uso já houvesse se exaurido e não fosse mais possível naquele tempo impedir seus efeitos nefastos. Por exemplo, se um Juiz descobre a ilicitude após o processo transitado em julgado, ou mesmo após sentenciar, esgotando sua atividade jurisdicional. Mesmo nesses casos, cabe à autoridade envolvida fazer a devida comunicação a quem de direito sobre a ilicitude para providências cabíveis (revisão criminal, arquivamento do Inquérito Policial etc.). Por seu turno, se a autoridade que pode consertar a situação quedar-se inerte, ainda que não seja fazendo uso da prova, incidiria no crime de Prevaricação (artigo 319, CP), sempre que satisfeito seu elemento subjetivo específico. Da mesma forma no caso da autoridade que toma conhecimento após exaurida a utilização da prova ilícita e não faz qualquer comunicação ou não toma alguma providência. É possível, a responsabilização também por Prevaricação (artigo 319, CP), desde que presente o dolo específico desse crime, embora afastado o crime do artigo 25 da Lei de Abuso de Autoridade. Afinal, o impossível não pode ser exigido de ninguém. Mudar o passado já firmado sem retorno do uso exaurido da prova ilícita é impossível. Inobstante, tomar providências de comunicação e conserto da situação ocasionada, sempre que ainda viável, nem mesmo que seja por via de revisão criminal, não é exigir o impossível, razão pela qual pode haver Prevaricação. Em outro giro, se essa autoridade que recebe a comunicação da ilicitude, ciente disso, ainda utilizar a prova, incidirá no tipo penal em estudo, qual seja, o artigo 25, Parágrafo Único, da Lei 13.869/19.

O crime em estudo se consuma com a obtenção ilegal da prova ou seu uso indevido, sendo, portanto, de natureza plurissubsistente e material, de modo a tornar possível, ao menos em tese, a tentativa.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *O Processo Penal e a Defesa dos Direitos e Garantias Individuais*. Campinas: Péritas, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CARVALHO, Djalma Eutímio de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed. São Paulo: RT, 1991.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Com a palavra, as partes. São Paulo: *Boletim IBCCrim*. n. 188, jul., p. 17 - 18, 2008.

ESTEFAM, André. *Direito Penal*. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 2011.

FAZZALARI, Élio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 520 – 521.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume 4. 6ª. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm , 2020.

MAGNO, Levy Emanuel. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2005.

MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1991.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição. Disponível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/5194253, acesso em 04.05.2020.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Barueri: Manole, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*.4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal.* São Paulo: IBCRIM, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. São Paulo: *Boletim IBCCrim*. n. 188, jul., 2008.

SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

NOTAS:

[1] Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo Único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.

[2] SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 171.

[3] GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020., p. 235.

[4] Op. Cit., p. 236.

[5] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *O Processo Penal e a Defesa dos Direitos e Garantias Individuais*. Campinas: Péritas, 2002, p. 47. No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 251. Também reconhecendo como provas inadmissíveis aqueles produzidas com violação de normas constitucionais ou infraconstitucionais em geral (penais ou processuais penais): MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 630 – 631. Para uma ampla abordagem do tema das provas ilícitas vide também: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Disponível em https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/5194253, acesso em 04.05.2020.

[6] MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Barueri: Manole, 2005, p. 351.

[7] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 253 – 254. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*.4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 296. CARVALHO, Djalma Eutímio de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263. MAGNO, Levy Emanuel. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 101.

[8] AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 42.

[9] BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 292 – 293. Também defendendo o desentranhamento em face da nulidade absoluta da prova ilicitamente obtida, que seria uma espécie de "não – prova" ou "ato processual inexistente", cf. CARVALHO, Djalma Eutímio de. Op. Cit., p.263.

[10]MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 109.

[11] Neste sentido: CRUZ, Rogério Schietti Machado. Com a palavra, as partes. São Paulo: *Boletim IBCCrim*. n. 188, jul., 2008, p. 17. QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. São Paulo: *Boletim IBCCrim*. n. 188, jul., 2008, p. 18.

[12] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1147.

[13] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. Cit., p. 275 – 276.

[14] MAXIMILIANO, Carlos. Op. Cit., p. 209.

[15] Op. Cit., p. 129 – 130.

[16] FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 33.

[17] Op. Cit., p. 35.

[18] BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 359. Destaque-se, porém, a lamentável posição jurisprudencial, inclusive do STJ, que considera que a desobediência das normas para realização do

reconhecimento pessoal é mera irregularidade (v.g. STJ, HC 474.655 – PR, Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/719120274/habeas-corpus-hc-474655-pr-2018-0273671-9?ref=juris-tabs, acesso em 04.05.2020.

[19] O exemplo mais festejado é o da "Prova Ilícita pró – reo".

[20]FAZZALARI, Élio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 520 – 521.

[21] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed. São Paulo: RT, 1991, p. 306.

[22] LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm , 2020, p. 252. Em sentido contrário, afirmando que também será típica a conduta de obtenção ou uso de "provas manifestamente ilegítimas": SOUZA, Renee do Ó, Op. Cit., p. 470.

[23] GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches, Op. Cit., p. 228.

[24] Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP: "Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa". GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 165. Vide ainda sobre a colidência de valores consistentes na licitude da coleta da prova e na preservação da liberdade e dignidade de um inocente: PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal.* São Paulo: IBCRIM, 2006, p. 209.

[25] MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 2019, p. 117.

[26] ESTEFAM, André. *Direito Penal*. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 354.

[27] Op. Cit., p. 354.

[28] Em seu Curso de Direito Penal assim entende o "dolus subsequens" e suas consequências o autor Rogério Greco: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume 4. 6ª. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 565.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DANO MORAL E O QUANTUM DEBEATUR

LETÍCIA RODRIGUES CARDOSO: Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

RESUMO: Este trabalho enfatizou a questão do dano moral e o *quantum debeatur* com o objetivo de conhecer os métodos aplicados pela doutrina, a fim de reduzir entraves à subjetividade, evitando possíveis injustiças nos processos de dano moral. A intenção foi de analisar como são estabelecidos esses valores noordenamento jurídico brasileiro discorrendo sobre as principais controvérsias em relação à fixação desses valores e quais as potenciais implicações. O marco teórico foi construído na legislação, Constituição Federal de 1988, decretos e leis, códigos e autores como: Cavallieri Filho (2012), Delgado (2011), Diniz (2015), Nucci (2015), Salama (2014), Venosa (2003) e outros que abordam a questão dos danos morais e a dificuldade de fixação do *quantum debeatur*.Para o desenvolvimento da metodologia utilizou-se a pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa. Foram consultadas obras literárias, doutrinárias, códigos, artigos científicos e outros documentos relacionados ao tema. Os resultados obtidos foram que com relação ao dano moral e fixação do *quantum*, apesar de existirem posições contrárias e favoráveis quanto à tarifação da reparação, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado o método bifásico que alia o interesse jurídico lesado e o grupo de precedentes.

Palavras-chave: Dano; Moral;*Quantun; Debeatur.*

ABSTRACT: This work emphasized the issue of moral damage and the quantum debeatur with the objective of knowing the methods applied by the doctrine, in order to reduce barriers to subjectivity, avoiding possible injustices in the moral damage processes. The intention was to analyze how these values are established in the Brazilian legal system, discussing the main controversies regarding the setting of these values and what are the potential implications.The theoretical framework was built on legislation, the 1988 Federal Constitution, decrees and laws, codes and authors such as: Cavallieri Filho (2012), Delgado (2011), Diniz (2015), Nucci (2015), Salama (2014), Venosa (2003) and others that address the issue of moral damage and the difficulty of fixing the quantum debeatur. For the development of the methodology, bibliographic research of a qualitative nature was used. Literary, doctrinal works, codes, scientific articles and other documents related to the theme were consulted. The results obtained were that with respect to moral damage and

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

quantum fixation, although there are contrary and favorable positions regarding the tariff of the repair, the Superior Court of Justice has adopted the biphasic method that combines the injured legal interest and the group of precedents.

Keywords: Damage; Moral; Quantun; Debeatur.

1 INTRODUÇÃO

O estudo trata do dano moral e o *quantum debeatur**[1]***. Pode-se dizer que o dano moral é solicitado quando há ofensa do direito da personalidade, devido á ofensa mais íntima do indivíduo, atingindo sua moral e demais aspectos. É um instituto bastante controverso, embora não seja recente, uma vez que desde o Código de Hamurabi era abordado.

Acredita-se que no campo da responsabilidade civil, o dano moral é um dos temais mais impugnados, especialmente quando se trata de reparação moral, gerando inúmeros posicionamentos, seja de ordem doutrinária ou jurisprudencial.

No entanto, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, onde foi extensamente discutido acerca da reparação por dano moral, ficou pacificado no art. 5º, V e X, o reconhecimento, aceite e existência. Posteriormente, o Código Civil de 2002 também certificou a possibilidade de reparação por dano moral, ratificando, de forma definitiva no ordenamento jurídico brasileiro a questão.

Mesmo que a discussão acerca da reparação ou não por dano moral esteja perpassada, o instituo ainda promove discussão na doutrina e jurisprudência, no sentido de almejar reparação justa, pois, diferente da reparação por dano material, onde é possível calcular de maneira objetiva o valor do dano, no caso do dano moral a quantificação é bem mais complexa, pois é subjetiva.

Diante desta senda, o problema da pesquisa foi de descobrir quais os critérios utilizados pelos juízes em ações de indenização por danos morais para que a quantificação de valor seja justa e correta?

Assim, tendo ciência de que agente causador do dano tem a obrigação de reparar, e esta perspectiva se assenta na teoria da responsabilidade, seja por ação, omissão, culpa ou dano o estudo se justifica, haja vista que a vítima ofendida, embora sofra sentimentos intensos de tristeza, dor, merece ser compensada de alguma forma pela ofensa.

Ressalta-se que a escolha do tema surgiu primeiramente devido a insegurança jurídica, ausência de critérios objetivos que possibilitem quantificação justa e correta ao dano moral. Por ser tema de relevância, esse trabalho também contribui para a comunidade acadêmica, produção de novas fontes bibliográficas e a todos interessados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O objetivo geral consistiu em desvendar a importância de aprofundar os métodos utilizados pela doutrina, reduzindo empecilhos à subjetividade e evitando possíveis injustiças na reparação dos processos de dano moral.

O método escolhido para a realização do estudo foi o dedutivo, que para Marconi e Lakatos (2003) trabalham no sentido de explicar as premissas envolvidas nos conteúdos, a fim de validar se estão certas ou erradas e se sustentam de forma completa a conclusão, caso seja verdadeira ou se traduz de fato em verdadeiramente incorreta e não sustenta os argumentos finais de forma alguma, pois é logicamente incorreta.

A técnica utilizada foi à pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, fundamentada em obras literárias, doutrinárias, bem como análises legislativas, jurisprudências, artigos e demais documentos pertinentes ao tema questão. Na concepção de Vergara (2013, p.48) "A pesquisa bibliográfica é aquela realizada com base em material publicado em livros, revistas, redes eletrônicas, isto é, material acessível ao público em geral". Foram utilizados materiais impressos e digitais. Os dados coletados foram analisados e apresentados em forma de relatórios descritivos.

Para melhor compreensão o estudo está separado em itens. O primeiro, a introdução apresenta o problema, justificativa, objetivo e metodologia do trabalho.

O segundo item, foi debatida a questão da responsabilidade social e como deve ser aplicado nos casos de dano moral, enfatizando os tipos de responsabilidade, o que depreende enquanto dever de indenizar em diversas situações objetiva e subjetiva como é o caso do *quantum debeatur.*

Em seguida discorre-se sobre o dano moral, indenização ou compensação que deve ser recebida quando a pessoa é ofendida psicologicamente, moralmente, intelectualmente e que, inclusive tal ofensa venha ferir sua imagem ou o próprio físico.

Por fim, quanto à fixação do *quantum debeatur* discutiu-se a dificuldade de fixação de valores para a reparação. Sendo que alguns autores defendem a tarifação, já outros entendem que os pedidos de ressarcimento não precisam seguir ordem única, e por fim, como os tribunais superiores tem regido com a questão e quais estratégias para solução tem sido adotadas. As considerações finais e referências encerram o presente estudo.

2 BREVE ANÁLISE DA QUESTÃO DOS DANOS MORAIS E A FIXAÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR*

Neste item discute-se a questão da responsabilidade civil pessoa física e jurídica, além de objetiva e subjetiva. Aborda-se, também a respeito do dano moral, e por fim a fixação do *quantum* reparatório.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

De acordo com o vocabulário jurídico, a palavra responsabilidade tem origem do vocábulo responsável, do verbo responder, do latim *respondere* que tem o significado de responsabilizar-se, vir garantindo, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou, ou do ato que praticou. Já o termo civil refere-se a cidadão, assim considerado nas suas relações com os demais membros da sociedade, das quais resultam direitos a exigir e obrigações a cumprir.

2.1.1 Responsabilidade pessoa física

Desta forma, as ações praticadas pelos indivíduos resultam em responsabilidade, que defende a ideia de que ninguém pode causar danos, prejuízos ao interesse de terceiros.

Sobre o assunto, Stoco (2014, p.114) esclarece que a responsabilidade se relaciona à necessidade de alguém responder por seus atos:

> [...] Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

Assim, a responsabilidade estar relacionada com a prática de atos ilícitos, indesejados e que afetam os indivíduos, causando consequências o que requer reparação pelo dano causado, seja moral ou patrimonial.

Na visão do mestre (2012, p.55) a responsabilidade civil pode ser entendida como:

> [...] o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um novo dever jurídico. [...] Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano.

O ordenamento jurídico brasileiro entende que a responsabilidade adquire caráter obrigacional, pois, o autor do ato ilícito precisa ter ciência de que cometê-lo, acarretará consequências que podem leva-lo ao dever de indenizar a vítima pelos danos causados.

O Código Civil de 2002, art. 927 conceitua a responsabilidade civil da seguinte forma: "Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Parágrafo único depreende que a obrigação de reparação do dano, independente de culpa é prevista em leis, inclusive quando o agente causador do dano apresentar riscos para os direitos de terceiros.

Da mesma forma, o entendimento de Rodrigues (2003) sobre a responsabilidade civil é que traz obrigação em reparar possíveis prejuízos causados a terceiros, por ação própria ou de terceiros.

A respeito da reparação de danos causados Diniz (2015, p.30) depreende sobre a necessidade de:

> [...] aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar um 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.

Diante deste contexto, a mencionada responsabilidade pode ser vista como obrigação do agente que causa o ato ilícito e, em função disto precisa reparar o dano causado a outrem, seja por ato próprio ou por alguém sob tutela. É uma obrigação de fazer ou não, ou pela devolução de recursos financeiros pós-condenação.

A Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. LVIII determina que o agente causador ou provocador do ato ilícito e consequentemente dano não poderá responder com prisão, em função do débito, com exceção dos casos em que envolva pensão alimentícia e depositário infiel.

Em sessão realizada no Supremo Tribunal Federal – STF, em 16 de dezembro de 2009, aprovou a Súmula Vinculante n. 25 que aborda sobre a prisão do depositário infiel. Nesta Súmula, ficou pacificada que é lícita a prisão civil do depositário infiel, independente da modalidade do depósito. Neste caso, o ilícito previsto na mencionada Súmula Vinculante é o civil.

A decisão brasileira contrariou o tratado internacional acordado a respeito da prisão civil, aprovado no Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, aceita e aprovada pelo em 1992, que no art. 7º, § 7º,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

determina: "Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedida em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".

O argumento é de que para que haja responsabilidade é necessário que se tenha, também, capacidade e, se o agente causador do ato ilícito não for capaz de exercer seus direitos, essa obrigação é transferida para responsável imediato.

Desta maneira, para que seja configurada a responsabilidade é necessário haver conduta ilícita, do agente causador do dano, abrindo-se o precedente para a reparação. A obrigação de indenizar advém da responsabilidade civil, conduta do agente e nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima em virtude da ação do agente.

Venosa (2016, p.13) ensina que há pressupostos que levam à obrigação de indenizar: "[...] ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexo causal, dano e finalmente, culpa.".

Na concepção de Diniz (2015, p.32) são três os critérios da responsabilidade civil: "[...] ação ou omissão, dano e a relação de causalidade". Já, na visão de Rodrigues (2002, p.16) os pressupostos podem ser entendidos como: "[...]culpa do agente, ação ou omissão, relação de causalidade e dano". O dolo também pode integrá-la como ato ilícito praticado intencionalmente.

2.1.2 Responsabilidade civil da pessoa jurídica

As pessoas jurídicas, de acordo com o Código Civil de 2002, art. 40, são: "As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado". A responsabilidade da pessoa jurídica pode ser vista como um dos principais procedimentos para a reparação dos danos causados a indivíduos na sociedade, especialmente quando há responsabilização civil.

As pessoas jurídicas são responsáveis pelos seus atos de emissão volitiva da coletividade apresentada. Assim, as sociedades de direito privado, registradas ou não em Junta Comercial têm responsabilidade solidária, ou seja, não possuem personalidade jurídica ou autonomia patrimonial.

A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, segundo Salama (2014, p.356):

> Pautam-se nos argumentos nos riscos que as atividades empresariais desempenham deveriam ser realocadas na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> sociedade. O resultado prático foi a relativização da forma jurídica chamada de sociedade limitada. Nas sociedades por quotas e também (embora em menor grau) nas sociedades por ações, sócios, administradores e contratantes passaram a se ver cada vez mais na condição de corresponsáveis, ou de responsáveis subsidiários, das dívidas da empresa.

Para o autor acima citado, a imputação de responsabilidade às pessoas jurídicas levou o fim da responsabilidade limitada e tem como base a responsabilidade objetiva. Ou seja, se fundamenta nas circunstancias em que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, foi o primeiro instrumento legal a prever a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. De acordo com Salama (2014, p.359): "[...] a legislação administrativa se apropriou da noçãoderesponsabilidadeobjetivaepassouaestabelecercadavezcommaior frequência e vigor situações ensejadoras de punição independentemente de culpa".

Os fundamentos estariam no fato de que a objetivação da responsabilidade das pessoas jurídica está relacionada a problema prático, em que muitas vezes é impossível a vítima provar a responsabilidade das empresas.

A Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, em seu art.1º depreende a respeito da responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Para entender o alcance da Lei de Anticorrupção é necessário distinguir responsabilidade objetiva administrativa e civil. Pois, a referida Lei depreende que as pessoas jurídicas que praticarem atos lesivos podem responder solidariamente por seus atos e terem sérios prejuízos.

Como se pode observar a responsabilidade trazida pela Lei da Anticorrupção pode ser objetiva, civil e administrativa e que não é preciso que se comprove intenção dos dirigentes em praticar o ato de corrupção no sentido de lesar a administração pública. A Lei de Anticorrupção é regida pelo direito Administrativo que a sanciona, mas se inter-relaciona com outros ramos do direito. Não tem natureza penal, tampouco direito civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para outros doutrinadores há outro entendimento, permeando a seara do Direito Penal, como Nucci (2015, p.92-93):

> [...] primeira expressão de relevo da denominada Lei Anticorrupção é a responsabilização objetiva, significando a antítese da responsabilidade subjetiva, adotada em Direito Penal. No entanto, para esse autor, só se pode punir o agente se o mesmo tenha praticado dolo ou culpa elementos exclusivos do crime. Ao indicar a responsabilidade objetiva, a Lei tenciona punir o agente de alguma forma, apesar de não se constatar dolo ou culpa, exigindo-se apenas voluntariedade da conduta.

No entanto, sabe-se que as pessoas jurídicas não são seres vivos, que possam se locomover por vontade própria, são empresas, apesar de possuírem seus representantes para negociar contratos, empregar trabalhadores que no caso são pessoas físicas.

Desta forma, a forma de responsabilização das pessoas jurídica pode ser contratual e extracontratual. Contratual quando as empresas se tornam inadimplentes e precisam responder por possíveis perdas e danos. Extracontratual, se for do direito privado respondem pelos atos dos prepostos, independentemente de ter como finalidade o lucro. Em se tratando de direito público, a responsabilidade é objetiva e recai sobre os atos dos agentes, incluindo, inclusive empresas privadas prestadoras de serviços públicos.

2.1.3 Responsabilidade objetiva e subjetiva

Com relação à responsabilidade civil é entendida como a que, independente de se ter dolo ou culpa, ou seja, do ato volitivo do agente. Diferente da responsabilidade objetiva devido a ausência do elemento subjetivo que provê responsabilidade a determinada pessoa, seja física ou jurídica.

Sobre o assunto Cavalieri Filho (2012, p.151) aduz: "[...] os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a essa transformação social".

O autor acima citado exemplifica que, se por acaso, fosse preciso que a vitima comprovasse todas às vezes a culpa do causador do dano, muitos casos ficariam sem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

indenização. A responsabilidade objetiva oferece maiores chances de provar a culpa, pois pressupõe determinado dano, a partir do ato ilícito e do nexo de causalidade.

Desta forma, a responsabilidade civil objetiva, mesmo que dispense o aspecto subjetivo, parte da comprovação de dolo ou culpa do agente causador do dano e nexo de causalidade. Isto porque, independente se a responsabilidade for subjetiva ou objetiva, não se pode isentar a comprovação do nexo de causalidade, conforme depreende Tepedino (2002, p.7):

> No direito brasileiro, em ambas as espécies de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, o dever de reparar depende da presença do nexo causal entre o ato culposo ou a atividade objetivamente considerada, e o dano a ser demonstrado, em princípio, por quem o alega [...], salvo nas hipóteses de inversão do ônus da prova previstas expressamente na lei.

Ou seja, ocorre a partir de ação ou omissão do agente causador do ato ilícito, que viola direitos de terceiros, causando danos ou prejuízos. (ART. 186, CC). Assim, por meio de conduta, o agente causa ato imputável, de forma voluntária e com pleno desejo, promovendo ato ilícito com consequências legais (CAVALIERI FILHO, 2010).

A omissão acontece quando a pessoa deixa de ter conduta correta, em dado momento. Cavalieri Filho (2010, p.25) afirma que: "Não há responsabilidade sem a conduta humana que reflita num fazer ou não fazer".

Já a culpa pode ser entendida como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado proposto pela justiça. A culpa é um elemento muito importante da responsabilidade civil subjetiva, pois, evidencia quebra do dever de agir com cuidado, atenção. Na culpa, não existe a intenção de causar danos, porém mesmo assim, é necessária a reparação.

A conduta culposa pode se caracterizar por imperícia, imprudência ou negligência (ART. 186, CC). Os causadores de atos negligentes, imprudentes ou imperícias comete ato ilícito, devendo reparar, conforme demanda o art. 927, do Código Civil de 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com relação ao dolo Cavalieri Filho (2010, p.31) infere que é a "[...] vontade consciente de cometer uma conduta ilícita para alcançar um fim, ou seja, o agente tem um comportamento intencional dirigido para um resultado".

Já o nexo causal interliga o ato cometido pelo agente ao dano, que prejudicou a vítima, e que se não fosse cometido não teria afetado ou causado perdas. Gonçalves (2009, p.34) ensina: "Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexiste a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar".

A respeito do nexo de causalidade Venosa (2003, p. 39) explica que a ligação entre conduta e dano, conforme abaixo descrito:

> E o liame que une a conduta do agente e o dano. E por meio do exame de causalidade que concluímos quem foi o causador do dano. Trata se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensara o nexo de causalidade. Se a vitima, que experimentou o dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcido.

Observa-se que o direito de reparar o ato ilícito causado pelo agente, surge no momento em que a vítima consegue provar a relação entre a causalidade do ato e dano infligido.

2.2 DANO MORAL

A responsabilidade civil é efetivada a partir da conduta do agente, sendo necessário comprovar o dano ou prejuízo causado à vítima. Não existe possibilidade de responsabilização civil sem que se tenha dano, uma vez que sem ele não há motivos para reparação.

O dano moral pode ser entendido como ofensa ou violação, seja de bens, ou ao aspecto moral do indivíduo, afetando a liberdade, honra, saúde, imagem e outros.

2.2.1 Conceito

Existem diversas definições para o dano moral na doutrina. Para Gagliano; Pamplona e Filho (2003, p.55) é a "[...] lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Leciona Melo (2005, p.9) que o dano moral inclui: "[...] toda agressão injusta aqueles bens imateriais, tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica, insuscetível de quantificação pecuniária".

Para outro importante doutrinador, o dano moral se relaciona como efeito da lesão, e não a lesão propriamente dita. Para Chahali (2011, p. 28) o dano moral é consequência da violação de determinado bem,

> [...] juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denominada Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento, de causa imaterial.

Desta forma, os efeitos do dano moral devido à violação sofrida, causa dor á vítima, sensação de tristeza e mal estar por ter sido prejudicado em determinada situação e por isto, requer indenização, reparo.

Na visão de Venosa (2003, p.28) a reparação só é possível quando ocasionar dano injusto, conforme abaixo disposto:

> [...] Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista o vulto que tomou a responsabilidade. [...] Trata-se, em última análise, de interesse que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo, não sendo indenizáveis a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.

De forma semelhante, Diniz (2003, p.112) se manifesta afirmando que, o dano é "[...] a diminuição ou destruição que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral."

De acordo com o magistério de Cavalieri Filho (2003, p.56) acerca do dano:

> O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado, etc, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Da mesma forma, a opinião da professora Diniz (2003, p.58) é de que o dano é elemento essencial para a responsabilidade civil, conforme abaixo disposto:

> O dano é o pressuposto da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, visto que não poderá existir a ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar, isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, não poderá concretizar–se onde nada há a reparar.

Desta forma, compreende-se que dano é um dos requisitos para a constituição do direito de reparar, indenizar.

2.2.2 Aspectos doutrinários do dano moral

O Código Civil de 1916 (revogado) não havia tratamento para a questão da reparação em casos de danos morais. Até acreditava ser possível a reparação, mas não apresentava avaliação do dano imaterial. Nos artigos (76 e 1.547) previam o dano moral, no entanto, de forma tímida, o que terminou acelerando os debates da doutrina e jurisprudência no processo de interpretação.

Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso X classifica o dano em patrimonial, quando se refere à questão material e extrapatrimonial, quando está relacionado ao aspecto moral, *in verbis:*

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes do país a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> [...]

Isto porque, segundo o inciso X, art. 5º, CF/88 a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem dos indivíduos é inviolável, e, por isto, ao ser ofendida requer indenização por danos materiais e moral.

Observa-se que a Constituição de 1988, com a defesa da pessoa humana, buscou resguardar direitos de personalidade, e por isto, determinou direitos à pessoa lesada, além dos deveres do agente causador do ato ilícito que causou o dano, apresentando formas de aceitação da reparação do dano moral. Nesta senda, nem doutrina ou julgadores não poderiam agir de forma contrária à Constituição Federal de 1988, sob a pena de inconstitucionalidade.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 foi criado para proteger as relações de consumo, especialmente do consumidor, parte mais frágil nas relações de consumo, e desamparado quando sofre danos extrapatrimoniais.

De acordo com o art. 6º da Lei n. 8.078/1990 que trata sobre a proteção e os direitos do consumidor nos casos de danos morais:

> [...] a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

Percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor, como importante ferramenta de proteção a pessoa humana, buscou normatizar as relações de consumo. Ao prever o dano moral, o instrumento jurídico garante acesso a justiça para que possa ser reivindicado, no sentido de obter reparação.

O Código Civil de 2002, também seguiu o ordenamento jurídico superior da Constituição Federal de 1988, pois, com a própria evolução doutrinária e jurisprudencial propiciou maior aceitação do dano moral. Desta forma, o artigo 186 do Novo Código Civil trata do ato ilícito, exclusivamente o moral, conforme disposto *in verbis:* "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.". O art. 187 se refere ao direito de reparar.

Já o art. 927, do Código Civil de 2002 trata acerca da obrigação de reparar:

> Art.927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Observa-se que doutrina e jurisprudência tem se manifestado e decidido de forma semelhante. Na visão de Silva (1999, p.189):

> [...] tomando-se por base as tendências doutrinárias e jurisprudenciais, temos que a regra geral é a de reparabilidade do dano moral, excluindo-se apenas os casos cuja reparação encontra-se limitada no próprio texto legal.

Percebe-se que no Brasil dissiparam-se possíveis divergências sobre a questão de reparação por dano moral, estando pacificado, não restando dúvida acerca da necessidade de compensação ou ressarcimento. O direito, de fato, adquiriu condição de norma constitucional.

2.2.3 Reparação

Uma das maiores dificuldades que doutrinadores, magistrados encontram em estabelecer a reparação pelo dano moral é devido à falta de parâmetros objetivos. De fato, a reparação por danos morais não exclui os traumas decorrentes do ato lesivo, o que dificulta inclusive o trabalho do magistrado em fixar o *quantum* indenizatório.

Alguns doutrinadores defendem a impossibilidade de estabelecer valores, preços para a dor. Porém, compreendem que houve dano e que deve, de alguma maneira ser reparado.

Venosa (2003, p.205) discorre acerca dos danos morais e a dificuldade de valoração:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Danos não patrimoniais, que nem todos admitem como sinônimo de danos morais, são, portanto, aqueles cuja valoração não tem uma base de equivalência que caracteriza os danos patrimoniais. Por isso mesmo, são danos de difícil avaliação pecuniária. Por sua natureza, os danos psíquicos, da alma, de afeição, da personalidade são heterogêneos e não podem ser generalizados.

Da mesma forma, Santos (2003, p.62) é favorável à reparação por danos morais assevera que "[...] seria escandaloso que alguém causasse mal a outrem e não sofresse nenhum tipo de sanção; não pagasse pelo dano inferido".

A respeito da reparação relativa aos danos morais, Reis (1998) afirma que a reparação encontrou entraves e controvérsias, porque a ideia do dano se relaciona com a teoria da responsabilidade civil, no que se refere à reparação. Porém, nos caso de danos morais nada há a reparar, segundo o autor, porque não há possibilidade de repor bens subjetivos. Assim, na ótica dos doutrinadores contrários, advindos da tese positivista, a reparação por danos morais não é aceita.

Em obra publicada mais recentemente Reis (2000, p.15) apresenta opinião diferenciada acerca da reparação por danos morais extrapatrimoniais:

> É inquestionável que os padecimentos de natureza moral, como, por exemplo, a dor, a angústia, a aflição física ou espiritual, a humilhação, e de forma ampla, os padecimentos resultantes em situações análogas, constituem evento de natureza danosa, ou seja, danos extrapatrimoniais.

Assim, tanto a jurisprudência, quanto a doutrina dominante, tem se manifestado a favor da reparação por danos morais. Mesmo que se apresentem vozes contrárias, atualmente, no Brasil, predomina a teoria de reparação por dano moral, como matéria superada, pacificada, embora se tenha dificuldades na quantificação.

2.3 FIXAÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR*

A doutrina tem demonstrado que, em se tratando de danos morais, a dificuldade de aplicação não está na conceituação, mas na possibilidade de reparação, pois, existe certo debate acerca do *quantum debeatur.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal do Brasil de 1988 determina que a indenização deve ser proporcional ao agravo (ART. 5º, caput e inciso XXII). Assim, no Brasil, tem-se adotado o sistema de tarifação da indenização aberto. O julgador (Juiz), depois de realizar avaliação subjetiva, estabelece o valor da reparação de maneira a reduzir a ofensa sofrida pela vítima, amenizando a lesão e, ao mesmo tempo, de certa forma responsabilizar o agente infrator de modo a não mais praticar tal ofensa a outras pessoas.

Ou seja, a subjetividade do magistrado ao mensurar ou tarifar a dor da vítima, algumas vezes, pode levar a reparações tímidas ou muito elevadas, conforme depreende Moraes (2009, p.121) o que pode gerar "[...] distorções e contradições teleológicas, devido aos tratamentos díspares em fatos homólogos ou semelhantes".

Assim, alguns julgadores têm sido econômicos em suas condenações, acreditando que o *quantum* estipulado seja justo no sentido de reparar os danos causados á vítima, sem que seja considerado lucro, mas um valor suficiente para ressarcir a vítima e o bem jurídico ofendido, além de convencer o agente infrator a se redimir da conduta ilícita.

A tarifação do dano significa elencar critério objetivo para valorar, tendo como ponto de partida determinado tipo, como: salário mínimo, máximo possível, de acordo com cada situação, sem que se tenha análise individual dos fatores subjetivos.

Delgado (2011) declara que atualmente, nas reparações por danos morais não há utilização de tabelas, cálculos matemáticos. Os juízes levam em consideração o pedido e o estudo de casos semelhantes. Ou seja, cada caso tem desfecho individual, e o valor da reparação ou ressarcimento poder variar, excedendo ou sendo inferior ao valor do teto. A utilização de um parâmetro poderia limitar o poder do judiciário.

O próprio Superior Tribunal de Justiça entendeu a não utilização de tarifação para reparação de danos morais, ao promulgar a Súmula 281, que determina que "[...] a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na lei de Imprensa", Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, art. 51, que previa que a responsabilidade civil do jornalista poderia ser de dois a 20 salários mínimos, em conformidade com a gravidade do dano ofendido.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento, no sentido de não aceitação da tarifação em danos morais, ao promulgar a Súmula Vinculante 281 que preceitua: "a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A respeito da tarifação da reparação por danos morais, o professor Venosa (2003, p.209) explica:

> A falta de legislação específica nessa problemática tem gerado, todavia, decisões díspares e incongruentes. De qualquer modo, em princípio, a tarifação ou qualquer outro estudo matemático não é sério adequado para danos morais em geral, porque amordaça a distribuição da Justiça: como ainda é nova a disseminação dessa modalidade de indenização em nossos tribunais, chegar-se-á, certamente, em breve tempo, a balizamento razoável imposto pela própria jurisprudência.

Venosa (2003) acredita, por outro lado, na possibilidade de cálculo para danos morais, uma vez que existem certos tipos de danos que podem estar submetidos à tarifação, como é o caso do dano corporal fisiológico, efetivado a partir de acidente de trabalho.

Para outro doutrinador, como é o caso de Reis (1998, p.97) fundamentado no método e doutrina francesa (Método de João Casillo) a tarifação é aceita com ressalvas, conforme abaixo disposto:

> Nesses textos, os autores da média de casos individuais na jurisprudência francesa, para estabelecer um ponto médio para as situações concretas. Não seria difícil no Brasil adotar semelhante procedimento, se considerarmos a imensa diversidade dos critérios utilizados pelos nossos tribunais. É certo que a nossa realidade cultura, social e econômica é imensamente diversa da francesa, quer em decorrência da extensão do território nacional, quer em virtude da diversificada realidade econômica, cultural e histórica existente em nosso estado.

Em publicação mais recente, a respeito dos critérios ou parâmetros que devem ser considerados, assim como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, Tartuce (2017, p.558) ressalta:

> Feitos esses esclarecimentos, na esteira da melhor doutrina e jurisprudência, na fixação da indenização por danos morais, o magistrado deve agir com equidade, analisando: a extensão do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> dano; as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos; as condições psicológicas das partes; o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima.

Sobre a questão do valor da reparação por danos morais, o Superior Tribunal de Justiça – STJ tem decidido pela análise de determinados critérios da gravidade do fato, de como a lesão foi repercutida, culpa do ofensor, situação financeira das partes, bom senso, princípios de isonomia, além de proporcionalidade e razoabilidade.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça – STJ (2018) nas indenizações por danos morais vem sendo adotado o método bifásico, de um valor básico de reparação é avaliado, levando-se em consideração o interesse jurídico lesado e grupo de precedentes. Posteriormente, as circunstâncias são verificadas para fixar de maneira definitiva, a indenização.

Em 2011 o STJ julgou o REsp 1.152.541, Terceira Turma, onde foi detalhado o método bifásico com relação ao valor a ser ressarcido por danos morais. O Ministro Paulo de Tarso Sanseyerino, relator da ação ressaltou a importância de haver duas etapas para a definição do valor da referida reparação, abaixo disposto pelo STJ (2018, p.1):

> Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo à determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz, justificou.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseyerino ainda afirmou que é impossível tarifar valor de indenização que venha, de fato, compensar a ofensa do lesado e que a solução seria a reparação, que embora não seja suficiente para prover os prejuízos sofridos (dano extrapatrimonial) deve ser efetivada tendo como princípio da igualdade. Em 2016, em outra decisão da Quarta Turma, relator Ministro Luis Felipe Salomão, o método bifásico novamente foi adotado, porque de fato é o mais equitativo, pois, reduz a arbitrariedade de critérios, subjetivos do julgador, além de se distanciar da tarifação do dano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Desta forma, compreende-se que o método bifásico tem sido o ponto de equilíbrio, uma vez que alia valor da reparação, interesse jurídico lesado e singularidades do caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho em tela discutiu a questão do dano moral e o *quantum debeatur* com o objetivo de conhecer os métodos aplicados pela doutrina, a fim de reduzir entraves à subjetividade, evitando possíveis injustiças nos processos de dano moral.

Observou-se que o problema inicial da pesquisa foi respondido, uma vez que na atualidade os juízes têm utilizados determinados critérios nas ações por danos morais, a fim de que o ressarcimento ou reparação não sejam ínfimas ou abusivas.

Na doutrina existem posições contrárias e favoráveis com relação à tarifação da reparação para danos morais. Parte dela, que se opõe à reparação, acredita que por se tratar de sentimentos, dor, tristeza da vítima lesada, não seria possível quantificar valores de compensação da lesão. Para outra parte, a favorável que leva em conta outras leis, como a da Imprensa, acredita que, em conformidade com a gravidade da lesão, pode ser estabelecido um valor mínimo e total para reparação.

Independentemente das opiniões, o Superior Tribunal de Justiça tem agido de outra forma. Ou seja, tem utilizado o método bifásico que analisa tanto o interesse jurídico lesado quanto um grupo de precedentes. Assim, o STJ tem julgado ações visando a equidade, proporcionalidade, razoabilidade, avaliando sempre a extensão do dano, as condições financeiras e psicológicas dos envolvidos e o grau de culpa (da vítima e do agente).

Com isto, as indenizações por danos morais, podem ser inferiores ou superiores ao valor solicitado inicialmente, devido à análise em que passa cada ação impetrada e, por isto, o resultado difere de um caso para outro.

Por se tratar de tema completo, deve ser mais aprofundado. A realização do estudo permitiu a possibilidade de contato com vasta bibliografia, o que de fato contribuiu para o crescimento da acadêmica.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Constituição. República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htmAcesso em: 4 abr. 2020.

_____.**Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em: 4 abr. 2020.

_____.**Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providencias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> Acesso em : 15 abr. 2020.

_____.**Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código civil dos Estados Unidos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm Acesso em: 16 abr. 2020.

_____.**Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.** Lei de Imprensa. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5250-9-fevereiro-1967-359026-norma-pl.html Acesso em: 17 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal federal. **Súmula Vinculante n. 25**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000127&base=base Acordaos. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____.Superior Tribunal de justiça. **Súmula vinculante n. 281.**Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2487 Acesso em: 17 abr. 2020.

_____.Superior Tribunal de Justiça. **O método bifásico para fixação de indenizações por dano moral.** 2018. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-

antigas/2018/2018-10-21_06-56_O-metodo-bifasico-para-fixacao-de-indenizacoes-por-dano-moral.aspx Acesso em: 17 abr. 2020.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 10 Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____.**Programa de responsabilidade civil**. 9. Ed. Revista e Ampliada. Editora Atlas. São Paulo. 2010.

COSTA RICA. **Convenção americana de direitos humanos – 1969 (Pacto de San José da Costa Rica).** Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Disponível em:<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html> Acesso em: 14 abr. 2020.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral**: como chegar até ele. 3. ed. São Paulo: Mizuno, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. Vol. 7. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____.**Curso de direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. Vol. 7. 17. Ed. São Paulo:Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva,2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. Ed. Editora Saraiva. 2009.

MARCONI, Marina. de A.; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da metodologia científica**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco como fundamentos da responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Dano à pessoa humana**: uma leitura civil constitucional dos danos morais. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2015.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
_____. **Avaliação do dano moral.** 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. V.4. 20 ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

_____. **Direito civil:** responsabilidade civil. 19 Ed. São Paulo: Saraiva,2002.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável.** 3. Ed. São Paulo: Método, 2003.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil**: História, Direito e Economia. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Américo Luís Martins da.**O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: RT, 1999.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil. Vol. 4. São Paulo: Atlas S/A, 2016.

_____. **Direito civil:** responsabilidade civil. Vol. 4. 3. Ed. São Paulo: Atlas S/A, 2003.

VERGARA, Sylvia.Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre o nexo de causalidade**. Revista Jurídica, Rio de Janeiro, n. 296, jun., 2002.

[1] *Quantum debeatur* montante da dívida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO DA DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS

ANA GABRIELLE GOMES ABREU: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA
ARTHUR ORSANO VIEIRA CASTELO BRANCO[1] (Coautor)
ANDRÉIA NÁDIA LIMA DE SOUSA PESSOA[2] (Orientadora)

RESUMO[3]: O presente artigo tem por objetivo a discussão da restrição da doação de sangue por homossexuais existente no artigo 64, IV da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e no artigo 25, XXX, *d* da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), fazendo uma análise histórica e traçando um paralelo com princípios constitucionais contidos, de forma implícita e explícita, na Constituição Federal de 1988, como o princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade, não discriminação e proporcionalidade, e com a teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais, bem como comparando com as normas utilizadas em outros países. Utilizando-se do método de abordagem dedutivo e pesquisa bibliográfica, com uso de doutrinas e legislação sobre o tema.

Palavras-chave: Doação de Sangue. Homossexualidade. Restrição. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This article aims to discuss the restriction of blood donation by homosexuals existing in article 64, IV of Ordinance 158/2016 of the Ministry of Health and in article 25, XXX, d of the Resolution of the Collegiate Board - RDC nº 34/2014 of National Health Surveillance Agency (ANVISA), making a historical analysis and drawing a parallel with constitutional principles such as the principle of human dignity, statistics, non-discrimination and proportionality, and with a theory of vertical ethics of fundamental rights, as well as comparing standards used in other countries. Using the method of deductive approach and bibliographic research, using doctrines and legislation on the topic.

Keywords: Blood Donation. Homosexuality. Restriction. Unconstitutionality.

Sumário: 1. Introdução. 2. O sangue e sua aplicabilidade no passado e presente. 3. Doação de sangue e a homossexualidade. 4. Direito comparado: doação de sangue por homossexuais pelo mundo. 5. A inconstitucionalidade da vedação da doação de sangue por homossexuais; 5.1 Eficácia vertical dos direitos fundamentais. 5.2 Princípio da dignidade da pessoa humana. 5.4 Princípio da igualdade e não-

discriminação. 5.4 Princípio da proporcionalidade e razoabilidade. 6. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543. 7. Considerações Finais. 8. Referências

1 INTRODUÇÃO

A utilização do sangue é bastante difundida em inúmeros tratamentos médicos comuns e complexos, sendo de suma importância para que esses procedimentos tenham êxito. No Brasil, a coleta desse material se dá por meio de doações de cunho voluntário, onde o particular procura instituições autorizadas para que essa se efetive. Porém, deve ser observada a proteção tanto ao doador como a de quem irá fazer uso do material coletado, surgindo assim, leis que regulam essa prática. Todavia, em certos pontos, essas normas se demonstraram antiquadas e até mesmo ferindo pressupostos constitucionais.

Com efeito, visando aliviar esse acometimento causado por essas normas, o Partido Socialista Brasileiro – PSB expõem que as normas reguladoras da doação de sangue violam direitos e princípios protegidos constitucionalmente, dentre eles está o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, trazendo assim a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5543. Também nessa mesma visão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte julga parcialmente procedente uma apelação cível onde o autor foi impedido de realizar a doação por se enquadrar no grupo de risco temporário determinado pela norma reguladora.

Visando essa questão, o presente estudo busca analisar a estigmatização da homossexualidade na história e a inconstitucionalidade da restrição da doação de sangue por homens homossexuais difundida pela Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e pela Resolução da Diretoria Colegiada - RDC N° 34/2014 da ANVISA, fazendo uma relação com princípios constitucionais existentes na Constituição Federal de 1988 com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade, no princípio da não-discriminação e no princípio da proporcionalidade, utilizando como método a abordagem dedutiva, técnica bibliográfica e doutrinária, bem como o procedimento histórico.

Por fim, a relevância do presente estudo se solidifica no momento em que soma aos conhecimentos já encontrados em diversos meios de pesquisa sobre o conteúdo abordado, sendo esta mais uma contribuição que cumula para o meio científico de uma forma geral, visando ampliar o leque de debates e soluções com relação ao tema em usufruto.

2 O SANGUE E SUA APLICABILIDADE NO PASSADO E PRESENTE

Segundo o livro texto do Ministério da Saúde "Técnico em Hemoterapia" (2013), desde os primórdios, sabe-se que o sangue é um líquido vital. Em batalhas, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sucesso encontrava-se no tamanho do ferimento desferido ao inimigo, pois quanto maior este fosse, mais sangue o indivíduo perdia, aumentando, assim, as chances de vitória, além do que, era usado em rituais sagrados.

De acordo com Freitas (2012), um dos primeiros relatos de que essa substância tão valiosa foi usada com fins medicinais data de 1492, no Século XV, onde para se curar de uma grave doença, o papa Inocêncio VIII foi convencido a ingerir o sangue de três jovens, que acabaram morrendo anêmicos, sem que se conseguisse restabelecer a saúde da autoridade religiosa.

> O sangue sempre teve importância destacada na história da medicina. O seu uso, com finalidade terapêutica, foi empregado pelo homem há muitos séculos. Sabe-se que os antigos se banhavam ou bebiam sangue de pessoas ou de animais, com variados objetivos, acreditando, sobretudo, que assim fazendo poderiam curar certas doenças ou fortalecer o seu organismo. Essa prática caracterizava o período pré-histórico da transfusão no mundo. (Ministério da Saúde, *et al*, 2013)

Assim, buscou-se entender o que era essa matéria, sendo que foram produzidos diversos experimentos com animais, inclusive transfundindo sangue de animas em humanos, todavia, não obtendo êxito duradouro, pois as cobaias e pacientes vinham a óbito poucas horas depois de iniciado os tratamentos.

Atualmente, tendo em vista o conceito dado pela Fundação Hemominas (2014), o sangue é um tecido vivo, composto de plasma, parte líquida deste, na qual estão misturados os elementos sólidos, sendo estes hemácias, leucócitos e plaquetas, todos podendo ser usados separadamente para inúmeros tratamentos distintos, podendo beneficiar vários pacientes com uma única bolsa de sangue.

O desenvolvimento da transfusão de sangue ao longo da história, como qualquer outro método científico, é no mínimo demorado e trabalhoso, com diversas negativas diante dos vários testes realizados. Entretanto, de acordo com Tomas (2017), o professor francês Jean-Baptiste Denis, foi pioneiro ao proceder com a primeira transfusão sanguínea catalogada envolvendo um ser humano. Em meados do século XVII, quando o médico do Rei Luiz XIV, fazendo uso de um tubo de prata, infundiu sangue de uma ovelha em uma pessoa, procedimento este que teve relativo sucesso, porém o paciente entrou em óbito após a terceira transfusão. A justificativa para a utilização do sangue de um animal é que este estaria isento da poluição do sangue humano, que seria a inveja, desejo, raiva etc.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda, mesmo que algumas experiências com transfusões heterólogas, sendo estas as transfusões do sangue de animal para um humano e até doações de uma pessoa para outra, terem obtido sucesso momentâneo, não tiveram êxito duradouro, sempre findando com a morte de quem se pretendia auxiliar.

Dito isso, é necessário se entender a distinção entre os significados de *hematologia* e *hemoterapia*. A hematologia, segundo Dicionário Michaelis On-line Uol, é o "ramo da biologia que estuda o sangue e todos os processos hematopoiéticos.". Já a hemoterapia se caracteriza como o "emprego de sangue ou de produtos do sangue, como o plasma sanguíneo, no tratamento de certas enfermidades.".

> A transfusão sanguínea é um procedimento terapêutico de injeção de sangue ou de um de seus componentes na corrente sanguínea de um indivíduo. É, ainda, o conjunto dos procedimentos médicos e biológicos (doação, transformação, conservação e reinjeção do sangue) que permitem a transfusão de sangue, utilizado em pacientes que apresentam perda aguda de sangue (acidentes, cirurgias etc.) ou perda crônica (anemias crônicas, quimioterapias e outras doenças). A transfusão é um procedimento complexo, de sorte que para garantir o máximo de segurança ao paciente, é executado obedecendo rigorosamente às normas editadas pelas autoridades sanitárias do Brasil." (FREITAS, 2012, p. 34)

Dessa forma, consiste o tratamento da hemoterapia em um procedimento terapêutico, onde se é injetado, dentro da corrente sanguínea de um indivíduo, sangue, e/ou um de seus componentes, podendo ser advindo tanto de outro indivíduo, quanto do próprio paciente, sendo esse procedimento denominado de doação autóloga, com a finalidade de assegurar a vida, saúde e o bem-estar da pessoa que irá recebê-lo.

Devendo-se ressaltar também que o médico austríaco Karl Landsteiner, de acordo com Junqueira; Rosenblit; Hamerschlak (2005), por volta do ano de 1900, descobriu que o sangue difere de um indivíduo para outro. Em uma experiência, o doutor notou que as hemácias presentes no sangue, ao serem misturadas com o de outra pessoa, formam um aglomerado correspondente ao de um coágulo, concluindo que devia existir algum tipo de compatibilidade, posteriormente inferindo nos atuais grupos sanguíneos A, B, AB e O.

As transfusões de sangue, logo depois do avanço trazido pelo médico Karl Landsteiner, eram realizadas por inovadores da época reconhecidos mundialmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

como os médicos cirurgiões Crille, De Bakey, Carrel e vários outros. Apesar de no Brasil, os médicos Armando Aguinaga e Brandão Filho terem sido os percursores no uso desse método, no Estado do Rio de Janeiro, nota-se que a melhor descrição desse procedimento aconteceu em Salvador, no momento em que o professor de Clínica Médica, Garcez Fróes, realizou a primeira transfusão de sangue do país (JUNQUEIRA, 2005).

> Na década de 40, no Rio de Janeiro e em São Paulo, a Hemoterapia brasileira começou a se caracterizar como uma especialidade médica. Em 07 de dezembro de 1942, foi inaugurado o primeiro Banco de Sangue no Instituto Fernandes Figueira, Rio de Janeiro, visando obter sangue para este hospital e atender ao esforço de guerra, mandando plasma humano para os hospitais das frentes de batalha. Foram seus fundadores e organizadores os médicos Mario Pereira de Mesquita, Raymundo Muniz de Aragão e Vera R. Leite Ribeiro. O industrial Francis Hime, filantropicamente, custeou a instalação e manutenção deste serviço. Também em 1942, em Porto Alegre, foi fundado o Banco de Sangue da Santa Casa, por Guido Bornancini, Heitor Cirne Lima e Rabelo Antoniacci. (JUNQUEIRA, 2005, p. 203)

O autor ainda diz que em território nacional, especialmente na Região Sudeste, nos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, na década de 40, a transfusão sanguínea começou a ser vista como uma especialidade da medicina, surgindo os primeiros bancos de sangue do país, sendo inaugurados em várias capitais brasileiras. É de notória importância dizer que o primeiro banco de sangue público foi fundado na cidade de Porto Alegre, em 1941, sendo logo em seguida inaugurada no Rio de Janeiro e por último no ano de 1942, em Recife.

É notório salientar que, ainda na década de 1940, houve um grande marco para a história da transfusão sanguínea. De acordo com Arruda (2007), estudiosos descobriram que além de proporcionar o salvamento de vidas o sangue também era um grande transmissor de doenças como sífilis e hepatite. Diante de tais fatos, passou-se a ser realizada uma seleção cuidadosa nas amostras de sangue doadas a fim de que fossem detectadas possíveis doenças infecto-contagiosas capazes de serem transmitidas via doação sanguínea.

Na década de 1950 foi promulgada a Lei nº 1.075 de 25 de março de 1950 que traz a regulamentação sobre a doação voluntária de sangue. Já em 1965 foi criada, pelo Ministério da Saúde, a Comissão Nacional de Hemoterapia. Entretanto, durante os anos de 1964 e 1979, existia pouca regulamentação e normatização no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que diz respeito à política da doação de sangue. Portanto, possuía um sistema desorganizado e de qualidade questionável, existindo casos, até mesmo, de doação sanguínea remunerada.

> Em 1979, a Sociedade Brasileira de Hematologia e Hemoterapia era presidida por Celso Carlos de Campos Guerra. Inconformado com a situação das doações de sangue em alguns serviços do Brasil, muitas vezes realizadas por presidiários em troca de cigarros, ou por mendigos em busca da remuneração, estimulou e liderou diversos colegas de São Paulo, entre eles Luiz Gastão Rosenfeld, Jacob Rosenblit,Nelson Hamerschlak, Pedro MaçanobuTakatu e Leonel Szterling, em uma cruzada por todo o País, que culminou em junho de 1980 com a extinção da doação remunerada de sangue no Brasil (HAMERSCHLAK; JUNQUEIRA; ROSENBLIT, 2005, p. 205).

Entretanto, somente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 199, parágrafo 4º a doação remunerada de sangue foi totalmente vedada, *vide*:

> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
>
> § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Tornando a doação de sangue um ato voluntário, altruísta, anônimo e não remunerado, proibindo qualquer tipo de comercialização ou cobrança, sendo um ato de solidariedade, extinguindo assim os bancos privados de doação de sangue e a figura do doador gratificado.

3 DOAÇÃO DE SANGUE E A HOMOSSEXUALIDADE

De acordo com Anderson Luís Sant'ana (2016), os anos de 60 a 80 foram marcados pela libertação e quebras de tabus, por conta disso essas décadas ficaram conhecidas como a década da "Revolução Sexual". E foi nesse cenário de liberdade e experimentação sexual que surgiu a AIDS, uma das epidemias mais terríveis da humanidade que, até o momento, desafia a ciência.

Em 1981 a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) foi reconhecida e conceituada como "um conjunto de sinais e sintomas provocados por uma grave ineficiência do sistema imunológico, causada por um vírus que compromete,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

seriamente, a saúde do indivíduo, porque elimina as células de defesa do seu organismo" (AZEVEDO, 2002, p. 32).

O vírus causador dessa doença é conhecido como HIV e ele está presente no sangue, secreção vaginal, sêmen e no leite materno. E, de acordo com o Ministério da Saúde (BRASIL), sua transmissão acontece por relações sexuais, uso de seringa por mais de uma pessoa, instrumentos que furam ou cortam não esterilizado, da mãe infectada para seu filho durante a gravidez, no parto e na amamentação, transfusão de sangue contaminado.

Os primeiros casos da doença surgiram nos Estados Unidos da América e na África, sendo que a maioria dos infectados eram homossexuais do sexo masculino moradores dos grandes centros de concentração LGBT's. Com isso, infelizmente, a imprensa concluiu e propagou, sem qualquer base científica, que se tratava de uma doença específica da comunidade homossexual, sendo batizada até mesmo de imunodeficiência gay, peste gay, câncer gay.

Com o descobrimento da doença e da possível transmissão através da transfusão sanguínea, os bancos de sangue ficaram em situação crítica, pois os potenciais doadores temiam por sua saúde e evitavam doar seu sangue. Além disso, o preconceito contra os homossexuais foi reforçado, visto que eles faziam parte do "grupo de risco".

Ainda, visando contextualizar a forma de seus impactos, não só pelo receio que essa epidemia ocasionou como também pelos problemas clínicos, Daniel e Paker (2018, p. 15) afirmam que existem três fases diferentes da epidemia da AIDS:

> A primeira é a epidemia da infecção pelo HIV que silenciosamente penetra na comunidade e passa muitas vezes despercebida. A segunda epidemia, que ocorre alguns anos depois da primeira, é a epidemia da própria AIDS: a síndrome de doenças infecciosas que se instalam em decorrência da imunodeficiência provocada pela infecção pelo HIV. Finalmente, a terceira (talvez, potencialmente, a mais explosiva) epidemia de reações sociais, culturais, econômicas e políticas à AIDS.

Nesse sentido, pode-se afirmar, que os reflexos das desinformações espalhadas persistem até hoje. Excluem-se os portadores do vírus e discriminam aqueles que foram taxados de "grupos de riscos".

Onã Silva (2013) explica muito bem esse pensamento:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A construção social da AIDS – síndrome então desconhecida no mundo acadêmico – se configurou e fortaleceu na ideia de doença contagiosa, incurável, mortal, provocada pelo castigo divino. Tornou-se ameaça à sociedade, que passou a evitar o portador do vírus. Inclusive a exclusão era reflexo do ato punitivo social pelas supostas transgressões praticadas pelas pessoas soropositivas. A representação inicial também era de uma doença associada aos grupos de risco – geralmente aqueles discriminados como homossexuais, usuários de drogas injetáveis e profissionais do sexo – e, posteriormente, aos grupos específicos dos hemofílicos e receptores de sangue transfundido. Essa representação rotulou a Aids no campo das doenças malignas, mexeu com sentimentos e preconceitos, gerou condutas e políticas discriminatórias aos grupos mais vulneráveis ao HIV.

Em 1988, a Lei nº 7.649 de 25 de janeiro de 1988 impôs o cadastro obrigatório dos doadores de sangue e a realização de exames laboratoriais nos sangues coletados, tendo como objetivo a prevenção da propagação de doenças, visto que, como já foi citado anteriormente, existem doenças que podem ser transmitidas pelo sangue, entre elas está a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS).

Diante de tais fatos, a restrição da doação de sangue por homossexuais imposta no artigo 64, IV da Portaria nº 158 de 04 de fevereiro de 2016 e no artigo 25, XXX, d da RDC nº 34/2014 que considera inapto pelo período de 12 (doze) meses o homem que tiver relações sexuais com outro homem, está pautada, exclusivamente, na desinformação sobre as formas de transmissão e no preconceito criado contra as vítimas desse vírus àquela época. Todavia, houve muitos avanços científicos no que diz respeito à transmissão e o comportamento dele no corpo humano. Além disso, existe uma rigorosa triagem no sangue onde, de acordo com Ministério da Saúde (2015), consiste em três etapas: registro do doador (o doador será cadastrado), triagem clínica (entrevista individual e sigilosa) e triagem sorológica (teste laboratorial de alta sensibilidade no sangue coletado a fim de detectar possíveis doenças infecto contagiosas).

Dessa forma, é plausível questionar a vigência dessa restrição, pois além de está pautada em pensamentos e fundamentações da década de 80, momento do surto da AIDS, atingindo em grande parte a população de homens homossexuais, há um choque material com relação aos direitos fundamentais e princípios protegidos constitucionalmente.

4 DIREITO COMPARADO: DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS PELO MUNDO

As normas referentes à doação de sangue não possuem um padrão mundial, por isso existem países que não possuem restrição no que diz respeito à doação por homossexuais e há aqueles que fazem restrições severas, como é o caso da Áustria, que, segundo seu Ministério da Saúde, exclui permanentemente os homens que fazem sexo com outros homens.

Pelo mundo há cerca de 50 países que possui algum tipo restrição. No entanto, essa realidade começou a mudar na última década. Diversos países começaram a reavaliar seus protocolos de doação buscando eliminar as restrições baseadas em preconceitos contra orientações sexuais. (GRODIRA, 2014)

Na América do Sul, de acordo com o MOVILH – Movimento de Integração e Libertação homossexual (2013), o primeiro país a eliminar a restrição foi o Chile, que no ano de 2013, através de seu Ministério da Saúde, emitiu um novo regulamento afirmando que a seleção de doadores devia ter caráter técnico, sem a possibilidade de discriminação por orientação sexual. Além disso, aqueles que tiverem condutas consideradas de risco (relação sexual com mais de um parceiro), não importando sua orientação sexual, estão proibidos de doar sangue pelo período de 12 (doze) meses.

O exemplo foi seguido pela Argentina, que no ano de 2015 anulou a restrição existente aos homossexuais do sexo masculino, conforme matéria publicada no site do Ministério da Saúde da Argentina:

> Com o objetivo de avançar em direção a um Sistema Nacional de Sangue seguro, solidário e inclusivo, o Ministério da Saúde da Nação, encarregado de Daniel Gollan , apresentará os novos requisitos para doação de sangue no âmbito das políticas de saúde promovidas por este portfólio e, em particular, do Plano Nacional de Sangue, com o objetivo de encerrar uma longa história de discriminação institucional contra a comunidade LGBT (lésbicas, gays, transexuais e bissexuais). (tradução nossa)

No continente europeu, a Rússia, apesar de ser um país muito conservador, aboliu a restrição no ano de 2008. Houve uma tentativa de restauração da restrição em 2013 através de emendas na lei proposta por Mikhail Degtiariov, vice-presidente da Comissão de Ciências. No entanto a proposta foi rejeitada pelo parlamento russo.

Na África do Sul, o país que possui uma das maiores concentrações de soropositivos do mundo, segundo o relatório do Programa da Organização das Nações – UNAIDS, alterou suas normas para assim incluir todos como doadores,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

eliminando qualquer tratamento desigual e discriminatório que tenha como base a orientação sexual. (KONCHINSKI, 2010)

Já nos Estados Unidos, no ano de 2015, a restrição da doação de sangue que chegava a 30 anos para homossexuais foi diminuída para 12 (doze) meses, o mesmo lapso temporal usado no Brasil. No entanto, devido a pandemia do novo coronavirus e a redução drástica das doações de sangue devido ao isolamento social, a Administração de Alimentos e Medicamentos dos Estados Unidos (FDA) anunciou a redução do período para 3 (três) meses. (ANTUNES, 2020)

Portanto, é possível notar as mudanças que ocorreram em alguns países no mundo no tocante a doação de sangue por homossexuais, seja diminuindo ou extinguindo as restrições e isso só foi possível devido aos avanços medicinais que possibilitaram um maior controle da doença e a luta pelo fim da discriminação, visando a dignidade humana.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS

5.1 Eficácia vertical dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem previsão legal na Constituição Federal de 1988 em seus artigos 5° ao 17° e conforme Alves (2012), entende-se que estes são direitos tidos pelo ordenamento jurídico como essenciais, por estarem ligados intimamente à necessidade de liberdade e igualdade, fazendo-se indispensáveis para a própria condição humana, sendo esses direitos imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis.

É necessário, também, que se faça uma breve distinção entre "direitos fundamentais" e "direitos humanos" (ou direitos do homem) onde, segundo ensinamentos de Fernandes (2017) essa diferenciação se apresenta somente no campo de sua concretização, uma vez que direitos fundamentais apresentam por si só normatividade, ou seja, são normas jurídicas que podem ser demandadas no plano interno do Estado (passível de sanção), já com relação aos direitos humanos, são reconhecidos no campo abstrato, sendo positivados no domínio do direito internacional, (a exemplo posto pelo próprio autor, os Tratados e Convenções Internacionais).

Tendo em vista Maquiavel, em sua obra O Príncipe (1532), "um príncipe não deve, pois, temer a má fama de cruel, desde que por ela mantenha seus súditos unidos e leais"; assim, segundo esse pensamento, entende-se que é compreensível que o Estado ou Governante aja de forma opressora em desfavor da sociedade para atingir seus objetivos. Todavia, com o exercício dos direitos fundamentais houve uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

limitação nesse poder, surgindo a eficácia vertical, pondo o particular a frente do Estado.

Com isso, devido essa relação entre particular e Estado, pode-se afirmar que surge para esse governo a obrigação de não fazer, ou seja, deve este respeitar os direitos do indivíduo. Ainda cabe destacar que de acordo com Rodrigues (2013, p. 08) o Ente Federado "tem ainda a missão de fazê-los acatar pelos particulares", ou seja, criando normas passíveis de punição tendo a obrigação de fazê-lo caso necessário para proteger os direitos do indivíduo.

Todavia, mesmo existindo a eficácia vertical, cujo intuito seria proteger o particular contra o exagero do Governo, ocorrem casos onde o próprio Estado toma decisões que se mostram inconstitucionais e que confrontam os direitos e princípios fundamentais como o seguinte caso da jurisprudência julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, que deferiu parcialmente a apelação, concluindo inconstitucional a proibição temporária imposta aos homens homossexuais pela lei reguladora da doação de sangue, a saber:

> CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDOS DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. **REQUERENTE DO SEXO MASCULINO QUE FOI IMPEDIDO DE REALIZAR DOAÇÃO DE SANGUE POR TER INFORMADO, EM ENTREVISTA RESERVADA, SER HOMOSSEXUAL E TER SE RELACIONADO SEXUALMENTE COM PESSOA DO MESMO SEXO, NOS ÚLTIMOS DOSE MESES ANTERIORES À ENTREVISTA**. NEGATIVA BASEADO NO ITEM B.5.2.7.2, LETRA D, DO ANEXO I DA RESOLUÇÃO RDC N° 153/2004 ANVISA, VIGENTE À ÉPOCA. **NORMA RECONHECIDA COMO INCONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO POR ESTA CORTE**. MODIFICAÇÃO POSTERIOR. IRRELEVÂNCIA. NOVOS ATOS REGULATÓRIOS QUE POSSUEM OS MESMOS REFLEXOS PRÁTICOS. ART. 497, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO DE TUTELA INIBITÓRIA. EFEITO APENAS INTER PARTES. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REPARAÇÃO CIVIL POR ATO ADMINISTRATIVO DECORRENTE DE NORMA INCONSTITUCIONAL. NORMA VÁLIDA À ÉPOCA DO EVENTO SUPOSTAMENTE DANOSO. ESTADO E SEUS PRESSUPOSTOS QUE AGIRAM NO ESTRITO CUMPRIMENTO DA NORMA VIGENTE. AUSÊNCIA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO.

> RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NESTE PARTICULAR. **APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA**. (TJ-RN - AC: 20140024371 RN, Relator: Desembargador Cornélio Alves, Data de Julgamento: 23/07/2019, 1° Câmara Cível) (grifo nosso)

Ao se analisar o acórdão da jurisprudência acima, percebe-se que ao responder a entrevista prévia, o autor teve sua doação negada em virtude de ter mantido um relacionamento com pessoa do mesmo sexo e ter tentado realizar a doação antes de decorrido o prazo dito pela norma, de 12 meses. Entretanto, ao ler o acórdão, o magistrado toma sua decisão alegando que a RDC n° 34/2014 da ANVISA menospreza os artigos 1°, III (Dignidade da Pessoa Humana), 3°, IV (promover o bem de todos, sem [...] quaisquer outras formas de discriminação) e 5° da Constituição Federal de 1988, julgado parcialmente improcedente, visto que por está desempenhando sua ação dentro da lei vigente, não cabe condenação do Estado por danos morais, o que não torna essa norma menos prejudicial ao diploma constitucional.

Ademais, é fato que algumas normas se tornem inconstitucional ao serem analisadas de forma minuciosa aos olhos dos direitos e princípios fundamentais, e em sendo, ferem direitos protegidos e fundados constitucionalmente, como no caso das leis reguladoras da doação e transfusão de sangue no Brasil, onde discriminam homens por manterem relações sexuais com pessoas do mesmo sexo, até mesmo parceiras sexuais destes, não permitindo que estes doem sangue, prejudicando assim a eficácia vertical.

5.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 incorporou de forma expressa ao seu texto o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o tendo como um dos valores máster para aplicação das normas, objetivando validar de forma plena, os direitos fundamentais assegurando, assim, o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como o bem estar, sem quaisquer formas de discriminação, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça social; paradigmas de suma importância levando em conta o texto constitucional pós-ditadura.

Apesar de tamanha dificuldade de se definir um conceito, Sarlet (2015) traz de forma rápida algumas características desse princípio, que podem ajudar na compreensão do que este seria:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. (SARLET, 2015, p. 51)

Não obstante temos a visão de Kumagai e Marta (2010) onde mostram que "os direitos fundamentais evoluíram com grande intensidade no sentido de proteger o indivíduo em sua dignidade", e com isso deve estar presente em tudo no que diz respeito à elaboração de leis.

Todavia, apesar do que se defende no texto constitucional, é importante notar que algumas dessas normas dão margem à discriminação, arrastando opiniões e formas de pensar ultrapassadas. A portaria n° 158/2016 do Ministério da Saúde, junto a RDC n° 34/2014, são responsáveis pela regulamentação das doações de sangue no Brasil, porém trazem em seu texto impedimentos pautados em pensamentos retrógrados sobre homens homossexuais, não permitindo que estes doem seu sangue por um período de tempo exorbitante, os colocando em um grupo de risco sem lhes darem oportunidade de provar o contrário para poderem ofertar sua doação.

Tendo isso em mente, há um choque com o princípio elucidado, pois, se tratando dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que são abrangidos pelos princípios constitucionais, em seu artigo 3°, IV, se visa promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como o preconceito pela orientação sexual.

5.3 Princípio da igualdade e não-discriminação

O Princípio da Igualdade encontra-se explícito no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal que afirma que "todos somos 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 segurança e à propriedade".

Esse princípio tem uma íntima relação como o Princípio da dignidade da pessoa humana, visto que a garantia de um tratamento igualitário também é garantia de uma vida digna. Entretanto, de acordo com Aristóteles, em seu livro Ética a nicômaco, "devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade", ou seja, o tratamento igualitário deve ter como base as desigualdades sociais já existentes, extinguindo assim qualquer tratamento discriminatório proporcionando um equilíbrio social

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A informação também pode ser utilizada no conceito do Princípio da não-discriminação que se trata de uma ampliação do princípio da igualdade, como afirma Walber de Moura Agra (2018, p. 193):

> [...]deriva do princípio da igualdade, no que impõe a obrigação de o Estado não discriminar seus cidadãos, tratando-os de forma igual. Deflui esse postulado do princípio da isonomia, que marcou os direitos de segunda dimensão, e que se expande, em maior ou menor intensidade, a vários direitos fundamentais. Devido ao seu conteúdo, os direitos humanos não podem ser outorgados a alguns em detrimento de outros, a não ser que haja uma motivação fática que possa justificar tal diferenciação. Discriminações apenas são toleradas quando são proporcionais e visam incorporar hipossuficientes à organização social estabelecida.

Diante disso, no ano 2019, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, deu um grande salto na busca por um equilíbrio social ao criminalizar a homofobia e a transfobia enquadrando-as na Lei nº 7.716/89, conhecida como lei do racismo, tendo em vista a quantidade de mortes, agressões, ódio contra homossexuais e transexuais e a omissão do legislativo.

No entanto, a qualificação da homofobia como crime de racismo não impediu que a ANVISA e o Ministério da Saúde continuassem proibindo a doação de sangue por homossexuais do sexo masculino, utilizando como argumento o fato deles estarem no "grupo de risco" por conta de sua orientação sexual, todavia não existe nenhum estudo científico que comprove tal afirmação. Ainda que se usasse a visão aristotélica de tratar os desiguais de forma desigual, a orientação sexual não determina o comportamento sexual, tanto heterossexuais como homossexuais podem ou não terem condutas promíscuas, colocando-os no "grupo de risco".

Nesse diapasão, assevera Vecchiatti (2011, p. 221-222):

> Assim, se não for apresentada uma fundamentação lógico-racional que justifique a discriminação pretendida com base no critério diferenciador erigido, será inconstitucional o tratamento diferenciado daqueles que são diferentes ou vivem de forma diversa daqueles que defendem a discriminação – e o mero moralismo majoritário isoladamente considerado não é uma motivação lógico-racional por se pautar em uma visão totalitária de mundo, que não aceita que outras pessoas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> possam ser felizes ou viverem livremente de forma distinta daquela defendida por este moralismo majoritário, o que é incompatível com o reconhecimento do direito ao pluralismo social constitucionalmente consagrado, que garante às pessoas o direito de viverem suas vidas da forma como melhor entendam.

É importante ainda analisar o disposto no artigo 2º, §2º e 3º e no artigo 64, IV da Portaria 158 de 2016 do Ministério da Saúde:

> Art. 2º, § 2º A manutenção de toda a cadeia produtiva do sangue depende dos valores voluntários e altruístas da sociedade para o ato da doação, devendo o candidato à doação de sangue ser atendido sob os princípios da universalidade, integralidade e **equidade** no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).
>
> § 3º Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, **porém com isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida**, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor.
>
> Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:
>
> IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes (grifo nosso)

Não resta dúvida que os parágrafos 2º e 3º do artigo 2º objetivam a garantia do princípio da igualdade e da não-discriminação. Entretanto, eles vão de encontro ao que está disposto no artigo 64, IV da mesma portaria, causando assim uma dicotomia, pois num momento preza pela equidade, no outro discrimina homem que tiveram relações sexuais com outros homens.

Essa restrição afeta de forma drástica a doação de sangue. Segundo Pâmela Carborani (2016), é desperdiçado cerca de 18 milhões de litros de sangue por ano por conta dos requisitos impostos pelo Ministério da Saúde. E, mesmo em meio a pandemia do novo coronavírus, as restrições ainda continuam, apesar do estoque de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sangue está bem abaixo do necessário, de acordo uma nota do órgão enviada à BBC News Brasil.

Nesse sentido, é importante trazer os critérios que Celso de Mello (2012, p.09) expõe para possibilitar a identificação de uma violação ao princípio da igualdade:

> Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:
>
> a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
>
> b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrímem e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
>
> c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.
>
> Esclarecendo melhor: tem-se que se investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

É perceptível que, para o Ministério da Saúde, mesmo sem nenhum embasamento científico, o homossexual do sexo masculino ainda é o mais propenso a contrair HIV, visto que não está descrito no inciso uma conduta ou comportamento específico, mas um sujeito específico, perpetuando assim, mesmo que de forma velada, o preconceito e a desigualdade.

5.4 Princípio da proporcionalidade e razoabilidade

O princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) não se encontra expresso na Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, um princípio implícito,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mas não é por não ter previsão em texto legal que ele não seja tão importante quanto aqueles que podem ser encontrados tipificados na Carta Magna.

Nesse sentido afirma Walter Claudius Rothenburg (2003, p. 54-55):

> Como afirma Ferrara – refere Perrini (1996:131) -, "o direito não é só o conteúdo imediato das disposições expressas; mas também o conteúdo virtual de normas não expressas, porém ínsitas no sistema.". Eros Roberto Grau (1990:125-6) aponta a relatividade da distinção entre os "princípios positivos do Direito" (que "reproduzem a estrutura peculiar das normas jurídicas") e os "princípios gerais do Direito" ("não expressamente enunciados em normas explicitas, descobertos no ordenamento positivo, (que) também configuram norma jurídica..."). Carlos Ari Sundfeld (1992:144) sintetiza: "Os princípios implícitos são tão importantes quanto os explícitos; constituem, como estes, verdadeiras normas jurídicas. Por isso, desconhecê-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros princípios.". Ricardo Luis Lorenzetti (1998:320) alerta que a "pertinência jurídica (dos princípios) não se intensifica com um reconhecimento expresso. Há princípios escritos e outros cuja existência se deduz pela via hermenêutica. Isto permite falar de princípios codificados e outros provenientes de tradição".

Esse princípio tem por objetivo analisar a constitucionalidade exigindo uma justificativa detalhada de uma norma com base, em três pilares ou subprincípios, de acordo com Robert Alexy (2015), que são: adequação, necessidade e proporcionalidade *strito sensu* ou ponderação e assim combater e limitar a discricionariedade do poder público promovendo um equilíbrio dos direitos individuais diminuindo a desigualdade. Com isso, faz-se necessária a explicação de cada um dos três pilares da proporcionalidade.

A adequação estabelece que deve haver uma ligação entre o direito a ser limitado e o resultado a ser alcançado. Para saber se determinada norma é adequada ao caso, Suzana de Toledo Barros (2003, p. 76) propôs fazer a seguinte indagação "o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?".

George Marmelstein Lima (1999, p.50) traz um exemplo que explica perfeitamente tal requisito:

> Suponha-se que o Prefeito de Salvador, no carnaval, proíba a venda de bebidas alcoólicas para evitar e disseminação do vírus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> da AIDS. Inegavelmente, será inválida essa proibição, pois não há relação de causa e efeito entre álcool e disseminação do vírus da AIDS, vale dizer, não existe adequação entre o meio utilizado (proibição de venda de bebida alcóolica) e o fim visado (diminuição da disseminação do HIV).

No tocante a necessidade, deve-se levar em questão sua indispensabilidade. Nesse sentido afirma Paulo Bonavides (2004, p. 397) que "pelo princípio ou subprincípio da necessidade, não há como exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária." Ou seja, parafraseando Max Lerner, de dois males, escolher o menor. Portanto, aqui a pergunta ser realizada seria: entre os meios existentes foi escolhido o "mais suave"?

Já a proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação se define basicamente como a forma de verificar o "custo benefício da medida". Após ser verificado se a norma se adequa e é necessária, é importante analisar se ela irá trazer mais benefícios ou malefícios para a sociedade.

Tendo em vista isso, Monica Pimenta Júdice (2007) mostra a Lei da ponderação proposta por Robert Alexy de forma sucinta:

> Segundo a lei de ponderação, esta há de se fazer em três planos:
>
> **1** — Definir a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios;
>
> **2** — Definir a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, ou seja, a importância da satisfação do principio oposto;
>
> **3** — Realizar a ponderação em sentido específico e verificar se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.

Com tudo o que foi exposto fica evidente que a restrição imposta aos homossexuais no que diz respeito à doação de sangue ultrapassa os limites da proporcionalidade e razoabilidade, visto que a justificativa usada para a existência da norma não possui comprovação científica e o fator que causa a contaminação não é a orientação sexual e sim a prática do ato sexual sem proteção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, faz-se necessário uma revisão ou vedação da inaptidão por 12 (doze) meses de homens que tenham tido relações sexuais com outros homens impostas pelo Ministério da Saúde, já que elas não são adequadas, necessárias e muitos menos respeitam a proporcionalidade em sentido estrito.

6 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5543

Em junho de 2016, o Partido Socialista Brasileiro – PSB protocolou a ADI nº 5543, com pedido de medida cautelar, perante o Supremo Tribunal Federal, tendo como objeto o artigo 25, XXX, d da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e o artigo 64, IV da Portaria 158/2016, do Ministério da Saúde.

Segundo o partido, as normas violam princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, da proporcionalidade, como pode se observar no trecho a seguir:

> Quanto as normas e princípios constitucionais, o requerente demonstra o que está sendo violado: (I) Princípio fundamental da dignidade humana, presente no art. 1º, III, da Constituição Federal; (II) o objetivo fundamental da República, que consiste em promover o bem de todos sem preconceitos ou formas de discriminação, conforme art. 3º, IV, da CF; (IV) o princípio da igualdade, previsto no art. 5º da Carta Magna e; os requisitos necessários ao atendimento do princípio constitucional da proporcionalidade. (BRASIL, 2016).

Além disso, o requerente também alega que tais normas possuem caráter discriminatório e afirma que isso prejudica os bancos de sangue, visto que, como já dito anteriormente, o Brasil desperdiça cerca de 18 milhões de litros de sangue por ano. Isso justifica o pedido de medida cautelar, pois objetiva diminuir a discriminação e ajudar no aumento do estoque de sangue brasileiro.

Os requeridos, ANVISA e Ministério da Saúde, afirmam que o período de impedimento de doação utilizado tem como base pesquisas epidemiológicas que confirmam que homens que fazem sexo com outros homens possuem um risco mais elevado de contraírem doenças sexualmente transmissíveis e negam que tais normais perpetuem a discriminação.

Nessa mesma linha de raciocínio argumentou a Advocacia Geral da União:

> No presente caso, todas as restrições impostas aos doadores de sangue possuem um fundamento comum, qual seja, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> identificação de um comportamento que amplia o risco de infecções por doenças transmissíveis, em especial, pelo vírus HIV, Assim, diante dos elementos empíricos observados, as regras para a doação de sangue são estabelecidas de forma a afastar os comportamentos de risco, priorizando, desse modo, a segurança e eficácia do sistema de hemoterapia, em especial dos receptores de sangue.

Já a Procuradoria Geral da República também visualiza um viés discriminatório nas normas atacadas afirmando que são utilizados por elas conceito defasados de grupos de riscos. Ademais, declarou que o período de 12 (doze) meses fere o princípio da proporcionalidade, pois, ainda que se fale em janela imunológica, o prazo não seria maior que 2 (dois) meses.

Nesse sentido, o Ministro-relator Edson Fachin votou pela procedência do pedido argumentando o seguinte:

> Tais normas violam o direito à igualdade e à não-discriminação dos homens homossexuais à medida que estabelecem restrição quase proibitiva para a fruição de duas dimensões de direitos da personalidade: o de exercer ato empático e solidário de doar sangue ao próximo e o de vivenciar livremente sua sexualidade.

Seguindo essa linha de raciocínio, também votaram pela procedência o Ministro Luiz Fux, Ministro Luís Roberto Barroso, Ministra Rosa Weber, Ministro Gilmar Mendes, Ministra Carmen Lúcia, Ministro Dias Toffoli. Já o Ministro Alexandre de Morais, julgou o pedido parcialmente procedente defendendo que a restrição deve ser eliminada, entretanto o sangue doado por homossexuais só poderá ser utilizado após o teste imunológico realizado depois do período da janela imunológica definida pelo Ministério da Saúde. Esse voto foi acompanhado pelo Ministro Marcos Aurélio, Ministro Ricardo Lewandowski e Ministro Celso de Mello.

Após a suspensão do julgamento devido a pandemia do coronavirus, o Supremo Tribunal Federal voltou a debater sobre o tema no dia 01/05/2020, depois que Defensoria Pública da União pediu urgência no julgamento devido ao baixo estoque de sangue, onde formou maioria para derrubar a restrição.

Nesse sentido, afirmou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto:

> A anulação de impedimentos inconstitucionais tem o potencial de salvar vidas, sobretudo numa época em que as doações de sangue caíram e os hospitais enfrentam escassez crítica, à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

medida que as pessoas ficam em casa e as pulsações são canceladas por causa da pandemia de coronavírus.

O julgamento foi concluído no dia 08/05/2020, através de um plenário virtual, onde foi declarada a inconstitucionalidade da vedação da doação de sangue, no qual foi seguido o posicionamento do Ministro-relator Edson Fachin, que afirmou que a restrição se trata de uma "discriminação injustificável", pois, o que se levava em conta não era a conduta sexual e sim a mera orientação sexual do doador, pressupondo, de maneira generalizada, que todos os homossexuais praticavam condutas que os colocavam nos grupos de risco ferindo assim os princípios defendidos pela Constituição Federal de 1988.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A restrição da doação de sangue por homossexuais foi adotada como resposta ao surto de HIV que ocorreu na década 1980, onde a população homossexual foi a mais atingida. Entretanto, apesar de que na época a proibição da doação tenha sido uma medida razoável, atualmente ela é desproporcional diante dos avanços medicinais no tocante a AIDS.

Sendo assim, as justificativas usadas tanto pelo Ministério da Saúde quanto pela ANVISA se baseiam em técnicas e conceitos medicinais desatualizados e, com isso, acabam, mesmo que de forma não intencional, relacionando estereótipos negativos aos homossexuais propagando a discriminação e o preconceito contra as orientações sexuais.

Além disso, a imposição da restrição ainda no ato da entrevista comprova que o pré-requisito utilizado para a vedação não é o comportamento de risco, mas sim a orientação sexual do possível doador, visto que heterossexuais são livres para doar independente de suas condutas sexuais, ferindo os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e proporcionalidade.

Nesse sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543 surgiu com a intenção de questionar tais regramentos, visto que as restrições impostas não supriam, nem facilitavam o bem estar comum, impedindo que a doação de sangue fosse um ato universal, dificultando o abastecimento dos bancos sanguíneo.

Portanto, resta claro e evidente, que o julgamento procedente desta ação pelo Supremo Tribunal Federal, em meio a um governo com pautas conservadoras, foi uma decisão histórica e vitoriosa para a sociedade, pois, irá ajudar a melhorar o estoque de sangue existente nos bancos de sangue do país e reforçará as condutas antidiscriminação, proporcionando aos homossexuais um tratamento igualitário e digno.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ANTUNES, Leda. **Países facilitam doação de sangue por homens gays, e STF retoma julgamento no Brasil**. 2020. Disponível em: https://oglobo.globo.com/celina/paises-facilitam-doacao-de-sangue-por-homens-gays-stf-retoma-julgamento-no-brasil-24399170. Acesso em: 01 maio 2020.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**; Poética. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991

ARGENTINA. MSAL**. Ministerio de Salud pone fin a la discriminación por la orientación sexual para donar sangre**. 2015. Disponível em: http://www.msal.gob.ar/prensa/index.php?option=com_content&view=article&id=2846:ministerio-de-salud-pone-fin-a-la-discriminacion-por-la-orientacion-sexual-paradonar-sangre&catid=6:destacados-slide2846. Acesso em: 01 maio 2020

ARRUDA, Mariluza W. **Triagem clínica de doadores de sangue: espaço de cuidar e educar**. Dissertação (Mestrado em Enfermagem). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. 149 p. Disponível em: http://tede.ufsc.br/teses/PNFR0559.pdf. Acesso em: 20 fev 2020

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Imprenta, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituição.htm Acesso em: 22 fev. 2020;

_____. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC N° 34, de 11 de junho de 2014;

_____. Lei nº 7.649de 25 de janeiro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7649.htm Acesso em: 24 fev. 2020

_____. Ministério da Saúde, *et al*. **Técnico em hemoterapia: livro texto**. Departamento de Gestão da Educação na Saúde – Brasília: Ministério da Saúde, 2013.

_____. Portaria n° 158, de 4 de fevereiro de 2016 – **Ministério da Saúde**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html Acesso em: 22 fev. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.543/16. **Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB).** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp Acesso em: 30 abril 2020.

CÂMARA russa vai estudar proibição para gays doarem sangue. 2013. Disponível em: https://oglobo.globo.com/mundo/camara-russa-vai-estudar-proibicao-para-gays-doarem-sangue-9701375. Acesso em: 01 maio 2020.

CARBONARI, Pâmela. **Brasil desperdiça 18 milhões de litros de sangue ao ano por preconceito**. 2016. Disponível em: https://super.abril.com.br/saude/brasil-desperdica-18-milhoes-de-litros-de-sangue-ao-ano-por-preconceito/. Acesso em: 08 abr. 2020

DANIEL, H.; PARKER, R. **Aids, a terceira epidemia**. 2ª ed. São Paulo: Abia; 2018.

DICIONÁRIO MICHAELIS, Sobre o dicionário , disponível em: https://michaelis.uol.com.br/ . Acesso em 17 out. 2019;

DIRETORIA Técnico-Científica. **Saiba mais sobre o sangue**. Fundação Hemominas, Minas Gerais, 08, set, 2014. Disponível em: http://www.hemominas.mg.gov.br/doacao-e-atendimento-ambulatorial/hemoterapia/o-sangue. Acesso em: 21 abr. 2020

DOS SANTOS, Júlia Caroline Xavier; BARTELLI, Danielle Regina. A INCONSTITUCIONALIDADE E HOMOFOBIA NA PORTARIA QUE REGULAMENTA A DOAÇÃO DE SANGUE NO BRASIL. **Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**, 2018;

EMOL.COM (Chile). **Estado chileno termina con prohibición de que homosexuales puedan donar sangre.** Disponível em: http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/04/24/595239/movilh-valora-34reglamento-que-termina-con-prohibicion-de-donar-sangre-a-gays-y-lesbianas.html. Acesso em: 01 maio 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Jus POOIVM,. 2017.

FIRME, Henrique Albuquerque. **Solidão e repressão: 'Câncer Gay' e Homossexualidade em Caio Fernando Abreu**. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Humanas e Naturais. Programa de Pós-Graduação em Letras. Mestrado em Letras;

FREITAS, Jayme Walmer de. **Doação de sangue como prestação social alternativa**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontificia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012;

GAYS, prostitutas e drogados voltam a poder doar sangue na Rússia. 2008. Disponível em: http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL534171-5602,00-GAYS+PROSTITUTAS+E+DROGADOS+VOLTAM+A+PODER+DOAR+SANGUE+NA+RUSSIA.html. Acesso em: 01 maio 2020.

GRODIRA, Fermín. **Em 50 países, gays são proibidos de doar sangue por causa da AIDS**. 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/11/28/ciencia/1417191728_587426.html. Acesso em: 29 abr. 2020

JANOT, Rodrigo. **Posicionamento da Procuradoria-Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543**. Brasília. 2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310258225&tipoApp=.pdf Acesso em 28 abril 2020.

JÚDICE, Mônica Pimenta. **Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras**. 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexy_teoria_principios_regras. Acesso em: 06 abr. 2020.

JUNQUEIRA, Pedro C. *et al*. História da hemoterapia no Brasil. **Rev.bras.hematol.hemoter**, v. 27, n. 3, 2005.

JUNQUEIRA, Pedro C.; ROSENBLIT, Jacob; HAMERSCHLAK, Nelson. **História da Hemoterapia no Brasil**. Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia. São José do Rio Preto, v. 27, n. 3, p. 2. Sept. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S15168484200500030001 3&ln g=en&nrm=iso. Acesso em 24 fev 2020

KONCHINSKI, Vinicius. **África do Sul tem o maior número de infectados pelo HIV no mundo**. 2010. Disponível em: https://exame.abril.com.br/mundo/africa-do-sul-tem-o-maior-numero-de-infectados-pelo-hiv-no-mundo-575086/. Acesso em: 26 abr. 2020

KUMAGAI Cibele; MARTA, Taís Nader. **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista Âmbito Jurídico, v. 77, p. 16, jun, 2010. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/. Acesso em: 22 abr. 2020

LIMA, George Marmelstein. **O Direito Fundamental à Ação**. 1999. Disponível em: http://www.georgemlima.xpg.com.br/odfa.pdf. Acesso em: 08 abr. 2020

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Jus POOIVM,. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Ed. Malheiros. São Paulo. 2012

MOVILH. **Histórico**: termina prohibición a gays, lesbianas y bisexuales para donar sangre en chile. 2013. Disponível em: http://www.movilh.cl/historico-termina-prohicion-a-gays-lesbianas-y-bisexuales-para-donar-sangre-en-chile/. Acesso em: 28 abr. 2020.

RODRIGUES, Michelle Fernanda Góes. **Doação de sangue por homossexuais: uma análise constitucional**. ETIC- Encontro de iniciação científica-ISSN 21-76-8498, v. 12, n. 12, 2016;

ROTHENBURG, Walter Claudius, **Principios Consitucionais,** 2 tir. Com acréscimos, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabri. 2003

SANT'ANA, Anderson Luís. **As consequências da revolução sexual:** uma reflexão sobre as transformações da vida íntima em tempos de modernidade líquida. Juiz de Fora, Universidade Estadual de Juiz de Fora, 2016. Disponível em: http://www.ufjf.br/bach/files/2016/10/ANDERSON-LU%C3%8DS-DE-SANT%C2%B4ANA-sda.pdf. Acesso em 06 abril 2020

SANTOS, Luiz A.; MORAES, Cláudia; COELHO, Vera Schattan P. Os anos 80: a politização do sangue. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 2, p. 107-149, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa Humana) e Direitos Fundamentais Na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora,. 2015.

SILVA, Onã. **No espelho da bioética crítica: a imagem refletida das vulnerabilidades das pessoas que vivem-convivem com HIV-Aids**. Revista Eletrônica Gestão & Saúde, Vol. 04, nº 03, 2013. Disponível em: http://periodicos.unb.br/index.php/rgs/article/view/14171/10098 Acesso em: 24 fev 2020

ÁUSTRIA. Ministério da Saúde. **Wer kann Blut spenden?** Disponível em: https://www.roteskreuz.at/blutspende/informationen-zur-blutspende/wer-darf-blutspenden/ Acesso em: 01 maio 2020.

TOMAZ, Anderson Pereira. **A vedação de doação de sangue ofertada por homens homossexuais aos hemocentros brasileiros:** estudo sob a ótica do princípio da igualdade. 2017.

UNAIDS. Brasil. **Estatísticas**. Disponível em: https://unaids.org.br/estatisticas/. Acesso em: 01/05/2020

USA. FDA. **Revised Recommendations for Reducing the Risk of Human Immunodeficiency Virus Transmission by Blood and Blood Products: Questions and Answers**. 2015. Disponível em:https://www.fda.gov/biologicsbloodvaccines/bloodbloodproducts/questionsaboutblood/ucm108186.htm. Acesso em: 01 de maio 2020.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os Princípios Fundantes. *In* DIAS, Maria Berenice (coordenadora). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NOTAS:

[1] Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *Email: arthurovcb@gmail.com*

[2] Orientadora Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestra pela Universidade Católica de Brasília – UCB. *Email: andreianadia@bol.com.br*

[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

LUCAS MIGUEL LEITE: Bacharelando em Direito pela Universidade Brasil, Campus Fernandópolis-SP.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Gustavo Antônio Nelson Baldan e Prof. Me. Érica Cristina Molina dos Santos.

RESUMO: As imunidades tributárias, em seu conceito básico, sua formação histórica até a concepção dada hoje no âmbito judiciário brasileiro, como todo o seu entendimento é de suma importância para nossa sociedade, pois formam uma base econômica para que o país possa gerir, neste artigo será relatado como isso é abordado pelos juristas que hoje formam toda essa comunidade e como essas imunidades transitam em nossas vidas, sendo controladoras dos entes federativos em como eles devem tributar a sociedade, apoiando todos os valores personalíssimos outorgados as pessoas, normas estas que estão contidas na carta magna ao qual é a lei maior, existem entretanto normas contidas no Código Tributário Nacional que ao invés de impedirem que certos valores constitucionais fossem atingidos elas diminuem a abrangência do poder de tributar dando assim uma dispensa legal ao pagamento de tributo devido, criando assim a chamada isenção, que normalmente vem a ser confundida com a imunidade, mas que se revelará de uma forma mais compreensível neste manuscrito.

Palavras chave: Imunidade; Constituição; Limitação ao Poder de Tributar.

ABSTRACT: Tax immunities, in their basic concept, their historical formation up to the conception given today in the Brazilian judiciary, as all their understanding is of paramount importance to our society, as they form an economic basis for the country to manage, in this article it will be It is reported how this is approached by the jurists who today form this whole community and how these immunities transit in our lives, controlling the federative entities in how they should tax society, supporting all the most personal values granted to people, norms that are contained in However, there are rules contained in the National Tax Code, which instead of preventing certain constitutional values from being achieved, they diminish the scope of the power to tax, thus giving a legal waiver to the payment of tax due, thus creating the exemption,

which is often confused with immunity , but which will be more comprehensible in this manuscript.

KEYWORDS: Immunity; Constitution; Limitation on the Power to Tax.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DEFINIÇÃO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. 2.1. Conceito. 2.2 Aspectos Históricos que Proporcionaram a Criação das Imunidades. 2.3. Das Diferenças entre Imunidade e Isenção. 3. DAS IMUNIDADES EM ESPÉCIE. 3.1. Imunidade Recíproca. 3.2. Imunidade dos Templos de qualquer Culto. 3.3. Imunidade das Entidades Assistenciais e Partidos Políticos. 3.4. Imunidade de Imprensa. 3.5. Imunidade Musical. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Neste presente artigo pretende-se esclarecer sobre as variadas imunidades tributárias contidas no artigo, 150, VI, alíneas a,b,c,d,e, aos quais existem diversos entendimentos sobre suas abrangências, cujo algumas estarão elucidadas neste escrito.

A imunidade surge de eras atrás desde que a monarquia surgiu no mundo e impeliu que para que a sociedade funcionasse precisaria que fosse instituído os impostos, desde então a ideia de que certas áreas da sociedade não são tributáveis urge nesse meio. No Brasil essa ideia vem desde as primeiras constituições formuladas e hoje abrange todos os aspectos que o constituinte achou necessário, especificamente estas que serão transmitidas no referido artigo, imunidade recíproca, de templos de qualquer culto, de entidades públicas e partidos políticos, de livros, jornais e periódicos ou de imprensa e imunidade musical, que é instituída sobre fonogramas e vídeo fonogramas.

Cada qual tem sua peculiaridade e suas exceções, contendo importantíssima finalidade para o gerenciamento do país, funcionando como controladora do poder de tributar de cada ente político. A constituição é detentora desse equilíbrio, para que se respeite os valores fundamentais inseridos nela, se faz necessário que essas imunidades façam parte do sistema jurídico vigente no Brasil.

Também será abordado a dissimetria entre imunidade e isenção que se trata de normas reguladoras de origens diferentes, mas que se confundem na sua abrangência, portanto é indispensável que se discorra sobre o tema, que com grande importância faz parte dessa esfera do direito.

Com este artigo pretende-se enfim pormenorizar cada segmento de tal princípio tributário, demonstrando assim o que cada imunidade busca e retransmitindo as doutrinas e jurisprudências consonantes a matéria.

2.DEFINIÇÃO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

2.1 Conceito

A Constituição define a competência tributária, distribuindo entre seus entes federativos, União, Distrito Federal, Estados Membros e Municípios o poder de tributação relativo a cada um, assim como distribui, também é retentora desses poderes.

A luz do Direito Contemporâneo a Imunidade Tributária é um dos princípios que dão limite ao poder de tributar, ela está fundada na Carta Magna, nossa lei maior, onde o constituinte homenageou no nosso ordenamento jurídico determinados valores inalienáveis da pessoa, para não serem onerados pois atingiriam valores constitucionais como a liberdade religiosa, a liberdade política, a liberdade sindical, a liberdade de expressão, os direitos sociais, o acesso à cultura, o incentivo a assistência social etc.

Para (Sabbag, Eduardo; 2019) imunidade é

> A norma constitucional de exoneração tributária, que, justificada no conjunto de caros valores proclamados na Carta Magna, inibe negativamente a tributação de competência impositiva e credita ao beneficiário o direito público subjetivo de 'não incomodação' perante o ente tributante.

A partir do exposto cabe evidenciado que a imunidade tem duas formas: a primeira mostra-se como norma legítima que delineia a competência tributária, ao demonstrar fatos que não são tributáveis perante a constituição, em seu aspecto formal, de outro lado na forma subjetiva, manifesta o direito público das pessoas, em poder usufruir de seus benefícios de modo substancial.

Elencados no artigo 150, VI, alíneas a,b,c,d,e essas normas imunizadoras versam exclusivamente sobre os impostos, não sendo passível de imunidade as taxas ou contribuições de melhoria, também insta registrar que ela somente atingirá a forma principal, obrigação fundamental, portanto afeta ao dever patrimonial de pagamento do tributo, não tendo a propriedade de atingir as chamadas obrigações secundárias, ou seja, os deveres instrumentais do contribuinte. Por exemplo seria um partido político não ser alvo de impostos, por força de tal lei, mas ser plenamente suscetível a fiscalizações, a título de exemplo ter de entregar documentos e livros à autoridade fazendária. (SABAGG, 2019).

Entretanto existem alguns outros entes que são imunizados que estão dispostos nos artigos 195, § 7º, 149, § 2°, I, da CF que não serão vislumbrados neste artigo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.2 Aspectos Históricos que Proporcionaram a Criação das Imunidades

Desde a era Feudal foram criados os tributos e assim também as imunidades, mas diferente de hoje elas beneficiavam a classe nobre e o clero, deixando assim aos pobres, ou plebe como dito na época, o pagamento de exorbitantes tributos.

No decorrer dos tempos e dos constantes avanços de todos os povos concebidos por todo o Mundo, a discussão das imunidades foi se manifestando e criando diversos caminhos.

Em dado momento, quando o Estado atual de Direito se iniciou em diversos países de todo o globo, as imunidades começaram a se desenvolver e criar o aspecto que juridicamente conhecemos. Neste período os preceitos dessas normas, começaram a vislumbrar não somente a finalidade de cada tributo, mas enfim se valeram quanto aos anseios da sociedade que não tolerava os demasiados encargos.

No Brasil, as primeiras normas imunizantes consistiam inteiramente na não incidência de tributos sobre o senhorio e a Igreja.

A Constituição de 1824 extinguiu expressamente a imunidade da nobreza, mas foi somente com a promulgação da Constituição de 1891 que vieram referências explícitas às imunidades.

Já os textos constitucionais de 1934, 1937 e 1945, 1946 e 1967, apesar de tratarem da imunidade, acabaram levando em consideração as convicções políticas e econômicas de suas épocas.

Foi, por conseguinte, com o desenvolvimento histórico que se verificou a necessidade de garantir o afastamento tributário de algumas atividades e de alguns bens e serviços. A atual constituição prevê diversos casos de imunidades e, em relação aos outros institutos, é a Constituição que mais levou em consideração e previu sobre o assunto.

Estes são os princípios que até atualmente norteiam as operações taxativas existentes, de maneira que a criação delas passou a ser destinada de forma justa, preservando sempre o ser.

2.3. Das Diferenças entre Imunidade e Isenção

Antes de tudo, no que faz respeito às imunidades tributárias, estas abriram seu espaço na Carta Magna, e tal colocação não poderia ter se apresentado de outro modo, ao passo que elas são consequência explícita dos direitos indeclináveis.

A isenção ou norma imunizante, entretanto, se dá em virtude de legislação ordinária, e sua dinâmica pressupõe um encontro normativo, em que ela, regra de isenção, reduz o campo abrangente dos tributos a apenas alguns casos específicos.

Dessa forma, não existe qualquer paralelo ou semelhança entre os dois institutos, uma vez que agem em momentos diversos, são provenientes de instruções normativas distintas e tem características diversas.

A imunidade é um pressuposto de não incidência tributária constitucionalmente qualificada, é uma limitação constitucional ao poder de tributar. Já a isenção pode ser considerada uma hipótese de não incidência legalmente qualificada ou a dispensa legal do pagamento de determinado tributo devido.

Conforme o Código Tributário Nacional, trata-se de uma exclusão do crédito tributário, pois, embora tenha acontecido o fato gerador do tributo, o ente tributante está impedido de constituir e cobrar o crédito tributário, não dispensando, todavia, o cumprimento das obrigações acessórias, dependentes da obrigação principal.

O Supremo Tribunal Federal considera que a isenção inibe o lançamento do tributo, tendo ocorrido o fato gerador e nascido o liame jurídico-obrigacional, não se fala em relação jurídico-tributária quando se estuda a imunidade, pois a norma imunizadora está fora da seara de existência do tributo, constituindo um obstáculo à incidência de tributos sobre os fatos, situações e pessoas que a Constituição assim estabeleceu.

A imunidade só poderá deixar de existir através de uma Emenda Constitucional, enquanto a isenção desaparecerá se a lei que a criou seja revogada ou se tratar de uma isenção temporária. Outra diferença é que, ao contrário do que ocorre com as isenções, a interpretação das imunidades pode ser feita por base nos princípios, conforme os precedentes do STF.

3.DAS IMUNIDADES EM ESPÉCIE

3.1 Imunidade Recíproca

Primeiramente há o instituto que não permite a nenhuma das pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) "instituir impostos que implique sob o patrimônio, a renda ou serviços das demais" (150, VI, 'a') de onde se deriva a denominação imunidade recíproca, ressalta-se que é permitida a cobrança das demais espécies tributárias, mas nunca de impostos. Determinada Imunidade Recíproca é cláusula pétrea, pois defende o pacto federativo.

Esta imunidade segundo o § 2º do referido artigo se estende as "autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes".

Podemos perceber que somente serão estendidas as essas instituições se cumprirem com seus deveres fundamentais se exercer alguma função ligada ao poder público. Com esse entendimento foi beneficiada a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) conforme aclarou-se a Suprema Corte "[...] a OAB desempenha atividade própria de Estado (defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado democrático de direito, dos direitos humanos, da justiça social, bem como a seleção e controle disciplinar dos advogados)". (*STF, AgR-RE nº 259.976/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 30.04.2010.*)

Ainda no tocante a essas imunidades, a constituição somente faz referência aos impostos sendo incidente assim as taxas e contribuições, quanto a esse entendimento, decidiu o Pretório Excelso:

> *"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. TAXAS: IMUNIDADE RECÍPROCA: INEXISTÊNCIA. I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A ECT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 22, X; C.F., art. 150, VI, a. Precedentes do STF: RE 424.227/SC, 407.099/RS, 354.897/RS, 356.122/RS e 398.630/SP, Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma. II. -* ***A imunidade tributária recíproca -- C.F., art. 150, VI, a -- somente é aplicável a impostos, não alcançando as taxas.*** *III. - R.E. conhecido e improvido." Grifou-se.*
>
> *(STF, 2ª Turma,, RE 364202 / RS - Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Carlos Velloso. Julgado em 05/10/2004. Publicado no DJ em 28/10/2004, pp. 00051.*

Há, no entanto, casos em que a imunidade recíproca deixa de ser aplicável como está no art. 150, § 3º:

> As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados

> com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

O legislador nesse âmbito quis separar os interesses privados e públicos, sendo que se o Estado, desejoso de explorar atividade econômica deve se despir da indumentária de "Estado", dado pelo poder público. (SABBAG, Eduardo, 2019, p. 348).

Há doutrina em relação a cartórios gozarem de imunidade, pois sabe-se que praticam funções correlativas com a administração e poder público, mas também estão em órgão privado e sob um regime totalmente diferente dos servidores públicos. Estes, portanto, não devem ser confundidos como titulares de tal serventia.

Nesse passo a LC n. 116/2003, em sua listagem anexa de serviços tributáveis, em seu item 21 e subitem 21.1, os de registros públicos, cartorários e notariais, como se contempla:

Lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003. (...)

21 - Serviços de registros públicos, cartorários e notariais.

21.01 – Serviços de registros públicos, cartorários e notariais.

Conforme amostrado, a imunidade entre entes públicos, geralmente, abrange somente os entes da federação, suas Autarquias e Fundações Públicas. Assim, a princípio, tal imunidade não abarcaria as Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista (entidades de direito privado).

3.2 Imunidade dos Templos de qualquer Culto

Elencada no Art. 150, VI, "b", esta imunidade retrata o fato de o Estado

ser laico, mas teísta, pois a religião mais predominante no Brasil é o catolicismo, portanto mesmo que não possua "religião oficial" ou "religião de Estado", procura imunizar os templos religiosos. Em breve conceituação culto é a manifestação religiosa cuja liturgia adstringe-se a valores consonantes com o arcabouço valorativo que se estipula, programática e teologicamente, no texto constitucional. (SABBAG, 2019, p. 362)

Para classificar templo há uma dificuldade maior pois é um tema muito abrangente, existem três teorias que podem elucidar: I) clássico-restritiva, II) clássico-liberal, III) moderna.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Atualmente com demasiados casos que necessitam de uma orientação mais profunda a teoria mais qualificada é a moderna pois esta conceitua o templo como **entidade,** no entendimento de instituição, organização ou associação, mantenedora de templos religiosos, consideradas independentemente das coisas e pessoas categoricamente consideradas. Sendo assim por causa de seu desempenho que tem direcionado a atividade com indagações jurídicas das mais variadas possíveis, possui o necessário para granjear o caso concreto e a justiça fiscal.

De acordo ainda com a doutrina e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), com aplicação análoga da Súmula 724, pode-se afirmar que "ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades".

Para uma completa compreensão o art. 150, § 4º, esclarece:

> As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Assim sendo a imunidade só está abrangida se fazer parte de alguma função religiosa, por exemplo, se uma igreja "x" possui vários imóveis em seu nome e requerer que o IPTU não recaia sob o bem, a resposta irá ser negativa até que se prove que estes bens sejam usados para alguma atividade relacionada à igreja.

Um dos temas bastante relevante é a questão das imunidades religiosas e cemitérios, há muito que o STF entende que os cemitérios devem se utilizar se imunidade religiosa quanto ao IPTU, mas estes devem estar elencados com alguns requisitos: I) funcionem como extensões de entidades religiosas, II) não tenham fins lucrativos, III) dediquem-se unicamente à realização de serviços sacros e fúnebres. Esse parecer foi firmado em 21 de maio de 2008, no pleno do STF, ao apreciar o RE 578.562 (rel. Min. Eros Grau).

> *RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IPTU. ARTIGO 150, VI, B, CB/88. CEMITÉRIO. EXTENSÃO DE ENTIDADE DE CUNHO RELIGIOSO. 1. Os cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso estão abrangidos pela garantia contemplada no artigo 150 da Constituição do Brasil. Impossibilidade da incidência de IPTU em relação a eles. 2. A imunidade aos tributos de que gozam os templos de qualquer culto é projetada a partir da interpretação da totalidade que o texto da*

Constituição é, sobretudo do disposto nos artigos 5º, VI, 19, I e 150, VI, b. 3. As áreas da incidência e da imunidade tributária são antípodas. Recurso extraordinário provido.

(STF - RE: 578562 BA, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 21/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-05 PP-01070)

3.3 Imunidade das Entidades Assistenciais e Partidos Políticos

Trata-se imunidade elencada no art. 150,VI, "c", onde elenca várias instituições passíveis de não tributação, são elas – os partidos políticos, os sindicatos de empregados, as instituições de educação e as entidades de assistência social. Todas elas também respondem ao § 4° onde só não serão tributadas se suas atividades estiverem ligadas com as finalidades essenciais das entidades.

Há uma hipótese passível de que não se cobre IPTU de nenhuma dessas entidades, seria na qual ao disponibilizar imóveis para aluguel esta utilize o valor do aluguel para fim de uso próprio em sua instituição. Dessa forma prolatou o STF a súmula n. 724: "*Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades*".

Estas entidades, para terem a égide da imunização de seu pecúlio, sua renda e seus serviços, da mesma forma que o tópico anterior, devem preencher alguns requisitos, os quais estão especificados em Lei Complementar, neste caso, a LC que estabeleceu esses requisitos foi o Código Tributário Nacional, em seu artigo 14.

> **Art. 14.** O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:
>
> **I** – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)
>
> **II** - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **III** - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.
>
> **III** - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.
>
> **§ 1º** Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.
>
> **§ 2º** Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

A doutrina predominante ainda interpreta que para que a entidade essencial possa ser imunizada, bem como dos partidos políticos, há a necessidade de requerer do interessado à capacidade administrativa competente, que contemplara a situação objetiva, conferindo seu posicionamento quanto às exigências do CTN, uma vez que a Constituição Federal constitui norma de eficácia contida.

Não obstante, permanece no âmbito jurídico a ideia de que mesmo com o artigo 14 elencando todas as formas para que as entidades e partidos políticos possam se beneficiar de referida norma, esses requisitos ainda são suficientes para aceitação da imunidade, sendo preciso que tais instituições ofereçam comprovação de índole filantrópica e assistencial conforme artigo 203 da magna carta.

Contudo, esta cultura não se consolida no que se refere a concessão da imunidade a estas espécies de entidade, visto que o artigo 203 da CF, apenas apresenta propósitos a serem atingidos por essas instituições, não transferindo quaisquer requisitos para a aplicação das regras que concedem imunidade tributária.

Assim como a imunidade religiosa, a imunidade em epígrafe, de acordo com a doutrina e com o entendimento do Supremo Tribunal Federal também se vale da súmula 724 já salientado.

3.4 Imunidade de Imprensa

O artigo 150, VI, "d", prevê a desoneração sobre os livros, jornais, periódicos e papéis destinados à sua impressão, porém não há no meio jurídico um conceito formado pacificamente do que indubitavelmente não irá ser tributado, se trata de imunidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

diferente da anterior, pois esta não necessita de regulação por lei complementar mas há uma aplicação imediata.

O que a Constituição Federal pretende, através desta norma, é garantir a liberdade de comunicação e de pensamento, compreendida liberdade de imprensa e ao mesmo tempo, contribuir com a ampliação da cultura e a própria educação do povo. Evidentemente, o intuito maior do legislador ao dispor sobre a imunidade tributária dos livros, jornais, revistas e periódicos foi estabelecido, única e exclusivamente, para assegurar a proteção e preservação daqueles veículos que são utilizados para a divulgação de informações, de forma a disseminar a cultura entre os brasileiros.

Até 2017 não existia um entendimento consolidado sobre livros digitais e e-books, muitos doutrinadores divergiam se deviam gozar de imunidade, pois não eram impressos em papel como consta na constituição, esse era o entendimento a época pois o constituinte não possuía tais tecnologias quando o artigo fora escrito.

A consagração desta imunidade, de acordo com a Suprema Corte, tem como finalidade a garantia e consumação do pensamento independente, da cultura e produção de toda uma sociedade, científica e artística, sem possibilidade de criação de empecilhos econômicos, via tributação, por parte do Estado, capazes de inibir a produção material e intelectual de livros, jornais e periódicos.

Diante da mudança de paradigmas na difusão de informação – do Tipográfico (ou impresso) para o eletrônico (ou cibernético) – à qual todos estão sujeitos, torna-se necessária uma interpretação constitucional evolutiva, ao qual foi sanado pelo RE. 330.817, Tese de Repercussão Geral n°593, que permitiu que e-books gozassem de imunidade e não somente a eles mas também aos suportes usados para fixá-los.

> *Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 593 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se ao livro eletrônico (e-book), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo". Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 08.03.2017.*

Recentemente houve a aprovação da súmula vinculante 132 onde os ministros além dos livros eletrônicos e seus acessórios, os suportes e leitores eletrônicos também não irão ser tributados.

> *A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se à importação e comercialização, no mercado interno,*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *do livro eletrônico (e-book) e dos suportes exclusivamente utilizados para fixá-los, como leitores de livros eletrônicos (e-readers), ainda que possuam funcionalidades acessórias.*

Sendo assim cumpre-se a finalidade disposta pela norma constitucional que é disseminar a cultura, propagar o conhecimento e dar facilidade a livre manifestação de pensamento.

3.5 Imunidade Musical

Ao que se diz imunidade musical foi incluída na CF pela emenda n. 75, publicada em 15 de outubro de 2013, acrescentando ao art. 150, a alínea "e".

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)
>
> VI – instituir impostos sobre)
>
> e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

A PEC que deu origem à alteração constitucional, também denominada de PEC da Música, teve como delimitadores, de acordo com suas Justificativas: 1) o combate à pirataria; 2) o revigoramento do mercado fonográfico brasileiro; 3) a difusão da cultura musical a todas as classes sociais do Brasil, em especial as menos privilegiadas. Assim, o maior objetivo da PEC é reduzir os preços daqueles produtos (com alto valor cultural) ao comprador, dando a eles condições de competir com a venda de reproduções piratas, popularizando ainda mais o acesso às classes menos favorecidas do país, o que está alinhado com a diretriz da democratização e acesso aos bens culturais.

Com a nova redação, fica vedada a cobrança de impostos – e apenas esta espécie tributária – sobre os fonogramas (produção de som) e videofonogramas (produção de imagem e som) musicais produzidos no Brasil, incluindo os suportes ou arquivos que os contenham.

Os suportes materiais, tais como DVDs, CDs, Blu-Rays, também serão objeto de desoneração de impostos. Da mesma forma, a desoneração alcançará os arquivos

digitais, v.g., músicas baixadas pela internet ou por meio de aplicativos de música para celular. Desse modo, a obra intelectual do artista musical, em sua inteireza, ficou protegida da tributação.

Observa-se que o dispositivo supracitado faz menção tão somente a uma espécie de tributo – o imposto. A imunidade musical possui característica objetiva, pois afeta apenas os objetos relacionados à música, a saber, o ICMS, entre outros.

Aqueles tributos incidentes sobre a gravadora (IPTU, IPVA, taxas, contribuições) continuarão a incidir normalmente, porquanto a norma imunizante é clara ao desonerar apenas as obras musicais e os objetos afetos a ela.

Na fase preliminar de produção de CDs, DVDs e BDs (ou Blu-rays discs) – contratação de estúdio, músico, mixagem –, há a normal incidência de dois impostos: o IR e o ISS (este por força dos subitens 13.02 e 13.03 da lista anexa à LC 116/2003). Após a elaboração da matriz, deverá ocorrer o processo de replicação da mídia – etapa que não está abarcada pela imunidade.

No final da etapa, na fase de distribuição e comercialização, é comum a incidência do IR e do ICMS. Portanto, o CD/DVD/BD, ao deixar a fábrica e seguir para o lojista, não mais provocará a recolha pelo fabricante do ICMS-ST, uma vez predominante a imunidade tributária.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim através das informações transcritas é de notório saber que as imunidades vislumbram proteger os valores constitucionais, em cada parte da sociedade, pois ao passar dos tempos foi se modificando para ao invés de proteger somente aos ricos e ao clero, também atingem as entidades que auxiliam aos mais pobres, fornecem apoio a cultura do país com imunidades a imprensa e ao meio musical, sendo um meio do Estado alavancar a economia do país.

Cada imunidade apoia um desses valores, a imunidade recíproca a proibição dos entes se tributarem, não permitindo assim o desrespeito ao pacto federativo, a imunidade dos templos de qualquer culto inibe igrejas, templos ou qualquer outro local onde se pratica cultos e tem por fim somente essa finalidade, respeitando assim o direito à liberdade religiosa, a imunidade sobre entidades sem fim lucrativos e partidos políticos possibilita que a primeira consiga prover mantimento e demais coisas para quem ela auxilia e para o próprio desenvolvimento e para os partidos permite que estes tenham total autonomia para seu fim. A imunidade de imprensa representa grande auxilio ao jornalismo e informação no país pois beneficia todos os jornais e periódicos presentes no mercado e também os papeis para essa finalidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

conjuntamente com esse modo de imunidade a que ampara os músicos incentiva a criação de cultura no país.

E todos esses tipos normativos estão amparados pela constituição não se confundindo com a isenção que é amparada por lei complementar que é o Código Tributário Nacional, que pode ser desfeita com a simples revogação da lei diferente da imunidade que somente por emenda. Portanto é perceptível que a imunidade é imprescindível para o ordenamento jurídico e para toda a sociedade, auxiliando todos os polos culturais.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL, DF, **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172 de 25 de Outubro de1966. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm; Acesso em 22 de outubro de 2019.

BRASIL**,** DF, **Constituição Federal**, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm; Acesso em 22. Outubro. 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro.** 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 30ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MAYARA, H. **A imunidade tributária na visão do STF: Analisando julgados importantes recentemente proferidos.** Disponível em: <https://blog.ebeji.com.br/a-imunidade-tributaria-na-visao-do-stf-analisando-julgados-importantes-recentemente-proferidos/>. Acesso em: 14 nov. 2019.

OLIVEIRA, V. R. **Imunidades Tributárias.** Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46733/imunidades-tributarias>. Acesso em: 09 out. 2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial.** 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2018.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** 11ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O JULGAMENTO COLEGIADO VIRTUAL SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

MARIA CLARA TAVARES SANTANA:
Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

MURILO SUDRÉ MIRANDA[1]

(Orientador)

RESUMO: O acúmulo processual é um problema enfrentado por diversos tribunais, dentre os brasileiros e estrangeiros. Em razão disso, é necessário que seja implantado tecnologias para auxiliar o Poder Judiciário. Nesse intento, com uma proposta de julgamento revestido de celeridade, eficiência e transparência, o Plenário Virtual é implantado, primeiramente, no Supremo Tribunal Federal. A pesquisa tem como objeto o estudo da implantação dessa ferramenta frente aos princípios constitucionais processuais, sucedendo da maneira descritiva com uma abordagem quantitativa e qualitativa, atrelado aos métodos estatístico e comparativo, afim de analisar os resultados da implantação por meio das estatísticas obtidas. Com o uso do Plenário Virtual, o Supremo conseguiu reduzir em quase 20% o seu acervo, algo que não acontecia a 20 anos. Por meio das sessões virtuais foram julgados mais de dez mil processos em 2019, atendendo as expectativas diante à sua implantação.

Palavras-chave: Celeridade; Eficiência; Plenário Virtual; Recursos; Supremo Tribunal Federal;

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípios Processuais: 2.1. Princípio da Celeridade Processual; 2.2. Princípio da Eficiência; 2.3. Princípio do Contraditório e Ampla Defesa; 2.4. Princípio da Publicidade; 3. Plenário Virtual: 3.1. Resultados; 3.2. Práticas Difundidas; 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Segundo levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2016 o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano com 79,7 milhões de processos tramitando. Só o Supremo Tribunal Federal, de acordo com as estatísticas, em 2019, recebeu cerca de oitenta mil duzentos e três processos na competência originária e recursal, contando com uma média de julgamento de dez mil a treze mil decisões por mês.

Uma das causas para o crescimento da procura da prestação jurisdicional se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, na qual é conhecida por ser a Constituição Cidadã, que viabilizou os direitos pessoais dos cidadãos, por meio da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

introdução de respaldo nos direitos e garantias fundamentais, contribuindo substancialmente para uma maior procura ao Poder Judiciário e, consequentemente, gerando um abarrotamento.

A morosidade da justiça não é um fato novo e inesperado, já que é produto de uma estrutura na qual os procedimentos não acompanham as mudanças ocorridas na sociedade. O acúmulo processual não para e faz-se necessário que seja encontrado meios de solução do problema, tendo em vista que a celeridade processual é princípio basilar garantido pela Constituição Federal de 1988.

É notável que o sistema judiciário, em sua estrutura, não está sendo capaz de suportar as mudanças ocorridas na sociedade moderna, não sendo suficientes as ferramentas, até então implantadas, para combater o volume e complexidade processual e ainda mais, sendo insuficientes, na questão qualitativa e quantitativa, acerca das respostas processuais.

Portanto, torna-se primordial que sejam implantadas tecnologias que contribuam para a efetivação dos direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna, respeitando sempre os princípios processuais da publicidade, celeridade, eficiência, contraditório e ampla defesa.

Em consequência dessa realidade, em 2007, o Supremo Tribunal Federal criou e implantou o Plenário Virtual que é um meio eletrônico de julgamento de recursos, que tem como propósito um julgamento mais célere e eficaz, tendo em vista que não é necessária a reunião presencial dos julgadores.

Dessa forma, há a indagação em relação ao cumprimento do objetivo desse meio virtual, surgindo assim o problema de pesquisa: de que maneira o uso do julgamento colegiado virtual coopera na efetivação dos princípios processuais constitucionais?

O presente artigo sucedeu da maneira descritiva, dessa forma terá a compreensão do modo e hipóteses de utilização do julgamento colegiado virtual, chegando à análise da implantação frente aos princípios processuais constitucionais, tendo uma abordagem quantitativa e qualitativa, atrelada aos métodos estatístico e comparativo, utilizando-se das estatísticas fornecidas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

O Código de Processo Civil adota a teoria da força normativa dos princípios, sendo considerado uma espécie normativa, atuando de forma direta ou indireta nas normas positivadas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os princípios podem agregar generalidades que não estão contidas nas regras gerais, suprindo uma lacuna na previsão normativa. Ou até mesmo atuando como uma espécie de intermediário com outras normas e também como uma fonte interpretativa, sendo utilizado para interpretar as normas expressas.

2.1. Princípio da celeridade processual

O problema da morosidade processual não é um fato exclusivo da justiça brasileira, por esse motivo houve a previsão em diversos tratados internacionais, impondo aos Estados o dever de garantir a celeridade processual. Logo, em razão do Brasil ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica e ao assinar a Declaração Universal dos Direitos dos Homens (1948), "o estado brasileiro tem o dever de garantir o direito fundamental à celeridade processual a todos os indivíduos, partes de processo de qualquer natureza, perante o Poder Público sob responsabilização, tanto interna quanto internacional. " (PETERS, 2007, p. 156).

Em 2004 com a Reforma do Judiciário, através da Emenda Constitucional nº 45, foi acrescentado ao rol dos direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, a celeridade processual, também conhecido doutrinalmente como o princípio da duração razoável do processo. Igualmente o Código de Processo Civil prevê que as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução do mérito, devendo cooperar entre si para alcançar.

> O termo razoável duração do processo é subjetivo, mas deixa clara a ideia de que a prestação jurisdicional de qualidade deve ser entregue no processo que tenha sua tramitação concluída no menor prazo possível e com respeito às garantias processuais. É fazer justiça no menor tempo possível. (IDEHARA, 2017, p. 24).

O princípio da celeridade visa uma prestação jurisdicional em tempo suficiente, uma vez que a demora processual constitui inutilidade, dado que o conceito de celeridade está entrelaçado com o conceito de justiça. A concepção de um Poder Judiciário que demora anos para entrega de uma resposta processual não é o ideal e muito menos justo, posto que a própria norma constitucional garante o acesso à justiça, não bastando conferir esse acesso, devendo fornecer respostas em tempo eficiente.

As mudanças trazidas pela Emenda são de grande valor para a sociedade jurídica, uma vez que houve um incentivo à realização de mudanças na estrutura do andamento processual e ainda mais uma adequação do processo civil com as tecnologias existentes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Posto isto foram editadas normas que passaram a incluir recursos tecnológicos na estrutura do Poder Judiciário, não só no viés administrativo, mas também buscando atender as necessidades da comunidade.

É evidente que a demora processual acarreta grandes prejuízos às partes, com esse intento houve a criação do Plenário Virtual que é uma possibilidade de melhor cumprimento do presente princípio, tendo em vista que um dos seus objetivos é garantir uma maior agilidade aos julgamentos processuais para o descongestionamento judiciário e melhor resolução das lides.

2.2. Princípio da eficiência

Através da Emenda Constitucional nº 19/1998, o princípio da eficiência foi introduzido no artigo 37 da Constituição Federal, na qual impõe que toda atividade estatal deve estar imanada de eficiência, estando, portanto, incluída a atividade do Poder Judiciário.

Além da previsão constitucional, este princípio está reafirmado no artigo 8º do Código de Processo Civil, na qual prevê que o juiz atenderá aos fins sociais com o intuito de promover a dignidade da pessoa humana e contemplando e amparando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Segundo Campos (2017, p. 71), a eficiência processual

> consiste na necessidade de um sistema processual no qual os juízes conduzam o procedimento de forma satisfatória, por meio de uma gestão racional e adequada, com adaptação às peculiaridades do caso em questão, evitando-se medidas desnecessárias e com a criação de mecanismos não previstos em lei, sem erros ou deficiências com a realização das finalidades do processo. Enfim, a eficiência processual determina uma qualidade no agir do juiz.

Diferentemente do princípio da duração razoável do processo, o princípio em questão "não busca um processo rápido no sentido de que somente o tempo (o menor) de sua duração. " (BUENO, 2018, p. 104), ou seja, a eficiência deve ser analisada sob um enfoque mais qualitativo e de adequação.

O princípio da eficiência está ligado a presteza, utilidade e economicidade, devendo o processo estar ligado efetivamente a um propósito específico que deverá ser alcançado, sendo meio de concretização da tutela jurisdicional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Logo, o processo é um meio para resolução de problemas e conflitos existentes na sociedade, devendo ser capaz de proteger os direitos materiais. Para isso é necessário a criação de meios e modos para dar cumprimento as decisões proferidas na atividade jurisdicional, tornando-se um instrumento efetivo na pacificação da justiça, e não um empecilho para a proteção dos direitos e garantias.

O Plenário Virtual é importante na efetivação do princípio em questão, visto que o propósito de um julgamento mais célere traz um reflexo na qualidade da resposta jurisdicional, uma vez que obtido a resposta em tempo hábil.

2.3. Princípios do contraditório e ampla defesa

A Constituição Federal assegura os direitos fundamentais do contraditório e ampla defesa, por esse motivo que durante o julgamento no tribunal é garantido aos advogados das partes a argumentação oral das razões do recurso com o intuito de reflexão e convencimento dos julgadores. Da mesma forma, o Código de Processo Civil através do seu artigo 937 traz as condições e hipóteses desse direito.

> Artigo 937 do CPC. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do art. 1.021.

A sustentação oral é admitida no recurso de apelação, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência, mandado de segurança, ação rescisória e reclamação, sendo hipóteses exclusivas definidas em lei.

> O princípio da oralidade, que informa o procedimento oral, é adotado tanto pelo Código de Processo Civil quanto pelo Código de Processo Penal vigentes. Este princípio garante o direito das partes de terem as provas produzidas no judiciário de natureza predominantemente oral, bem como, prevê que os debates também sejam emitidos verbalmente (TOLEDO, 2002, p. 146).

Segundo Didier Jr (2016), "está claro, portanto, que a sustentação oral é manifestação do contraditório, devendo ser assegurada às partes sua produção na sessão de julgamento nos órgãos colegiados". Por essa razão que somente após a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

leitura do relatório e antes do pronunciamento do voto do relator, o advogado terá a palavra para que convença os demais desembargadores.

O advogado interessado em fazer a sustentação oral deverá requerer à secretaria, escrito ou oralmente, até o início da sessão, em virtude que seja julgado preferencialmente, respeitando as preferências legais e a ordem de requerimento.

O Código de Processo Civil oferta a prerrogativa de o advogado apresentar a sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão em tempo real, em hipótese de difícil deslocamento ao Tribunal. Para que se suceda dessa forma, é necessário o requerimento ao menos 1 (um) dia antes da sessão de julgamento, para que seja organizado os instrumentos necessários.

No ambiente do Plenário Virtual, o direito de sustentação oral não é diferente, por ser uma garantia assegurada na Constituição Federal e Código de Processo Civil. O artigo 4º da Resolução nº 642, de 14 de junho de 2019, que regulamenta o funcionamento do Plenário Virtual no Supremo Tribunal Federal, diz que não haverá o julgamento eletrônico dos processos quando houver pedido de sustentação oral, devendo ser requerido em até 48 horas antes da sessão, cabendo ao relator deferir o pedido e remeter o julgamento para o Plenário presencial.

2.4. Princípio da publicidade

O princípio da publicidade é um direito fundamental previsto no artigo 5º, LX, da Constituição Federal e reafirmado pelo Código de Processo Civil nos artigos 8º e 11.

É uma garantia ao processo democrático, não somente dos integrantes da cadeia processual como também a sociedade em geral, sendo uma forma popular de controle social sob o exercício jurisdicional. Nessa percepção Greco afirma que a publicidade é:

> controle social sobre a exação dos juízes, ao mesmo tempo em que é importante garantia para as partes, funcionando como verdadeiro freio ao arbítrio do julgador, vez que os seus atos podem ser presenciados por pessoas do povo

A justificativa da publicidade e transparência dos atos processuais é a indisponibilidade do interesse público, sobreposto ao interesse particular, sendo possível o controle de juízos arbitrários e secretos, ainda mais a permitir o controle da opinião pública sobre o exercício jurisdicional. Não é mais admitido que haja atos processuais sem transparência, interna ou externamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com a Reforma do Judiciário, em 2004, foi introduzido a publicidade dos atos processuais, permitindo a qualquer um do povo que exerça o controle de legalidade e devido processo legal. Logo é garantido a qualquer advogado, ainda que sem procuração, ter acesso a qualquer processo na via judicial e administrativa, salvo se estiver tramitando em sigilo.

Em virtude da globalização e avanços na tecnologia é fundamental que o Judiciário acompanhe essas mudanças, em consequência o trâmite processual da maneira eletrônica tem crescido exponencialmente, principalmente após a implantação do processo eletrônico (PJe/ ePROC), que surgiu em 2006 através do Conselho Nacional de Justiça com o projeto do PROJUDI.

Em 2008, após um ano da implantação do Plenário Virtual, a sua visualização foi aberta ao pública, uma reinvindicação presidida pela Ordem dos Advogados do Brasil, com o fundamento que os argumentos utilizados pelos ministros no julgamento não eram repassados ao público, cerceando assim o princípio da publicidade dos atos processuais. Antes era exigido uma senha de acesso para o acompanhamento processual, no entanto hoje a plataforma está disponível para acesso no site do Supremo Tribunal Federal.

3. PLENÁRIO VIRTUAL

As tecnologias da informação têm sido implantadas e utilizadas no Poder Judiciário como instrumento de melhoramento das atividades, no aspecto quantitativo e ainda mais, qualitativo. Isto é, devendo haver um aumento acerca da produtividade e velocidade de julgamentos, como consequência uma redução nos custos processuais e além de tudo, uma maior efetividade dos julgamentos e decisões proferidas pelos magistrados.

Surge o plenário virtual que consiste em um meio virtual de julgamento, por parte dos magistrados, de determinados recursos. Foi introduzido em 2007 pelo Supremo Tribunal Federal, através da Emenda Regimental nº 21, como um instrumento para analisar a presença de repercussão geral, que é um requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários.

Quando o Recurso Extraordinário é submetido à apreciação do Supremo, este é distribuído de forma eletrônica ao Relator que decidirá se a matéria é dotada potencialmente de repercussão geral, que logo após submeterá aos demais ministros por meio do plenário virtual o relatório e seu voto em anexo. Cada ministro tem o prazo de 20 (vinte) dias para se manifestar referente à matéria discutida, caso transcorra o prazo, o voto será considerado favorável à repercussão geral da matéria. Para que o recurso seja inadmito por falta de repercussão geral são necessários 8 votos, ou seja, 2/3 dos ministros devem se manifestar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 324 da Emenda Regimental nº 21. Recebida a manifestação do (a) Relator (a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.
>
> Parágrafo único. Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.

Ainda mais no artigo 323-A do Regimento Interno do STF diz que havendo jurisprudência pacífica relacionada a matéria debatida, além do reconhecimento da constitucionalidade e repercussão geral do tema, o tribunal julgará o mérito do recurso no próprio Plenário Virtual, sem que haja necessidade de ulterior deliberação do tema em sessão presencial.

Com a Emenda Regimental nº 51, de 22 de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal ampliou as hipóteses de utilização do Plenário Virtual podendo ser utilizado no julgamento dos Embargos de Declaração e Agravo Interno. Com essa ampliação, sucedeu a uma maior agilidade na prestação jurisdicional. Segundo o Supremo Tribunal Federal (2019),

> De fevereiro a maio deste ano, o Plenário julgou 1.248 processos, distribuídos em 18 sessões virtuais. No mesmo período, também no ambiente virtual, a Primeira Turma julgou 1.945 processos e a Segunda Turma analisou 2.480. Com a aplicação das possibilidades previstas pela emenda, a expectativa é de crescimento nos números.

Dessa maneira, o relator irá inserir a ementa, relatório e voto, dispondo os demais ministros o prazo de 5 (cinco) dias úteis para se manifestarem. Os ministros têm quatro opções de voto: acompanhar o relator, acompanhá-lo com ressalva de entendimento, divergir ou acompanhar a divergência, na hipótese de transcorrido o prazo sem a devida manifestação entender-se-á que houve o acompanhamento ao voto do relator.

As partes poderão apresentar objeção frente ao uso do Plenário Virtual no Supremo Tribunal Federal, desde que seja manifestado em até 48 horas antes da sessão de julgamento na qual será o pedido analisado pelo relator, que acontecem toda sexta-feira, respeitando o prazo de 05 dias úteis entre a publicação e a sessão.

Em agosto de 2019 e com o intuito de assegurar a duração razoável do processo, o Supremo Tribunal Federal ampliou o objeto de análise no ambiente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

virtual para o julgamento de todos os tipos de processos e incidentes processuais, visto que anteriormente o ambiente virtual era somente utilizado para julgamento de agravos, embargos de declaração, medidas cautelares e liminares, desde que matéria discutida já seja objeto de jurisprudência do tribunal.

O uso do Plenário Virtual é ato discricionário, ou seja, sua utilização é mera faculdade de cada ministro. Todavia, segundo Coelho (2015, p. 73) " o plenário virtual foi responsável pelo exame de mais de 95% das preliminares de repercussão geral analisadas pelo STF, donde conclui-se pela grande adesão da maioria dos ministros do STF".

3.1.Resultados

O Supremo Tribunal Federal entra 2020 com o menor acervo processual em 20 anos, sendo 31. 279 processos em tramitação, sendo 19,12% inferior ao ano de 2018. O ministro Dias Toffoli atribui a alta produtividade à 4 fatores que tornaram o processo mais célere e eficiente, sendo um deles a ampliação do uso do Plenário Virtual.

No ano de 2019 foram recebidos 93,1 mil processos, sendo que na primeira turma do Supremo Tribunal Federal foram realizadas 42 sessões virtuais, na qual resultaram o julgamento de 4.772 mil processos. Também na segunda turma foram realizadas 42 sessões virtuais, que resultaram no julgamento de 6.112 processos.

A partir dessas estatísticas, há a validação que o julgamento virtual é uma ferramenta que pode e deve ser utilizada afim de uma prestação jurisdicional amparada da celeridade e eficiência processual, sendo revertida de transparência e ampla defesa.

3.2. Práticas difundidas

Além do Supremo Tribunal Federal, alguns Tribunais implantaram esse meio virtual como forma de auxílio para o grande congestionamento forense brasileiro.

Em 2016, foi aprovada pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho a implantação do Plenário Virtual, com o intuito de agilizar as sessões presenciais. No entanto, só a partir de 2017, iniciou-se a utilização das sessões online, na qual todos os processos de sua competência e os recursos de agravo de instrumento, agravo interno e embargos de declaração são submetidos a esse tipo de julgamento, salvo as hipóteses de exclusão, como os processos que tiverem pedido de sustentação oral.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No Plenário Virtual do TST, o sistema encaminhará automaticamente os votos dos processos e os demais ministros contarão com o prazo de sete dias corridos para a manifestação, tendo como opções de votos: convergente com o ministro relator, convergente com o ministro relator com ressalva de entendimento e divergente do relator.

O Superior Tribunal de Justiça também implantou a plataforma virtual em 2016, mas seu uso foi efetivado em agosto de 2018, sendo a plataforma denominada de *e-julg*, com a aplicação no julgamento dos embargos de declaração, agravo interno e agravos regimentais. O julgamento será feito com a publicação da pauta em cinco dias úteis, na qual advogados, Ministério Público e Defensoria Pública poderão se manifestar, após esse prazo, os ministros terão sete dias corridos para julgar toda a pauta e em seguida, haverá a publicação do resultado.

Cláudia Beck, secretária dos Órgãos Julgadores do STJ, avalia a nova ferramenta como um ganho expressivo na redução do tempo de publicação dos acórdãos e "será muito mais rápida, uma vez que esse mecanismo possibilitará que ocorra de forma automática", possibilitando também que os ministros exerçam suas funções onde estejam.

4. CONCLUSÃO

O Plenário Virtual foi implantado com uma concepção de trazer ao Poder Judiciário um julgamento pautado na celeridade de julgamento e ainda mais, numa eficiência das respostas jurisdicionais.

É preciso dizer que a introdução desse meio tecnológico de julgamento de recursos trouxe muitos questionamentos acerca do seu funcionamento e além disso, sobre a obediência aos princípios constitucionais que cercam o processo, sofrendo certa resistência por parte dos operadores de direito.

Contudo, ao analisar a plataforma, verifica-se que o Plenário Virtual é utilizado de forma transparente, com o acesso aberto para qualquer cidadão acompanhar os julgamentos e decisões proferidas pelos ministros e ainda, com a publicação de todos as decisões proferidas nesse âmbito, respeitando assim o princípio da publicidade dos atos processuais.

Outro questionamento é sobre o cerceamento da defesa através da sustentação oral, uma vez que o julgamento ocorrendo de forma virtual não teria a possibilidade de o advogado fazer a argumentação oral das razões recursais, no entanto no Regimento dos Tribunais prevê a possibilidade solicitação da realização, sendo o processo remetido para o julgamento no plenário presencial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Alicerçado ao balanço processual de 2019 do Supremo Tribunal Federal conclui-se que é notável a diminuição do acervo processual e grande utilização das sessões virtuais para o julgamento, estando conforme o princípio da celeridade processual e eficiência, trazendo uma resposta com tempo razoável dotada de qualidade e envolto de publicidade, contraditório e ampla defesa. Por fim, a implantação do Plenário Virtual produziu e há de produzir mais resultados positivos, como uma efetiva ferramenta de auxílio ao Poder Judiciário, uma vez que a tecnologia não para e é necessário que a máquina judiciária acompanhe essas mudanças com uma melhor adequação e presteza jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Akaren de. **Manual de Recursos**. 8 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2017.

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

_____.**Lei nº 13.105 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 out. 2019.

_____. **Emenda Regimental nº 51, de 22 junho de2016**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL051-2016.PDF. Acesso em: 11 out. 2019.

_____. **Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL021-2007.PDF. Acesso em: 11 out. 2019.

_____. **Resolução nº 642, de 14 de junho de 2019**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO642-2019.PDF. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**

_____. Resolução administrativa nº 1860 de 28 de novembro de 2017. Brasília, DF. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/99057/2016_ra1860_rep01.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 26 mar. 2020.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**- Volume Único. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2018.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. 2017. Universidade Federal do Pernambuco. Recife.

COELHO, Damares Medida. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**.2014. 255 p. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo. 2014.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil- Vol. 1**. Salvador. Editora Juspodivm. 2016.

DONOSO, Denis. SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Manual dos Recursos Cíveis**: Teoria e Prática. 3 ed. Editora JusPodivm. Salvador. 2018.

Entenda o que muda com a ampliação dos casos que podem ser julgados em plenário virtual no STF. Supremo Tribunal Federal. Brasília. 10 jun. 2019. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=416241. Acesso em: 28 out. 2019.

GARBOSSA, Daniella D'Arco. **Princípio da Publicidade no Direito Processual**. Revista FMU Direito. São Paulo, ano 25, nº 36, p. 29-45.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas da pesquisa social**. 6 ed.São Paulo. Editora Atlas. 2008.

GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes. Coleção José do Patrocínio.2005.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: introdução ao direito processual civil. V.1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 556.

IDEHARA, Patrícia Urcino. **O princípio fundamental da duração razoável do processo e o efetivo cumprimento de mandados na comarca de Palmas**. 2018. 78 p. Universidade Federal do Tocantins. Palmas. 2017.

JÚNIOR. Humberto Teodoro. **Curso de Direito Processual Civil**- Volume 1. 56 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2015.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKARTOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia do Trabalho Científico**. 5 ed. São Paulo. 2007.

MEDEIROS, João Bosco. **Redação científica:** A prática de fichamento, resumos e resenhas. 8 ed. São Paulo. Editora Altas. 2006.

MENDES, Iratelma Cristiane Martins. **Duração Razoável do Processo**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2008. São Paulo.

NETO, Celso de Barros Correia. **Como funcionam os julgamentos virtuais no Supremo?**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mar-17/observatorio-constitucional-funcionam-julgamentos-virtuais-stf. Acesso em 12 out. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**- Volume único. 8 ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2016.

PEREIRA, Débora Barbosa da Costa. **O princípio da publicidade processuais nos processos judiciais eletrônicos**: interpretação prática dos limites da consulta pública. 2017. Universidade Federal de Pernambuco. Recife.

PETERS, Adriana Salgado. **O direito à celeridade processual à luz dos direitos fundamentais**. 2007. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. **Princípio constitucional da celeridade processual**. 2010. Universidade de São Paulo. São Paulo.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico:** métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. Ed. Novo Hamburgo, 2013.

PONTES, Felipe. **Supremo amplia o rol de casos a serem julgados em plenário virtual**. Disponível em:http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-06/supremo-amplia-rol-de-casos-serem-julgados-em-plenario-virtual. Acesso em: 14 out. 2019.

SANTOS, Jaqueline Lucca. **Julgamento colegiado e as novas tecnologias:** uma análise da qualidade/integridade da decisão colegiada proferida virtualmente. 2013. Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria.

STF. Supremo Tribunal Federal. Acervo processual. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoinicio. Acesso em 05 nov. 2019.

STJ começa a julgar recursos de forma totalmente virtual. Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 19 de agos. de 2018. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-08-19_06-54_STJ-comeca-a-julgar-recursos-de-forma-totalmente-virtual.aspx. Acesso em: 26 mar. 2020.

Sessões virtuais: inclusão de novas classes processuais contribui para acelerar julgamentos. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 23 de jan. de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435336&ori=1. Acesso em: 16 março de 2020.

THAMAY. Rennan Faria Khüger. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2019.

TOLEDO, Cristina Oleinik de. **Sustentação oral: instrumento do operador jurídico**. Caderno das Escolas de Direito e Relações Internacionais do Brasil Mar-Ago/2002

RAVAGNANI, Giovani. Chegou a hora de repensar o judiciário: a força da tecnologia no direito. Disponível **em:** https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264827,31047-Chegou+a+hora+de+repensar+o+judiciario+a+forca+da+tecnologia+no. Acesso em: 11 set. 2019.

NOTA:

[1] Orientador, pós graduado em Processo Civil, advogado, professor da matéria de Processo Civil no Centro Universitário Católica do Tocantins.

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO HUMANO À INFORMAÇÃO E O ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

ACACIA REGINA SOARES DE SA: Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Especialista em Função Social do Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Mestranda em Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Professora de Direito Constitucional e Administrativo da Escola de Magistratura do Distrito Federal – ESMA.

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar a relação entre o direito à informações e a eventual pratica de ato de improbidade administrativa no que refere às informações necessárias ao combate e prevenção ao cororavirus, em especial após a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) adotado em 10 de abril de 2020 a Resolução nº 01/20 - Pandemia e direitos humanos nas Américas**,** que trata da importância dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos nas Américas, em situações extremas como a pandemia da COVID-19. Dessa forma, o presente trabalho se propõe a avaliar os limites do direito à informação do indivíduo e a responsabilidade dos agentes públicos por eventual sonegação de informações, uma vez que o art. 37 da Constituição Federal prevê como um dos princípios da Administração Pública, o princípio da publicidade. Assim, serão analisadas posições de doutrinadores que tratam dos temas abordados, além de artigos científicos e dissertações que tratam do mesmo tema, utilizando-se do método dedutivo para se chegar a uma conclusão.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Improbidade administrativa. Direito à informação. Direitos Humanos.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O direito à informação como expressão dos direitos humanos. 2. A violação ao direito à informação como ato de improbidade administrativa. Considerações finais. Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

A informação é um direito fundamental do ser humano, isso porque permite que faça suas escolhas de forma consciente e segura, tanto que a maior velocidade com a qual a informação é tramitada hoje propicia avanços em todos os campos das ciências exatas, biológicas, sociais, entre outras.

Nesse sentido, quando se tratam de gestores públicos a divulgação da informação, ressalvados as exceções constitucionais, passa a ser um dever, uma vez que a Constituição Federal de 1988 prevê no "caput" do seu art. 37 como um

dos princípios norteadores da Administração Pública o princípio da publicidade, tanto que sua inobservância de forma intencional pode vir a configurar ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, da Lei n.º 8.429/92.

Corroborando com tais argumentos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) adotado em 10 de abril de 2020 a Resolução nº 01/20 - Pandemia e direitos humanos nas Américas**,** que trata da importância dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos nas Américas, em situações extremas como a pandemia da COVID-19, na qual traz entre os direitos humanos dentro do contexto da referida pandemia, o direito à informação, razão pela qual se faz necessário analisar seus limites e consequências em caso de inobservância deste direito pelos agentes públicos.

1. O direito à informação como expressão dos direitos humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) adotou em dia 10 de abril de 2020 a Resolução nº 01/20 - Pandemia e direitos humanos nas Américas**,** que trata da importância dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos nas Américas, em situações extremas como a pandemia da COVID-19, trazendo disposições sobre a preservação de grupos vulneráveis; garantia de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais; Estado de exceção, restrição e liberdades fundamentais e Estado de Direito; pessoas em situação de vulnerabilidade; idosos; presos; mulheres; povos indígenas; imigrantes e refugiados; crianças e adolescentes; população LGBT; afrodescendentes, entre outros.

Dentro das suas disposições a resolução trouxe ainda proposições sobre a garantia do direito de acesso à informação pública em seus itens 33, 34 e 35[1]. No mesmo sentido, a nível nacional, a Lei n.º 12. 527/2011 que trata do direito ao acesso à informação estabelece em seu art. 6º como obrigação dos órgãos públicos realizar a gestão transparente da

Em razão da pandemia de Civid-19 pela qual o mundo vem passando, o Presidente da República editou a Medida Provisória n.º928/20 que suspendia os prazos para resposta previstos na Lei n.º 12.527/2011, razão pela qual a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB ingressou com a ação direta de inconstitucionalidade 6351, na qual o Ministro Alexandre de Moraes, em 26.03.2020, suspendeu a eficácia do artigo 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pela Medida Provisória 928/2020, que limitou o acesso às informações prestadas por órgãos públicos durante a emergência de saúde pública decretada por causa da pandemia da Covid-19, incluída na pauta de julgamento de 22.04.2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, estando em vigência integral a Lei n.º 12.527/2011, cabem aos gestores públicos transmitir os cidadãos todas as informações existentes acerca da pandemia, em especial os dados estatísticos, medidas tomadas para o enfretamento da doença, planos estratégicos, entre outras informações, sob pena de eventual configuração de ato de improbidade administrativa.

Dentro desse contexto, podemos então concluir que o direito à informação pode ser caracterizado como um direito inerente à pessoa – direito humano, razão pela qual devem ser assegurados todos os mecanismos para sua garantia, especialmente no momento atual, de extrema insegurança e incertezas onde as informações acerca da doença que assola toda o mundo as ainda são novas e pouco conhecidas.

2. A violação ao direito à informação como ato de improbidade administrativa

Os atos de improbidade administrativa em razão da violação a princípios, previstos no art. 11, "*caput*", da Lei n.º 8.429/92 são classificados como atos de improbidade em sentido estrito, isso porque não trazem em seu bojo consequência patrimonial lesiva direta ao erário.

Assim, para que se concretize é necessário apenas que a conduta praticada pelo agente deixe de observar princípio constitucional administrativo, intencionalmente, ou seja, que o referido agente aja impulsionado pela má-fé, consciente do descumprimento do dever insculpido no art. 4º, da Lei n.º 8.429/92, uma vez que tais princípios se consubstanciam como pilares da Administração Pública, motivo pelo qual deixar de cumpri-lo causa desequilíbrio no seu funcionamento e, em consequência, prejuízo, ainda que somente moral, à coletividade.

Entre os princípios constitucionais acima mencionados, encontra-se o princípio da publicidade, o qual garante o acesso a informações referentes às funções públicas, salvo as exceções constitucionais.

Nesse sentido, há de se ter claro que tal direito sofre restrições constitucionais quando se trata de assuntos de segurança nacional, razão pela qual dentro de uma perspectiva sistémica podemos concluir que tal direito não é ilimitado, podendo vir a ser contido por outro princípio através da técnica da ponderação defendida por diversos autores a exemplo de Robert Alexy.

Ressalvada a hipótese acima mencionada, o direito à informação pode ser considerado um direito fundamental já que previsto como dever da Administração Pública e, no plano internacional reconhecido como um direito humano, reforçado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pela Resolução n.º 01/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Assim, sendo dever constitucional do gestor público em razão do princípio da publicidade, reforçado pela Lei n.º 12.527/2011, divulgar as informações sobre a pandemia de Covid-19 no país, poder o gestor que omitir tais informações, intencionalmente, sofrer eventual condenação por ato de improbidade administrativa ante a previsão legal contida no art. 11, da Lei n.º 8.429/92.

CONCLUSÃO

Pela explanação realizada, podemos chegar à conclusão de que além de um princípio constitucional, o princípio da publicidade na sua face do direito à informação é um direito humano, isso porque permite ao ser humano guiar suas escolhas em todos os campos de sua vida, razão pela qual, ressalvadas as exceções constitucionais, é dever do agente público para com o administrado, como reflexo tanto da transparência, como da honestidade que se encontram na base de um governo que se guia pela Carta Magna do seu país, razão pela qual sua inobservância pode trazer diversas consequências para os agentes públicos, entre elas a imputação de ato de improbidade administrativo por violação a princípio, conforme previsto no art. 11, *"caput"*, da Lei n.º 8.429/92.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, F. C. M.; PAVIONE, L. S. **Improbidade Administrativa - Lei nº 8.429/1992**. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm. 2012.

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela lei de improbidade**. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Luís Roberto e MELLO, Patrícia Perrone Campos. **A República que ainda não foi.** Trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UFRJ. 1ª Edição. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: O Estado a que chegamos.** In: Retrospectiva dos 20 Anos da Constituição Federal. AGRA, Walber de Moura (coord.). São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado** (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

março/abril/maio, 2008. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp >. Acesso em 06.08.2019.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2005.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 25, p. 454-467, jul. 1951. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140>. Acesso em: 28 Jul. 2019.

DALLARI, Adilson de Abreu. Carlos Valder do Nascimento. Ives Gandra da Silva Martins. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias, OLIVEIRA, Alexandre Albagli e GHIGNONE, Lucianos Taques. **Estudos sobre improbidade administrativa, em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos.** 2ª ed. Salvador. Ed. JusPodivn. 2012.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 3ª ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2015.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa**. 2 ed. Curitiba. Ed. Gênesis, 1993.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa. Comentários à Lei n.º 8.429/92 e legislação complementar.** 6ª ed. Ed. Malheiros. 2009.

GARCIA, Emerson**. Improbidade Administrativa**. 9ª ed. Ed. SaraivaJur. 2017.

GIAZOMAZZI, José Guilherme. **A Moralidade administrativa: História de um conceito**. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 291-304, out. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46347>. Acesso em: 03 Ago. 2019.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública - O conteúdo dogmático da Moralidade Administrativa.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

JUSTIÇA, Conselho Nacional**. Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade.** Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 3ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo. Ed. Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo. Ed. Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Moralidade administrativa - do conceito à efetivação**. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 190, p. 1-44, out. 1992. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45405>. Acesso em: 28 Jul. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** 5ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência.** 3ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SIMÃO, Calil. **Improbidade Administrativa.** Teoria e Prática. 3º Edição. Editora JH Mizuno. São Paulo. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2º ed. 2º tiragem. Ed. Malheiros. São Paulo, 2017.

NOTAS:

[1] **33.** Garantir o direito de acesso à informação pública no contexto da emergência gerado pelo COVID-19 e não estabelecer limitações gerais com base em razões segurança ou ordem pública. Os órgãos que garantem esse direito e os sujeitos obrigados deve priorizar os pedidos de acesso a informações relacionadas ao emergência de saúde pública, bem como relatórios proativos, de maneira aberta e acessível a todos os grupos em situações vulneráveis, de maneira desagregada sobre os impactos das despesas de pandemia e emergência, desagregadas de acordo com melhores práticas internacionais. Em caso de adiamento dos prazos.

Solicitando informações sobre assuntos não relacionados à pandemia, os Estados deverão fundamentar a recusa, estabelecer um espaço temporário para cumprir a obrigação e admitir o apelo destas resoluções.

34. Garantir que qualquer responsabilidade subseqüente que se destine a ser imposta pela disseminação de informações ou opiniões, baseadas na proteção dos interesses da saúde pública - temporariamente -, é estabelecido por lei, proporcionalmente ao interesse imperioso de que justifica e corresponde estreitamente à consecução desse objetivo legítimo.

35. Observar um cuidado especial nos pronunciamentos e declarações dos funcionários públicos com altas responsabilidades em relação à evolução da pandemia. Nas circunstâncias atuais, é um dever que as autoridades estatais informem a população e, ao decidir, devem agir diligentemente e contar com critérios cientificamente fundamentado. Além disso, eles devem se lembrar de que estão expostos a uma maior escrutínio e crítica pública, mesmo em períodos especiais. Governos e empresas de Internet deve abordar e combater de forma transparente a desinformação que circula em relação à pandemia. Informação que assegure seu acesso a todos e em seu art. 7º como direito dos cidadãos as informações as sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços, podendo o militar ou agente público vir a responder por ato de improbidade administrativa caso contrarie os dispositivos da referida lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A SUCESSÃO LEGÍTIMA NA MULTIPARENTALIDADE: ALCANCE E LIMITES DE INCIDÊNCIA

ISABELA BORGES SIQUEIRA:
Acadêmica do curso de Direito no Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA
TICIANNE ARAÚJO SILVA[1]
(coautora)
ME. **JOÃO SANTO DA COSTA**[2]
(Orientador)

RESUMO: Utilizando-se de método dedutivo e o procedimento bibliográfico, buscou-se inicialmente, analisar a evolução histórica dos conceitos de família, afeto e filho, para só então, analisar o parentesco socioafetivo e a presença da multiparentalidade nas famílias atuais. O presente artigo tem como objetivo geral analisar as consequências jurídicas do reconhecimento da multiparentalidade, destacando os seus efeitos sucessórios e como objetivos específicos: apontar os conceitos referentes à multiparentalidade e verificar as decisões judiciais acerca do tema; abordar o posicionamento de doutrinadores no que diz respeito aos fatores que determinam a entidade familiar e o reconhecimento da multiparentalidade; pesquisar decisões, interpretações jurisprudências acerca do registro da multiparentalidade no Registro Civil das Pessoas Naturais. A princípio, analisa-se a evolução histórica dos conceitos de família, afeto e filho para, posteriormente, analisar o parentesco socioafetivo e a presença da multiparentalidade nas famílias atuais. É também nesses princípios e na ausência de impeditivos legais que o estudo fundamenta o devido reconhecimento de todos os direitos e deveres ao filho multiparental, inclusive o direito sucessório.

Palavras-chave: Filhos, família, multiparentalidade, socioafetivo

SUMÁRIO: 1. Família: análise conceitual e princípios norteadores 1.1 A análise conceitual de família. 1.2 Dos princípios norteadores das relações familiares2. A filiação no direito civil constitucional da origem e tutela jurídica à socioafetividade 3. Sucessão e a multiparentalidade. 3.1 Multiparentalidade: incidência e reconhecimento 3.2 Capacidade sucessória: limites à sucessão legítima no CC/2002. 3.2 A sucessão legítima na multiparentalidade: alcance e limites de incidência. 4. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A filiação foi o tema, que no ramo de direito da família, mais sofreu influência dos valores consagrados na Constituição Federal de 1988, que em sua síntese

conceitual trata de descendência direta de primeiro grau. Sobre a perspectiva de uma ótica tradicional, a filiação era vista através de um reconhecimento que é resultado de uma dual parentalidade, em primeiro grau, ou seja, que os filhos se vinculavam a um pai e uma mãe. Um dogma, que com o passar do tempo necessitou de uma visão mais abrangente, principalmente quando se trata das relações de família.

A multiparentalidade trata justamente sobre esta nova visão, em que um indivíduo possa apresentar mais de um pai, ou mais de uma mãe, produzindo efeitos jurídicos a todos eles, tornando-se tema de grande relevância no âmbito jurídico, buscando no código civil brasileiro, especificamente, no direito de família, em conjunto com o direito sucessório, tratar mais claramente sobre o tema, seus efeitos, direitos e obrigações.

Constantemente, foi vista a família como retrato de sucesso pessoal, como representação da conquista da meta imposta pela sociedade: crescer, casar e reproduzir. Assim, era instituto estático e formal no qual, por muito tempo, prevalecia apenas a vontade do homem. No decorrer do tempo, as pessoas passaram a ser consideradas em sua particularidade e o bem-estar de cada um dos integrantes da família individualmente atraiu interesse e passou a ser o verdadeiro foco das famílias e do direito.

Com a chegada da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, todos os filhos passaram a ser constitucionalmente iguais e a terem os mesmos direitos e deveres, independentemente de sua origem. Permitiu-se e facilitou-se o divórcio, os casamentos passaram a ocorrer entre pessoas mais maduras e deixaram de ser pré-requisito para o fim obrigatório da maternidade/paternidade. Desapareceu "a família" para surgirem "as famílias". As mais diversas possíveis: monoparental, anaparental, homossexual, ou seja, famílias.

Utilizando-se de método dedutivo e o procedimento bibliográfico, buscou-se inicialmente, analisar a evolução histórica dos conceitos de família, afeto e filho, para só então, analisar o parentesco socioafetivo e a presença da multiparentalidade nas famílias atuais.

O alicerce do presente trabalho pautou-se em princípios constitucionais, como a igualdade entre filiações de diferentes origens, igualdade entre irmãos e o livre planejamento familiar, para demonstrar o firme respaldo constitucional do fenômeno. Foi também nesses princípios e na ausência de impeditivos legais, que o estudo embasou o devido reconhecimento de todos os direitos e deveres ao filho multiparental, inclusive o direito sucessório, buscando analisar o reflexo prático do estudo realizado por meio de julgados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Diante do pressuposto o presente artigo tem como objetivo geral analisar as consequências jurídicas do reconhecimento da multiparentalidade, destacando os seus efeitos sucessórios e como objetivos específicos: apontar os conceitos referentes à multiparentalidade e verificar as decisões judiciais acerca do tema; abordar o posicionamento de doutrinadores no que diz respeito aos fatores que determinam a entidade familiar e o reconhecimento da multiparentalidade; pesquisar decisões, interpretações jurisprudências acerca do registro da multiparentalidade no Registro Civil das Pessoas Naturais.

1. Família: análise conceitual e princípios norteadores

1.1 A análise conceitual de família.

Constantemente, a família foi vista como símbolo de sucesso pessoal, como representação da conquista da meta imposta pela sociedade: crescer, casar e reproduzir. Assim, era instituto estagnado e convencional no qual, por muito tempo, prevalecia apenas a vontade do homem (pai/marido), o patriarcado. Com o tempo, as pessoas passaram a ser consideradas em sua individualidade; e o bem-estar e interesse individual de cada membro da família passou a ser o verdadeiro foco das famílias e do direito.

Na civilização Romana a família era regida sob o princípio da autoridade sendo direcionada pelo "chefe de família" (pater) dominando todos os que estavam sob sua autoridade, possuía o direto da vida e da morte destes, assim podia comercializar e impor castigos aos entes familiares se estes não obedecessem a suas ordens (GONCALVES, 2018, p.31).

Sob a influência da igreja cristã o direito romano passou a restringir a autoridade exercida pelo *pater* poder.

> Com o tempo, a severidade das regras foi atenuada, conhecendo os romanos o casamento sinemanu, sendo que as necessidades militares estimularam a criação de patrimônio independente para os filhos. Com o Imperador Constantino, a partir do século IV, instala-se no direito romano a concepção cristã da família, na qual predominam as preocupações de ordem moral. Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do pater, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os pecúlios castrenses (vencimentos militares). (GONÇALVES, 2018, p. 31).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entendimento romano a falta de afeto, convivência e afeição era motivo suficiente para que se desfizesse a união, esse entendimento, no entanto não era aceito pelo direito canônico, pois a união representava um sacramento que não poderia ser desfeito.

No entendimento do direito canônico as famílias só poderiam ser oficializadas a partir do culto religioso se tornando assim mais forte e de grande relevância para a sociedade, não sendo possível uma vez constituído ser desfeito (GONÇALVES, 2018, p.31).

Neste período a igreja interferia significativamente nas decisões referentes a família, a partir de então a igreja buscou eliminar o que pudesse causar a divisão familiar.

> O aborto, o adultério, e principalmente o concubinato, nos meados da Idade Média, com as figuras de Santo Agostinho e Santo Ambrósio; até então o concubinatus havia sido aceito como ato civil capaz de gerar efeitos tal qual o matrimônio. Os próprios reis mantiveram por muito tempo esposas e concubinas e até mesmo o clero deixou-se levar pelos desejos lascivos, contaminando-se em relações carnais e devassas, sendo muito comum a presença de mulheres libertinas dentro dos conventos. (PEREIRA, 2017, p. 16-17).

A mulher ganhou independência e passou a parte influenciadora na instituição familiar, ainda longe de grandes decisões. Por ter se tornado uma instituição sagrada para a igreja o casamento passou a ter grande força social religiosa o que constituiu o adultério como uma condição criminosa perante as leis e costumes da igreja.

Foi pela concepção da igreja que se determinou o que seria uma instituição familiar normal para os padrões sociais, não sendo aceito nenhuma outra instituição familiar que não fosse à união entre homem e mulher. Chegando ao período moderno e pós-moderno a constituição mesmo que por influência da igreja passou a ser formada pela afeição, e não mais para a finalidade de manter os bens e a honra. Perdeu sua característica de autoritarismo.

> Na idéia de família, o que mais importa - a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo - é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade. (KEHL, 2010, p. 8).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A família agora é instituída pelo afeto e a busca constante pela felicidade existindo comumente a demonstração de solidariedade, fraternidade, amor compartilhado entre os membros.

De acordo com Dias (2015) a instituição familiar tida como contemporânea teve início com a inserção da mulher no mercado de trabalho (1950) na busca pela igualdade entre os pares. Com a introdução da medicação anticoncepcional no mercado (1967) a formação da família perdeu o caráter econômico criando seu alicerce no vínculo afetivo.

A evolução sofrida pelo conceito de família no ordenamento jurídico sofreu grande influência do direito romano, canônico e germânico, essa influência ocorreu devido a colonização sofrida pelo povo brasileiro, conforme ressalta Gonçalves (2018).

Com a chegada da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, todos os filhos passaram a ser constitucionalmente iguais e a terem os mesmos direitos e deveres, independentemente de sua origem, permitindo-se e facilitando o divórcio, os casamentos passaram a ocorrer entre pessoas mais maduras, deixando de ser pré-requisito para o fim obrigatório da maternidade/paternidade.

Em virtude disso, levando-se em consideração que a sociedade contemporânea é pluralista, a família também o deve ser para todos os fins. Assim surge um novo fato determinante para as relações familiares, que é o fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação do vínculo familiar.

As mudanças que ocorreram no conceito e a evolução de família ao longo dos anos produziram grandes efeitos sócios histórico na instituição familiar atual. Assim as mudanças são significativas, no entanto tornou-se difícil acompanhar as transformações.

Para Gonçalves (2018, p.17), os direitos relacionados à família são os que mais se relacionam com a vida, na concepção do autor família é um instituto de realidade sociológica que forma a base do Estado, sendo ela o núcleo de qualquer organização social. Ainda, na visão do referido autor numa concepção mais normativa entende que direitos de família são aquele em que uma pessoa está inserida em uma família e ainda sendo denominado como pai, mãe ou filho, diferentemente dos direitos patrimoniais. Os direitos de família tratam tanto das relações entre parentes, ascendentes e descendentes quanto das relações estritamente patrimonial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Conforme a sua finalidade ou o seu objetivo, as normas do direito de família ora regulam as relações pessoais entre os cônjuges, ou entre os ascendentes e os descendentes ou entre parentes fora da linha reta; ora disciplinam as relações patrimoniais que se desenvolvem no seio da família, compreendendo as que se passam entre cônjuges, entre pais e filhos, entre tutor e pupilo; ora finalmente assumem a direção das relações assistenciais, e novamente têm em vista os cônjuges entre si, os filhos perante os pais, o tutelado em face do tutor, o interdito diante do seu curador. Relações pessoais, patrimoniais e assistenciais são, portanto, os três setores em que o direito de família atua. (GONÇALVES, 2018, p 18).

Na concepção de Maux (2010, p. 326) as instituições familiares podem ser compostas pelo namoro, noivado, o casamento, a vida conjugal tradicional (pai, mãe e filhos), a família é uma instituição reconhecida universalmente mesmo assunto padrões diferentes.

A evolução na constituição da família mostra que a motivação para a formação familiar são outros sendo de grande importância que o ordenamento jurídico de amparo a esse processo de evolução de família. Com todas essas mudanças, essas famílias foram reconstruindo-se, aceitando-se e amando-se. Assim, surgiram sentimentos afetivos paternais que cada vez mais se evidenciaram na realidade cotidiana e demandam reconhecimento formal, jurídico.

Todas as alterações que ocorreram na família se refletem nos vínculos de parentesco. Com a evolução da engenharia genética e o surgimento das mais diversas formas de reprodução assistida, os vínculos de parentesco não podem ficar limitados à verdade biológica.

A própria Constituição Federal (Art. 227, § 6.º) encarregou-se de ampliar o conceito de entidade familiar ao não permitir a diferença entre filhos. Ocorreu a desbiologização da paternidade-maternidade-filiação e, consequentemente, do parentesco em geral. Nesse mesmo sentido é o que ocorre com a parentalidade socioafetiva, onde a afetividade tem o mais relevante papel jurídico. Assim, deve-se buscar um conceito plural de paternidade, de maternidade e de parentesco (DIAS, 2016, p. 377).

Sob esse enfoque, pais socioafetivos e genéticos passaram a estar, por vezes, representados em pessoas distintas, mas coexistentes e igualmente importantes. Assim, o desafio já superado de aceitar a paternidade socioafetiva, que passou a ser, inclusive, vista como hierarquicamente superior à biológica, transformou-se no novo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

desafio de aceitar e legitimar a coexistência de paternidades hierarquicamente equivalentes: a socioafetiva e a biológica; a multiparentalidade.

1.2 Dos princípios norteadores das relações familiares.

Os princípios tem como base o sustento do ordenamento jurídico, pois "os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentam-te". (CASSETTARI, 2015, p. 56). Podendo assim afirmar que eles são os alicerces que traçam as regras existentes nele, levando em conta a obediência constitucional e com ele os princípios norteadores para aprovações normativas.

Em se tratando de Direto de Família, é importante mencionar o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1.º, III, da Constituição Federal de 1988, podendo também ensejar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, pois é identificada a dignidade da pessoa humana como: " um macro princípio sob o qual irradiam outros princípios e valores essenciais como a liberdade, a autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade" (PEREIRA, 2017, pag.83)

Isso mostra a grande importância que Pereira (2017), tem, pois traz consigo uma valoração das próprias pessoas nas relações privadas de dentro do ceio familiar, fazendo com que aconteça a preservação dos indivíduos pelo ser pessoa, sendo assim, fundamental a preservação, proteção da vida, a integridade dos membros, levando em consideração o respeito as pessoas e a seguridade de seus direitos e respectivos deveres.

Segundo Ferreira (2017):

> A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade se seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. (FERREIRA, 2017)

Constitui também princípio jurídico, extremamente importante no âmbito familiar, o denominado princípio da afetividade. Como demonstra o doutrinador Tartuce (2017):

> A propósito, esclareça-se, para os devidos fins de delimitação conceitual, que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação, impulso ou ligação entre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares. Como bem pondera José Fernando Simão em suas palestras e exposições, afeto quer dizer cuidado com responsabilidade. (TARTUCE, 2017, p. 125).

Esse afeto, seja ele positivo ou negativo, se refere ao vínculo de parentesco, pois abrange a paternidade e a maternidade. O afeto não pode ser uma via de mão única. Deve corresponder a um senso de preocupação e compromisso com o outro, de modo que se estabeleça, sob o foco da confiança e cumplicidade uma relação cuja força se esvaneça com simples intempéries do dia a dia. Diz respeito ao que o pai ou mão sente em relação ao filho ou filha, e vice-versa. Uma vez estabelecido nas relações familiares, sai da esfera meramente subjetiva e alcance uma representação social para todos aqueles com quem se estabeleça uma convivência.

Tartuce (2017), afirma que:

> Além de reconhecer a possibilidade de vínculos múltiplos parentais, a denominada multiparentalidade, uma das grandes contribuições do aresto foi de consolidar a posição de que a socioafetividade é forma de parentesco civil, em posição de igualdade diante do parentesco biológico. (TARTUCE, 2017, p. 984).

É nessa sequência que a relação de afeto não é mais apenas por laços biológicos, ou melhor, sanguíneo, pois existe uma verdade fática acerca da realidade de uma relação filial aparente, levando então, o reflexo sociológico e afetivo da filiação. Visto isso, compreende-se que, independente de continuidade desse afeto, a relação de família se mantém, pois da mesma forma que em uma sociedade patrimonial ou em um casamento, existe a continuidade de algumas responsabilidades que devem ser obrigatórias para todos.

> O princípio da solidariedade familiar também implica respeito e considerações mútuos em relação aos membros da família, pelo que, definitivamente, constitui princípio norteador do Direito de Família (PEREIRA, 2017, p. 85).

Diante dessa afirmação de Pereira (2017), a solidariedade entre os membros deve ser algo constante, conforme o Princípio da Solidariedade Familiar, tendo em vista que nela deve existir auxílio mútuo, prestando a devida assistência, acompanhando e protegendo de forma material e moral, levando sempre em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

consideração o Princípio do Melhor Interesse da Criança, sendo os indivíduos de uma família socioafetiva, ou não.

Essa afetividade não gera somente relações familiares entre pais e filhos, e sim, também entre avós e netos, tios e sobrinhos e ainda entre irmãos, na qual é vista com frequência a criação de crianças conduzidas por esses parentes.

2. A filiação: origem e tutela jurídica

2.1 Formação do Parentesco no Código Civil.

De acordo com o Código Civil de 1916, regulava a família do início do século passado. Na versão original, trazia estrita e distinta visão da família, limitando-a ao casamento, bloqueando a sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamentos e aos filhos advindos dessas ligações.

O direito brasileiro sofreu outras significativas influências das Ordenações Filipinas que resultou no Código de 1916, este regulava a instituição família pelo "pátrio poder" e família só era resultante da união celebrada em culto religioso sob o domínio do modelo patriarcal e hierarquizado. O direito brasileiro adotou o modelo passando o homem a ter completo domínio sobre sua família, era ele quem decidia se a mulher poderia uma não trabalhar. A função da mulher era de companheira e colaboradora do marido.

Já a Família e a Constituição de 1988 houve mudanças no conceito existente de família trazendo modificações ao ordenamento jurídico e social. Houve alteração na filiação passando a não tolerar nenhuma discriminação entre os filhos havidos fora (bastardos) e dentro do casamento, procurando com isso o ordenamento jurídico diminuir os altos índices de filhos nascidos sem "pai", sem o reconhecimento paterno.

Também, a partir da Constituição de 1988 foi reconhecido o direito de igualdade entre homens e mulheres, rompendo com o antigo conceito regimentar patriarcalista do código de 1916, art. 226. A partir da mudança ocorrida com a nova Constituição Federal de 1988 houve, consequentemente, a necessidade de alteração no Código Civil vigente a época pela necessidade de disciplinar todas as mudanças sofridas na Constituição.

Pelo Código Civil de 2002, foi regularizada a relação de união estável entre os casais expandindo o conceito de constituição familiar, que se deu inicio na Constituição Federal de 1988, sendo que a primeira disciplina ocorreu em 1994, por meio da lei 8.971/94, que tratava de direito sucessório, depois em 1996 (lei 9.278/96)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que tinha a pretensão de regulamentar a CF/88, tendo em vista que no decorrer dessas fases a mulher deixou o papel de reprodutora e alcançou liberdade profissional e sexual.

Assim, a família passou a ter outra finalidade para além de procriar, a partir dessa ampliação do conceito de família que os casamentos tomaram outras formas na constituição dos lares.

> A família tentacular contemporânea, menos endogâmica e mais arejada que a família estável no padrão oitocentista, traz em seu desenho irregular as marcas de sonhos frustrados, projetos abandonados e retomados, esperanças de felicidade das quais os filhos, se tiverem sorte, continuam a ser portadores. Pois cada filho de um casal separado é a memória viva do momento em que aquele amor fazia sentido, em que aquele par apostou, na falta de um padrão que corresponda às novas composições familiares, na construção de um futuro o mais parecido possível com os ideais da família do passado. Ideal que não deixará de orientar, desde o lugar das fantasias inconscientes, os projetos de felicidade conjugal das crianças e adolescentes de hoje. Ideal que, se não for superado, pode funcionar como impedimento à legitimação da experiência viva dessas famílias misturadas, engraçadas, esquisitas, improvisadas e mantidas com afeto, esperança e desilusão, na medida do possível. (KEHL, 2010, p 3).

Para Gonçalves (2018) as grandes transformações ocorridas na Constituição (CF/88) e o Código Civil/02 trouxeram uma prospecção das novas formações de famílias existentes na sociedade marcadas pelas profundas mudanças. Os novos arranjos familiares descaracterizaram a ideia de que família somente é formada por pai, mãe e filhos (modelo antigo de constituição familiar), o novo modelo de família agora pode ser constituído sem aa obrigação de gênero, ou seja, os casais homoafetivos, também as constituídas por mães solteiras. Nas palavras de Dias (2016), a sociedade tem dificuldade de lidar com as novas formações familiares, para muitos esses novos arranjos são considerados incorretos.

Os vínculos extramatrimoniais sempre existiram, no entanto, não eram aceitos pelas normas de conduta social, quanto necessário a justiça exercia seu papel relacionada às questões de ordem patrimonial, a jurisprudência tratava da partição do patrimônio que eram ações julgadas na competência das varas cíveis e de acordo com o direito das obrigações. Ainda que inexistente qualquer diferença na estrutura

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dos relacionamentos oficiais, não sendo reconhecimento como direito de família por analogia (DIAS, 2016).

Os institutos, geradores de cônjuges e companheiros, trabalhados neste tópico têm forte influência na tradição familiar. Já foi visto que as ditas influências podem ser potencializadas quando o fator parentesco surge entre os consortes. Dado fator também influencia na tradição familiar de outras formas, como a que vem a ser tema do próximo tópico.

3. Sucessão e a multiparentalidade

3.1 Multiparentalidade: incidência e reconhecimento

A multiparentalidade está presente quando identificada uma multiplicidade de vínculos de filiação, onde todos os pais assumem os encargos decorrentes do poder familiar, bem como o filho que desfruta de direitos e deveres em relação a todos.

Paiano (2017, p. 52), ao conceituar o fenômeno da multiparentalidade assim o define:

> A multiparentalidade é um fenômeno jurisprudencial e doutrinário, advindo de uma interpretação conforme, integrativa e expansiva, que permite o reconhecimento de mais de um pai ou mãe a uma mesma pessoa, de modo que conste em seu registro de nascimento as consequências desse reconhecimento — alteração de nome, inclusão de outro pai ou mãe, inclusão de outros avós.

O afeto é o elemento identificador das entidades familiares, servindo desta forma de parâmetros para os vínculos parentais, levando-se em consideração a existência de uma verdade biológica, e do outro lado, uma verdade que não pode ser desprezada, a filiação socioafetiva.

Desta forma, a multiparentalidade é marcada pela situação em que o indivíduo tem mais de um pai e/ou mais de uma mãe simultaneamente, de forma que os efeitos jurídicos produzidos sejam aplicados em relação a todos eles.

Em setembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, firmou o seu entendimento acerca da matéria, entre a paternidade socioafetiva sobre a biológica RE 898.060, e de acordo com o relator, Ministro Luiz Fuz (BRASIL,2015):

> Caberá ao filho, de acordo com o seu próprio interesse, decidir se mantém, em seu registro, apenas o pai socioafetivo ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> ambos, o socioafetivo e o biológico. Mesmo que não tenha constituído com o genitor nenhum vínculo de afetividade, terá o direito de fazer constar o nome dele em seu registro.

Na mesma linha, a fixação da pensão alimentícia, observando o princípio da proporcionalidade e o binômio necessidade x capacidade. O afeto passou a ter valorização judicial e o instituto da multiparentalidade proporcionou para a criança e o adolescente, uma perspectiva de proteção ao que tange o direito de convivência com os pais, sejam eles biológicos ou afetivos.

A multiparentalidade é decorrência do reconhecimento legal de mais de uma forma de filiação em relação a diferentes pais e/ou mães. A forma mais usual de multiparentalidade encontrada na vida prática é a concomitante existência de pais biológicos e pais socioafetivos, como, por exemplo, o pai biológico e o afeto paternal nutrido pelo novo companheiro/cônjuge da mãe com o filho dessa. Então, antes de adentrar na seara sucessória nos casos de multiparentalidade, mister destacar que o direito sucessório é uma das decorrências da filiação (seja qual for) e, como tal, é inerente à filiação socioafetiva.

Nesse sentido, Goulart (2013, p. 23) destacou:

> A Carta Magna traz com toda clareza que não pode haver discriminação sobre os tipos de filiações, ou seja, não importa como se deu essa filiação, será igualitária como se fosse um filho legítimo [sic], conforme o art. 227, parágrafo 6º, do diploma legal referido. Dessa forma, caso haja o reconhecimento de uma filiação socioafetiva, este terá os mesmos direitos das demais filiações. [...] uma vez que se tem a posse de estado de filho consolidado, logo este seria um herdeiro legítimo necessário como as filiações biológicas.

Relembra-se que o filho socioafetivo tem o direito de pleitear o reconhecimento judicial de tal filiação (e dos seus consequentes efeitos sucessórios) a qualquer tempo, seja vivo ou já falecido o pai. Acerca do tema, observe o que, no mesmo ensaio literário, Goulart (2013, p. 6) lembrou e contestou, lecionando ao encontro do presente trabalho:

> Porém, o reconhecimento da filiação socioafetiva, após o falecimento do suposto pai ou da suposta mãe afetiva, faz com que poucos julgadores reconheçam e legitimem tal relação paterno/materno-filial. Um dos principais argumentos para o não reconhecimento é que, se o pai ou a mãe socioafetiva quisesse ter manifestado a vontade de assumir a relação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

paterno/materno-filial teriam feito em vida ou por meio de testamento.

Outro argumento utilizado, como observado nas jurisprudências analisadas no presente trabalho, é que esse tipo de ação visa somente o interesse patrimonial, ou seja, busca somente a quota do direito hereditário. Tais argumentos podem ser levados em conta quando realmente, no caso concreto, não foi comprovada a configuração da filiação sociológica. Até porque muitos podem utilizar desse artifício para conseguir um direito hereditário no qual não têm nenhum direito.

Ora, o ordenamento jurídico brasileiro traz o princípio ao juiz natural, aquele ligado ao judiciário que analisa a causa de forma imparcial, desligando-se de seus preconceitos. É com esse intuito que vem a previsão do artigo 131 do Código de Processo Civil, o qual diz que o juiz formará e motivará seu convencimento com base na livre apreciação da prova. Assim, não cabe ao magistrado a presunção de tratar-se de meros interesses patrimoniais.

Assim, a filiação deve ser reconhecida pura e simplesmente com base na análise dos requisitos legalmente impostos, observando-se o artigo 1.593, do Código Civil e o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, visto que biológico ou socioafetivo, filhos são igualmente filhos e estão igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isso posto, estando um fato devidamente comprovado nos autos, por mais livre que seja a apreciação das provas, sua existência não pode ser negada.

Ademais, a própria Constituição Federal da República Federativa do Brasil é clara ao assegurar, em seu artigo 5º, inciso XXX, o direito à herança. Assim, em nada me parece injusto o pleito por um direito individual constitucionalmente garantido. Outrossim, em complemento à Constituição, o artigo 1.784 do Código Civil explica que a herança se transmite desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários; portanto, aos filhos – consoante previsão do artigo. 1.845 do mesmo Diploma legal. Desta feita, não é pertinente que doutrina ou julgadores criem requisitos extralegais ao reconhecimento da filiação ou à perfectibilizarão do direito à herança.

Se em vida o relacionamento era bom o bastante, suas necessidades de filho estavam sendo sanadas e por isso (ou por outro motivo qualquer) o filho optou por não ingressar com uma demanda judicial, isso não pode impedi-lo nem o prejudicar quando do momento de buscar um direito que lhe é legalmente garantido – o sucessório. Biológico, civil ou socioafetivo, todos são igualmente filhos (artigo 227, § 6º, da Constituição Federal) e estão igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A herança é direito legalmente garantido aos filhos, os quais são tratados como herdeiros necessários e foram colocados nessa situação justamente porque o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

patrimônio e a segurança da prole são sim questão seriamente tutelada pelo direito. Assim sendo, por que razão apenas o interesse patrimonial do filho afetivo é tido como interesseiro, indigno e, por isso, deve ser impedido por doutrinadores e julgadores? Ademais, o reconhecimento da paternidade socioafetiva passa por um sério e severo crivo, o bastante para comprovar (mesmo depois de falecido o pai) a socioafetividade existente nessa relação paterno-filial.

3.2 Capacidade sucessória: limites à sucessão legítima no CC/2002

A sucessão legítima é assim denominada porque decorre e é regulamentada por lei, prescindindo de qualquer manifestação de vontade da pessoa falecida. Trata-se justamente de um regramento cogente aplicado quando o falecido não deixa ato de última vontade ou, quando tendo deixado, dispõe apenas de parte dos seus bens, caso em que se aplica a sucessão legítima aos bens não comtemplados pelo ato discricionário. A normativa é aplicada, ainda, em casos de nulidade ou caducidade do testamento. Segundo Gonçalves (2020, p. 89):

> Quando o de cujus falece ab intestato, a herança como foi dito, é deferida a determinadas pessoas. O chamamento dos sucessores é feito, porém, de acordo com uma sequência denominada ordem da vocação hereditária. Consiste está, portanto, na relação preferencial pela qual a lei chama determinadas pessoas à sucessão hereditária.

A sucessão legítima se faz sempre a "título universal". Os herdeiros participam da totalidade do ativo e passivo, excetuados os bens comprometidos com legados, mediante quotas. Para definir os herdeiros, a lei obedece à regra e à ordem da vocação hereditária. Diz-se que tem vocação hereditária a pessoa apta a herdar (de forma legítima ou testamentária).

Na sucessão legítima, tem vocação hereditária, segundo o artigo 1.798, do Código Civil, as pessoas já nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Tartuce e Simão (2016) ressaltam que apenas as pessoas naturais herdam por sucessão legítima. Os já concebidos à época da abertura da sucessão, conhecidos como nascituros, têm seu direito sucessório condicionado ao nascimento com vida, momento em que se consolida sua personalidade civil. Assim, os autores acima citados observam que os direitos patrimoniais do nascituro são subordinados a uma condição resolutiva: o nascimento com vida.

> Essa capacidade para suceder é definida segundo a lei vigente à época da abertura da sucessão (art. 1.787) e não pressupõe a capacidade de fato. Havendo uma condição, a lei reguladora será a do momento em que está se verifique, pois, consoante

> Clóvis Beviláqua, é quando a propriedade de transmite. [...] em relação aos nascituros, estes sucedem quando nascem com vida, hipótese em que os seus direitos retroagem ao momento da abertura da sucessão. (NADER, 2013, p. 45)

Para melhor compreensão da ordem da vocação hereditária, imprescindível a compreensão do conceito "classe de herdeiros". Trata-se de grupos de herdeiros com semelhanças entre si. Atualmente, existem quatro diferentes classes de herdeiros: a dos descendentes do falecido (parentes em linha reta), a dos ascendentes parentes em linha reta, a do cônjuge ou do companheiro (que não possuem vínculo de parentesco) e a dos parentes colaterais (parentes sem relação de ascendência ou descendência direta com o falecido). Esses grupos geralmente não coexistem em uma sucessão, uma vez que a existência de herdeiros de uma classe automaticamente exclui a classe seguinte.

Outro conceito importante antes de adentrar à ordem sucessória é o de "parentesco". Segundo prelecionam Tartuce e Simão (2016), parentesco é a ligação existente entre pessoas que provém de um mesmo progenitor. Essa linha (parentesco) pode ser reta ou colateral. O parentesco em linha reta, previsto no artigo 1.591, do Diploma Civilista, dá-se entre pessoas vinculadas por ascendência e descendência e é caracterizado por sua infinitude, uma vez que não há limites finais para o parentesco em linha reta.

A linha colateral, por sua vez, constrói-se entre pessoas que advêm de um só tronco sem descenderem umas das outras. Esse parentesco limita-se até o 4º grau, conforme dispõe o artigo 1.592, do Código Civil. Quando reconhecido como filho afetivo de alguém, a pessoa torna-se membro da família do novo pai ou da nova mãe, assumindo o seu papel de parentesco tanto em linha reta quanto em linha colateral, como se biológico fosse: sem limitações. O que importa, de fato, é perceber que essa nova relação entre pai/mãe socioafetivo e filho socioafetivo cria vínculos de parentesco indiscutivelmente iguais aos existentes entre pais e filhos biológicos e, ainda, indiscutivelmente aptos a gerar as exatas mesmas consequências sucessórias a todas as figuras dessa relação, seja entre avó e neto, pai e filho, filho e irmão.

Outrossim, se essa nova relação está devidamente registrada ou é devidamente reconhecida judicialmente em coexistência com uma relação de parentalidade biológica caracterizando uma situação de multiparentalidade (como se defende nesse estudo), não há qualquer diferença sucessória a ser apresentada.

A lei sucessória é geralmente clara e seguidora de uma lógica legislativa de fácil percepção, o que permite adaptações legais simples e, até mesmo, o uso da analogia. Assim, entende-se que falecendo um dos pais do filho multiparental, por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

exemplo, ele herda como um filho, como um membro da prole. Falecendo um irmão, a sucessão também segue as normas já previstas no Código Civil observando-se, inclusive, o laço uni ou bilateral da fraternidade.

Uma diferença que salta aos olhos e pode ser facilmente resolvida encontrasse em caso de falecimento do filho multiparental que não deixa descendentes. Nessa situação, na linha reta ascendente haverá mais linhas entre as quais a herança deve ser dividida. Por exemplo, caso seja uma pessoa com dois pais e uma mãe vivos, sua herança deve ser partilhada em três partes iguais, cada qual destinada a uma linha: paterna 1, paterna 2 ou materna. Não se observa, então, qualquer grande dificuldade ou empecilho para a adaptação do direito sucessório à multiparentalidade.

3.3 A sucessão legítima na multiparentalidade: alcance e limites de incidência

A sucessão na linha reta ascendente, os ascendentes são a segunda classe de herdeiros chamada a suceder e assim acontece apenas quando o falecido não deixa descendentes. Nesses casos, usa-se o termo linhas para representar a linha materna e a linha paterna. Na sucessão em linha reta ascendente, o grau mais próximo exclui o mais remoto quando não há distinção de linhas, ou seja, quando no grau mais próximo só existem sobreviventes em um dos lados da ascendência: materno ou paterno.

Nesses casos, a sucessão ocorre por direito próprio e a partilha se dá por cabeça. Então, caso sobreviva ao autor da herança apenas sua mãe ou apenas seus avós paternos, eles herdarão por cabeça. Já quando ocorre igualdade de graus nas duas linhas materna e paterna, a sucessão é por direito próprio, mas a partilha passa a ser por linha e cada uma recebe iguais quotas-parte.

Villela (2015, p. 21), também explica o assunto:

> Na hipótese de a herança ser deferida aos ascendentes de grau idêntico e linhas diferentes, a partilha contemplará igualmente o lado paterno e o materno. Os bens serão divididos em duas metades, destinando-se as partes a cada uma das linhas, não importando se uma delas se compõe de um ou dois ascendentes.

Assim, se o autor da herança A falece deixando sua mãe e seu pai vivos, cada um receberá metade da herança, independente de os avós de A estarem vivos ou mortos. Já se A falece deixando sua mãe viva e sendo seu pai pré-morto, sua mãe receberá a totalidade da herança, uma vez que o grau mais próximo exclui o mais remoto e que não há representação na linha reta ascendente. Quando existe

igualdade de graus e diversidade de linhas entre os ascendentes aptos a suceder, cada linha herda a metade: 50% para a linha paterna e 50% para a linha materna.

Dentro de cada linha, a sucessão é por cabeça. Pelo exposto, se o de cujus "A" tem seus pais pré-mortos quando falece, mas tem seus quatro avós vivos, esses herdarão por direito próprio e a partilha será realizada por linhas: linha materna e linha paterna. Assim, cada um dos avós receberá 25% do total da herança – 50% para cada linha, que serão divididos igualmente entre o avô e a avó.

Dessa forma, caso tenha pais e avó materna pré-mortos, a herança de "A" será dividia igualmente (50%) entre as linhas materna e paterna; entretanto, os avós paternos receberão 25% cada um, enquanto o avô materno, 50% – haja vista a sucessão por linhas. Caso trate-se da sucessão por linhas em que o autor da herança seja um descendente multiparental, a única diferença a ser ponderada seria a possível existência de mais uma linha beneficiada. Nesses casos, a partilha continuaria seguindo a equidade prevista em lei: quotas iguais para cada uma das ascendências.

A sucessão em linha colateral, inicialmente, vale lembrar que os colaterais só são chamados a suceder quando o autor da herança não deixa descendentes, ascendentes nem cônjuge, visto que a existência de qualquer dessas classes de herdeiros pretere automaticamente os colaterais. Outrossim, os colaterais não são herdeiros necessários e, se for interesse do parente afastá-los da sucessão, basta realizar um testamento sem beneficiá-los. Em relação à normatização da sucessão legítima colateral, destaca-se que a regra básica continua sendo a de que o grau mais próximo exclui da sucessão os mais remotos.

No que tange aos colaterais de segundo grau, imprescindível considerar que os irmãos (colaterais de segundo grau) são classificados em bilaterais (ou germanos) e unilaterais. Aqueles são os que descendem do mesmo pai e da mesma mãe, enquanto os unilaterais descendem de apenas um progenitor comum. A peculiaridade que atinge os irmãos bilaterais e unilaterais apresenta-se no artigo 1.841 do Código Civil, o qual prevê que, concorrendo irmãos bilaterais com unilaterais, esses herdarão o correspondente à metade da quota-parte destinada àquele.

Essa regra também não se apresenta com qualquer dificuldade aos casos de multiparentalidade, nos quais facilmente detecta-se se um irmão é uni ou bilateral. Seguindo o estudo das regras da sucessão colateral, destaca-se a existência de uma única possibilidade de aplicação do instituto da representação: aos sobrinhos do falecido, quando com irmãos desse concorrerem. Lembra-se que quando não existem irmãos do falecido aptos a suceder, os sobrinhos são chamados à sucessão e herdam por direito próprio e por cabeça.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Destaca-se, ainda, que assim como ocorre com os irmãos, o artigo 1.843, parágrafo 2º, do Código Civil, prevê diferença entre a quota-parte destinada ao sobrinho filho de irmão bilateral e à destinada ao sobrinho filho de irmão unilateral. A sucessão colateral traz, ainda, outros casos especiais que merecem atenção. Veja que quando não há colateral de segundo grau apto a suceder, chamam-se os de terceiro; entretanto, existem dois parentes nessa situação: o tio e o sobrinho do falecido. Para esses casos, a lei deu regulamentação especial.

Em vez de simplesmente regulamentar a partilha igualitária dos bens entre esses sucessores, o artigo 1.843 do diploma civilista prevê que, na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, apenas na inexistência desses, os tios serão chamados à sucessão. A sucessão colateral abrange ainda, a possibilidade de os parentes de quarto grau integrarem a sucessão do autor da herança.

Todavia, relembra-se que os parentes de grau mais próximo excluem os de grau mais remoto. Assim, os tios-avôs, os sobrinhos-netos e os primos-irmãos serão chamados a suceder apenas quando inexistirem parentes colaterais de segundo ou de terceiro grau. Nesse caso, inexistindo previsão especial, caso haja concorrência entre parentes de quarto grau, esses dividirão a herança em iguais quotas-parte.

CONCLUSÃO

A socioafetividade parental é a criação e a alimentação diária da convivência e do respeito que há entre pessoas que se enxergam e vivem como pais e filhos. Importante lembrar que o fenômeno da socioafetividade apresenta-se em dois aspectos: o social e o afetivo. Essas duas nuances ligam-se quando a afetividade cria um vínculo e o reflete no meio social por meio dos três requisitos caracterizadores da socioafetividade: reputação, nome e tratamento.

O presente trabalho dedicou-se a estudar a ocorrência e a evolução dos efeitos desse fenômeno ao longo dos anos principalmente nas situações em que ele está desconectado da figura biológica – ou, ao menos, quando ele não se apresenta apenas na pessoa do pai natural. Como viu-se, o ordenamento já tutela vínculos socioafetivos e a Constituição da República Federativa do Brasil não impõe qualquer limite à eficácia do parentesco criado a partir de tais relações, uma vez que preleciona a impossibilidade de hierarquização das formas de parentesco por meio do princípio da igualdade, seja natural, social ou civil.

Entretanto, evidente é que os estudos, os movimentos e as defesas aqui feitas precisam sempre romper as barreiras do Judiciário para que passem, então, a serem aceitas e praticadas. Para que sejam asseguradas a todos. Devem-se observar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia jurídica entre os filhos e o da pluralidade das organizações familiares para que se coloque em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

prática a teoria tridimensional da paternidade, retratando fiel e juridicamente a biografia de muitos hoje ignorados pelo direito.

Assim, essas paternidades serão reconhecidas concomitantemente e em sua integralidade, permitindo a adoção dos patronímicos paternos e a garantia a outros direitos e deveres inerentes à relação parental, como o direito sucessório. A normativa sucessória hoje existente aplica-se sem qualquer dificuldade aos casos que envolvem filhos multiparentais. Quando da concorrência entre descendentes multiparentais com cônjuge do pai falecido, por exemplo, o descendente é visto individualmente como filho do de cujus em cada uma das sucessões, afastando qualquer possível complicação.

Quando esses ascendentes concorrerem com o cônjuge do de cujus, tampouco será difícil manter a normativa já prevista em lei. Nesses casos, reservam-se 50% da herança ao cônjuge e a metade restante é igualmente partilhada entre as linhas existentes; sejam duas maternas e uma paterna, duas paternas, ou quais forem.

Conclui-se que evidente a possibilidade jurídica da multiparentalidade e do reconhecimento de seu inerente direito sucessório. Muito mais do que o direito dos pais, é um direito fundamental do filho de conviver com aqueles com os quais tem afeto, lações de amizade, de modo a reforçar a perspectiva dialogal, construindo a própria dignidade e personalidade. Tutelar uma situação não é obrigar sua ocorrência, mas fornecer meios para que ela se perfectibilize quando umas das partes simplesmente resolver ignorá-la. Mais do que serão garantidos os direitos sucessórios ou qualquer outro direito, será garantida a individualidade e a dignidade da pessoa humana.

Referências

BRASIL [**Código Civil (1916**)]. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 10 de mar. de 2020.

BRASIL. [**Código Civil (2002)].** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 10 de mar. de 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República,** [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituição.htm. Acesso em 03 de mar. de 2020.

BRASIL. Lei n° 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm. Acesso em: 24 de abr. de 2020.

BRASIL. Lei n° 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3° do art.226 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm. Acesso em: 24 de abr. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 898060/SC Repercussão Geral Reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. paradigma do casamento. superação pela Constituição de 1988**.** Recorrente A N Recorrido:F G Ministro relator Luiz Fux 01 de julho de 2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1343191 9. Acesso em 14 de abr., 2020.

BRASIL.[**Código de Processo Civil (2015)].** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 14 de abr. de 2020.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:** efeitos jurídicos.2ed. São Paulo: Atlas,2015

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das famílias**, São Paulo. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais**, 2016.

FERREIRA, Francis; COELHO, Ernny; ALVES, Efigenia. Direitos sociais em foco: uma abordagem ilustrada e prática das legislações sociais. 1. ed. atual. Catatuva, SP: Rêspel, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Direito de Família. 15 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** direito de família. 17 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2020. 17 p. v. 6.

GOULART, Fabiane Aline Teles. **O reconhecimento da Filiação Socioafetiva com seus Efeitos Sucessórios.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister; Belo horizonte: IBDFAM, ano XIV, n. 32, p. 17, fev/mar 2013

KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. 2010 Disponível em: http://www.mariaritakehl.psc.br/conteudo.php?id=14. Acesso em 06 abr. 2020.

MAUX, A. A. B.; DUTRA, E. **A Adoção no Brasil: Algumas Reflexões.** Estudos e Pesquisas em Psicologia, Rio de Janeiro, v. 10, n.2, p. 356-372, 2010.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. **Direito das Sucessões.** Rio de Janeiro: 5. ed. Forense, 2013

PAIANO, Daniela Braga. **A Família Atual e as Espécies e Filiação:** Da Possibilidade Jurídica da Multiparentalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 224 p.

PAIANO, Daniela Braga. **A Família Atual e as Espécies e Filiação: Da Possibilidade Jurídica da Multiparentalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 224 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. atual. São Paulo: Método, 2017. 125 p. v. único.

VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade federal de Minas Gerais**, vol. 271, jul/set. 2015 [s.l]. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>. Acessado em 06 abr. 2020.

NOTAS:

[1] Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho, *E-mail*: ticianneasilva@gmail.com.

[2] Professor do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho, especialista em Direito Civil pela UFPI, Mestre em Direito pela PUCRS, *E-mail:* jscosta429@hotmail.com; jscostadireito@gmail.com.

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR E DE VISITAS EM RELAÇÃO AOS AVÓS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

PAULA CARINA FERREIRA DA SILVA:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA

REBECCA TEIXEIRA RIBEIRO [1]

(Coautora)

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA [2]

(Orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa objetiva analisar a importância que tem o direito de visita e da convivência na relação entre netos e avós sempre visando o melhor interesse da criança e do adolescente. O presente trabalho é importante pois trata de uma relação familiar, na qual é relevante o direito de visita e de convivência para o desenvolvimento na vida dos netos. A metodologia empregada, é a pesquisa bibliográfica com abordagem de método dedutivo, além de ter como base abordagem doutrinária, jurisprudencial, de pesquisas abordadas em artigos científicos em relação ao tema em estudo. E a partir disso, concluir que os avós têm influência na vida dos netos, sendo a relação avoenga importante para o desenvolvimento psíquico, moral e é um processo interativo e educativo com o benefício de trocas mútuas, podendo assim aprender e ensinar tanto os avós para os netos como os netos para os avós.

Palavras-chave: conceito de família, princípios, netos, reciprocidade entre as partes.

ABSTRACT: This research aims to analyze the importance of the right to visit and coexistence in the relationship between grandchildren and grandparents, always aiming at the best interest of children and adolescents. The present work is important because it deals with a family relationship, in which the right to visit and coexistence is relevant for the development of the grandchildren's life. The methodology used is bibliographic research with a deductive method approach, in addition to being based on a doctrinal, jurisprudential approach to research addressed in scientific articles in relation to the subject under study. And from this, conclude that grandparents have an influence on the lives of grandchildren, the grandparent relationship being important for psychic and moral development, and it is an interactive and educational process with the benefit of mutual exchanges, thus being able to learn and teach both grandparents to grandchildren as grandchildren for grandparents.

Keywords: family concept, principles, grandchildren, reciprocity between the parties.

SUMÁRIO:1. Introdução. 2. Considerações sobre o direito de família. 2.1. Sobre o conceito de família. 2.2. O Direito de família pelo código civil de 1916. 2.3. O Direito de família na atualidade. 3. Princípios constitucionais do direito de família. 3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana**.** 3.2. Princípio da afetividade. 3.3. Princípio da liberdade. 3.4. Princípio do pluralismo familiar. 3.5. Principio do melhor interesse da criança e do adolescente. 3.6. Princípio da solidariedade familiar. 4. O Direito da convivência familiar e de visitas em relação aos avós para crianças e adolescentes. 4.1. Convivência familiar. 4.2. A reciprocidade na relação de visitação avoenga. 4.3. Avós e netos nas novas dinâmicas familiares e os desenvolvimentos em meio a essa relação. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a sapiência do conceito de família, assim como a sua mudança no tempo e isso se dar por meio de uma evolução desde a regência que tinha o Código Civil de 1916, aos dias de hoje com a regência da Constituição Federal de 1988 mais o Código Civil de 2002, ponto que se torna importante visto que desconstruiu o conceito de que a família era formada somente pela mãe e pelo pai e que este detinha todo o poder familiar e assim é reconhecida e protegida outras entidades familiares.

Diante dessa mudança e ampliação de família surgi o que se trata da relação entre avós e netos, relação essa que muitas vezes se torna questionável pelos seus genitores pelo fato de estarem separados ou de não se dar bem com os avós da criança ou adolescente e isso leva a não permitir a relação avoenga.

Nesse contexto foi apresentado princípios que preenchem lacunas na lei quando se trata sobre esse assunto e que tem uma total relevância, visto que são bastante usados para que haja a melhor interpretação ao que tange a família e sempre visando o melhor interesse da criança ou adolescente. Logo foi demonstrado a reciprocidade quando se trata do direito de visita e da importância de uma convivência familiar entre netos e avós.

Objetivando ainda revisar a bibliografia em Direito Civil, sobre família ao que se refere à relação avoenga; analisar a fundamentação que usa a justiça brasileira para determinar o direito de visita entre avós e netos e na convivência familiar e assim esclarecer a forma que os avós podem exigir judicialmente o direito de visita e discutir a importância que tem o direito de visita na relação entre avos e netos.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE FAMILIA

2.1 Sobre o conceito de família

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"O vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidades pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins" (GONÇALVES, 2017, p.16).

A certo ponto se torna difícil conceituar família, visto que a família deixou de ser um objeto econômico ou reprodutivo e abre mais espaço para a afetividade e o amor, e sendo assim acaba que havendo várias interpretações para o termo família. Ainda afirma o projeto de Lei n. 2.285 de 2007, este que é intitulado o "Estatuto das famílias" que:

"A denominação utilizada "Estatuto das famílias", contempla melhor a opção constitucional de proteção das variadas entidades familiares. No passado, apenas a família constituída pelo casamento, portanto único era objeto de família".

Quando se trata de família logo se tem a ideia que as pessoas vão ter um laço, um vínculo mesmo que venha a ter uma nova família. E a família não é só uma base para os envolvidos, para os parentes, mas é também uma base para o Estado e é por isso que merece uma total proteção tanto na Constituição Federal, como no Código Civil, apesar destes não trazerem um conceito.

Com a evolução que a sociedade teve evoluiu também a família. Deixou de ser instituída só pelo casamento e surgiu à figura da união estável, não é formada só pela figura da mãe e do pai. E por isso chega à conclusão que não tem um conceito único de família, diante de múltiplas relações socioafetivas entre as pessoas, logo a família se desenvolveu e teve influência sexual, religiosa e cada uma tem sua importância na sociedade.

2.2 O direito de família pelo código civil de 1916

Até início do século passado, o código civil de 1916 regulava a família na qual essa era apenas instituída pelo casamento e aquelas que assim não era instituída ou que tinha filhos fora da relação havia uma certa distinção e trazia reflexos discriminatórios. Logo o pai era o chefe da família, ele quem tinha poder sobre os filhos e a mulher, ele que tomava decisões e claro essas deveriam ser seguidas.

Gagliano; Filho (2017, p.61) explica uma forma que a família era reconhecida

> Parece lógico, porém, que a migração de uma fase de satisfação individual das necessidades básicas de comida, bebida, sono e sexo para a formação de um conglomerado de pessoas que se identificassem, mutuamente, como membros de uma efetiva coletividade (e não uma mera reunião de

> individualismo), constitui a base para o reconhecimento de uma família.

Naquele momento existia a figura do poder marital, na qual era o homem como papel de marido que tomava as decisões da mulher, o que ela podia ou não fazer, e assim refletia na mulher como papel de esposa na sociedade. O que havia também é que não se pensava de forma alguma na figura do divórcio e assim a todo custo tinha que ser mantido o casamento, e isso se devia pela justificativa que a união aconteceu perante as leis de Deus e se ele uniu ninguém separa.

A dissolução do casamento se deu em 1977, mas com isso trouxe problemas dentro da religião, pois levando em conta que o casamento é considerado sacramento e esse devia seguir até o fim da vida do casal. Então o que se tem nessa época que o homem era o chefe da família e que a mulher era muito restrita mas que com a dissolução e com previsão em lei a mulher teve um novo comportamento um novo olhar na sociedade.

2.3 O direito de família na atualidade

Advinda da Constituição Federal de 1988, a família é uma entidade e tem sua proteção expondo também a ideia de que a mulher e o homem são iguais em valor humano e social e que no casamento a relação deve ser de igualdade de direitos e deveres do casal, surgindo a ideia de que a proteção não é só para o casamento, mas também para a união estável, assim como os filhos havidos ou não no casamento ou por adoção garantindo a estes os mesmos direitos.

No que tange pelo código civil de 2002, há o reconhecimento de diversas entidades familiares, o pai deixou de ser uma figura de quem mandava e passou a ter a igualdade entre o casal, inclusive no envolvimento para educar os filho, que não é só da mãe, mas que tem também o envolvimento do pai, colocando os filhos no centro no que relaciona a educação, desenvolvimento, bem-estar deles.

E assim as pessoas que compõe aquela família é que se responsabilizam pela educação dos filhos e de envolver eles em um meio social e dessa forma estará desenvolvendo os mesmos, visto que é no ambiente familiar que é transmitido os valores sociais, culturais, religiosos, morais, e de costumes e que sem sombra de dúvidas irão servir para a criação da personalidade daquela criança.

Gonçalves (2017, p.18) afirma

> As normas do direito de família ora regulam as relações pessoais entre os cônjuges, ou entre os ascendentes e os descendentes ou entre parentes fora da linha reta; ora

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> disciplinam as relações patrimoniais que se desenvolvem no seio da família, compreendendo as que se passam entre cônjuges, entre pais e filhos, entre tutor e pupilo; ora finalmente assumem a direção das **relações assistenciais**, e novamente têm em vista os cônjuges entre si, os filhos perante os pais, o tutelado em face do tutor, o interdito diante do seu curador. Relações pessoais, patrimoniais e assistenciais são, portanto, os três setores em que o direito de família atua.

A cada dia novas definições de família se formam e com isso tem seus direitos e deveres constituídos, a mulher que sai de casa para trabalhar e assim ajuda na despesa de casa junto com o marido, além do respeito pela diversidade sexual e igualdade conjugal e assim a família passa a ter membros que são movidos pelo amor e pelo afeto, o que se faz bem diferente dos anos passados.

3 PRINCIPÍOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Quando se trata da dignidade da pessoa humana tá relacionado ao respeito, a cidadania, e dessa forma o indivíduo é inserido na sociedade com honra, honestidade e ainda considera este princípio como um fundamento, sendo a essência dos direitos humanos. E no que se refere ao indivíduo traz a sua importância dentro da sua família, protegendo a sua vida, a sua relação na família, protegendo também seus direitos de personalidade.

Ao entender de Gagliano; Filho (2017, p.95) o:

> Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias — estatais ou particulares — na realização dessa finalidade.

É importante apontar que este princípio é base para todo o ordenamento jurídico, por ser um valor essencial para as pessoas, a dignidade é para todos, mesmo se a pessoa venha ou não merecer e ninguém pode dizer que não quer e nem ao menos vendê-la, assim como o Estado não pode simplesmente alterar mas sim

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cumprir por meio de ações dos governantes e além de garantir o exercício dos direitos fundamentais as pessoas, o Estado deve se preocupar para que estes não sejam desrespeitados.

O princípio da dignidade da pessoa humana se relaciona com alguns direitos básicos do cidadão, como o direito à vida, a segurança, a igualdade de direito entre homens e mulheres, liberdade de manifestação de pensamento, liberdade de crença em sua religião, a educação, o trabalho, a saúde, transporte, moradia, previdência social, proteção as crianças, a maternidade e etc. É perceptível que este princípio tem sua relevância dentro do direito de visita, pois é um meio de garantia deste direito.

3.2 Princípio da afetividade

O Direito de família moderno gira em torno deste princípio pois o amor, a afetividade se encontra em todas as relações de vida e é por isso que este princípio se torna presente nas relações de família e que seus membros são ligados por um liame socioafetivo. Ainda existe as normas de proteção da criança e do adolescente que tem como base o afeto no que envolve a questão comportamental dos pais ou representantes.

Sobre este princípio Dias (2016, p.85) afirma

> A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. O termo *affectio societatis*, muito utilizado no direito empresarial, também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família.

O afeto tem que ser assegurado pelo Estado, já que este impõe obrigações para com os cidadãos. A forma que o Estado pode ajudar as pessoas é por meio de políticas públicas e que sejam relevantes para a comunidade, para o indivíduo e que assim as pessoas tenham seus desejos realizados. Este princípio faz acordar a igualdade entre as pessoas, entre irmãos adotivos e biológicos, além da solidariedade entre as mesmas. É importante deixar claro que o laço de afeto e solidariedade deriva da conivência familiar e não de sangue.

Nas relações de família, cada uma dá sua forma por mais complexa que seja, nenhuma é igual à outra e cada uma merece ser respeitada, cada uma tem seu afeto,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a sua solidariedade, a sua convivência, perdão entre outras coisas que façam cada uma está em uma situação de viver em comum, e a família depende em dar amor e receber e sendo perceptível que é por essas circunstâncias que este princípio se faz norteador no Direito de Família.

3.3 Princípio da liberdade

Para garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, a liberdade foi um dos primeiros princípios reconhecido como direito fundamental assim como a igualdade em que só há liberdade se houver igualdade. Cada pessoa tem a liberdade de escolher a pessoa com quem ela quer viver e formar a sua família, independente do sexo tendo base no amor, no afeto, na solidariedade e assim terão igualdade no tratamento jurídico.

Dias (2016, p.75) afirma

> A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filhos, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltada ao melhor interesse do filho. Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual ou ainda poliafetiva. Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio

Este princípio é um dos mais importantes no Direito de Família, por ser tão presente neste ramo assim como, por exemplo, aquele filho maior que não quer o reconhecimento de paternidade poderá recusar. E é pela liberdade que o homem pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa por sua própria vontade ou quando não for em virtude de lei, e assim deve ser respeitado pelos demais na sociedade.

A liberdade pode se direcionar dentro da entidade familiar diante do Estado e da sociedade. Essa liberdade não é apenas na criação, na manutenção ou extinção da família, mas sim a cada dia, na sua reinvenção e quando um casal por exemplo, se separam não pode o Estado restringir seus direitos, pois deve estar sempre atendo a liberdade.

3.4 Princípio do pluralismo familiar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Diante deste princípio é possível que tenha a pluralidade familiar, ou seja, um reconhecimento de várias entidades familiares, situação que antes não existia e que a família era apenas e unicamente constituída por matrimônio. E dessa forma o pluralismo familiar cada dia cresce e isso gira em torno da afetividade e a convivência.

Conforme expõe Dias (2016, p.80)

> Com a Constituição Federal, as estruturas familiares adquiriram novos contornos. Nas codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Os demais vínculos familiares eram condenados à invisibilidade. A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.

Com base neste princípio é que a família pode ser aceita tanto por meio do casamento, como da união estável, família monoparental e de outras entidades que são respeitadas, além de respeitar outros princípios que são de suma importância, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade de construir família e de consagração do poder familiar. É importante deixar claro que quando se trata de casamento não se refere apenas o da relação de homem e mulher, mas de um casamento que envolva pessoas da mesma sexualidade, também pode-se se descrever de acordo com os aspectos constitucionais garantindo a proteção a família, limitando-se a elenca-las, não lhe dispensando tratamento diferenciado.

Em se tratando ainda da pluralidade familiar, é importante ressaltar dois tipos de famílias que surgiram: a família monoparental e a família extensiva. A primeira apesar de uma aparente limitação constitucional é merecedora da atenção do Estado, nesse conceito de família não se tem o básico triangulo familiar "pai, mãe e filho" e sim a composição de apenas um dos pais, no entanto é mantida na maioria dos casos pela mulher. Quanto à família extensiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente define família extensa como aquela formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Assim, família extensa abrange as relações por exemplo, entre avós com netos e tios com sobrinhos, desde que presentes os laços de afinidade e afetividade referidos em lei. Tal tipo familiar é de extrema importância onde podemos observar suas descrições no Estatuto da Criança e do Adolescente no seu artigo 25, parágrafo único.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **Art. 25.** Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.
>
> **Parágrafo único**. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Desta feita este princípio é considerado pelo Estado a forma de ter vários tipos de família e, portanto é relevante para a sociedade, visto que ainda tende a preencher lacunas que não foram solucionadas e incidindo com respeito nas formas que as pessoas formam a sua família.

3.5 Principio do melhor interesse da criança e do adolescente

Diante desse princípio observa-se uma obrigatoriedade para observar o melhor interesse da criança e do adolescente. Extrai-se esse princípio do artigo 227, caput da Constituição Federal:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Neste princípio podemos trazer a extrema importância dessa proteção, e ter como prioridade absoluta o dever da comunidade e do Estado a sua proteção. Na relação de convivência destes com os avós e parentes próximos, esse princípio traz como relação justamente que com a extensão dos conceitos e tipos de famílias surge à questão da proteção desses menores colocando a salvos mediante os transtornos que podem vir a surgir. É o que diz o artigo 4° do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 4º 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."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Estatuto da Criança e do Adolescente nos apresenta a família natural, a família extensa e a família substituta. Temos a previsão expressa no art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde define a família natural que é formada pelos pais ou qualquer deles e os seus descendentes e que a família extensa é formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. A preocupação em relação ao melhor interesse da criança e do adolescente é importante, visto que objetiva cuidar do desenvolvimento moral, psíquico e social.

Conforme expõe Dias (2016, p.81):

> A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí ser consagrado a crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, direito à vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e à convivência familiar e comunitária.

3.6 Princípio da solidariedade familiar

Por este princípio entende do que cada pessoa deve ser para o outro, e por isso precisa existir uma afetividade, além de que existem deveres recíprocos para as pessoas que compõem a família e assim cabe a essas pessoas os deveres e direitos e não sendo possível é que cabe ao Estado. A solidariedade dar uma ideia de que deve existir um sentimento de apoio, cooperação mútua, ajuda entre os indivíduos da família, e dessa forma também relaciona a responsabilidade de todos que integram a família e por isso que existe a assistência mútua entre todos os envolvidos. No ordenamento jurídico esses valores são recebidos como sentimentos e logo são transformados em direitos e deveres na relação.

O princípio da solidariedade familiar é observado em relação à convivência da criança com os seus parentes próximos, e não é prejudicado ainda que contrarie a vontade dos pais ou de um deles como na relação de netos e avós, ou de tio e sobrinhos. Este princípio se faz importante no direito de família ao que tange a afetividade, a convivência familiar e claro o melhor interesse da criança. Dentro de uma relação avoenga isso se faz importante, visto que os avós se fazem solidários para com a criação dos netos, desde ajuda com gastos até com outras responsabilidades envolvendo afetividade. E com isso expõe Gagliano; Filho (2017, p.116) que:

> A solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. É ela, por exemplo, que justifica a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, ou na mesma linha, que serve de base ao poder familiar exercido em face dos filhos menores.

4 O DIREITO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR E DE VISITAS EM RELAÇÃO AOS AVÓS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

4.1 Convivência familiar

O Direito a convivência familiar é reconhecido constitucionalmente no art. 227, além de ser assegurado pelo ECA no art. 19, e a criança ou adolescente como regra tem o direito de ser criado pela sua própria família e de forma excepcional por uma família substituta. E se caso a criança for retirada da sua família em razão de programa de acolhimento familiar deve ser sua situação reavaliada no período de seis meses e cabe ao juiz decidir sobre a reintegração na família ou se colocará em família substituta.

É perceptível a inviabilidade da convivência familiar quando por exemplo os pais se separam e um dos tem uma nova família ou com a separação do casal um dos avós seja materno ou paterno deixa de ter a convivência com o neto por que um dos pais não permite e assim quem acaba sofrendo é a criança ou adolescente, pois este pela idade que tem não pode regrar a própria vida e acaba que tendo um dos seus direitos oprimido.

Faz-se importante a convivência não só na vida das crianças e adolescentes já que o assunto é voltado para este tema, mas também para as pessoas que integram uma família e se faz relevante justamente para que haja um bom convívio visto que este existindo outros direitos e deveres serão existentes e tratados dentro de uma relação de uma família como a afetividade, o amor, o respeito, a proteção, a solidariedade e por último tudo isso se faz importante por que a família é um bem principal e que serve como base para qualquer ser humano.

4.2 A reciprocidade na relação de visitação avoenga

Um conceito de família é que seja possível dentro desta instituição sentimentos como o amor, afeto, respeito, carinho, mas é importante lembrar que muitas vezes isso não está de acordo com o que realmente ocorre na sociedade pois existe situações como filhos que abandonam os pais ou vice-versa, netos que não tenham uma convivência com os avós e assim existe a falta de respeito em famílias que passam por isso. E em situações que os pais chegam a se separar, existem casos que os netos acabam que sendo privado do convívio com os avós.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

E sobre esse assunto Farias, Rosenvald (2015, p. 78) afirma

> Bem por isso, o parágrafo único do art. 1.589 do Código Civil, com a redação emprestada pela Lei nº 12.398/11, reconhece a possibilidade de visitação avoenga: "o direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente". O mesmo consta do inciso VII do art. 888 do Código de Processo Civil, palmilhando as mesmas pegadas: "VII –a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou do adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós.

E no momento que os pais se separam a visitação avoenga se torna necessária para que possa continuar a familiaridade, o liame com os netos, até porque é na relação avoenga que o convívio entre avós e netos deve ser preservado além de que a participação dos avós na formação psíquica, física e emocional se torna importante e com isso a relação com os antepassados continua e garante o aspecto cultural, tradicional e de costumes trazido pela família, de momentos vivenciados pelos avós. O direito de visita além de ser um direito dos avós é também do neto, independente dos pais se separarem e isso se faz importante para o desenvolvimento da criança e adolescente.

E diante dessa perspectiva Pereira (2017, p.372) considera

> Os avós são pessoas que percorreram vários momentos do ciclo do grupo familiar e têm uma experiência de vida a relatar. A figura dos avós surge como corolário maior do relacionamento entre pais e filhos, com o colaboradores indispensáveis na proteção e criação de seus netos. Reconheceu-se, finalmente, que deste convívio depende, muitas vezes, a formação da criança, pois é inegável que a experiência de vida adquirida poderá ser passada, ajudando nesta proposta, sem esquecermos dos benefícios do fortalecimento dos vínculos e da relação afetiva entre estes.

É importante salientar que o direito de visita tem que estar de acordo com o bem-estar do menor, visto que o princípio do melhor interesse da criança e adolescente tem que está ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana e portanto deve ser respeitado quando se trata de direito de visitação e isso deve favorecer de forma positiva para a criação social e familiar da criança e do adolescente. É relevante determinar pontos como onde vão ocorrer as visitas, quando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

vão ocorrer, quais os objetivos das visitas e que deve ser atendido de forma principal o interesses da criança e isso vai refletir tanto no desenvolvimento emocional quanto no psíquico.

Todavia existem situações em que os netos não podem visitar seus avós, ou não pode ser vistos por eles, sendo de extrema relevância o direito de visitação para as partes envolvidas, tanto os netos como os avós, tendo em vista que são pessoas titulares de direitos nos quais estes deverão ser garantidos e respeitados. Diante de situações como essas que trata o parágrafo, os tribunais possuem decisões que reiteram a relevância e respeito do princípio da dignidade da pessoa humana e da convivência familiar. O tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu a sentença abaixo sobre essa situação:

> REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. AVÓ PATERNA. CABIMENTO. 1. A avó tem o direito de exercer a visitação em relação ao netos e este tem o direito de receber o afeto avoengo, estreitar laços de convivência familiar e ampliar a convivência social, não sendo propriedade da mãe, mas pessoa titular de direitos, que merece ser respeitado, bem como de ter uma vida saudável e feliz. 2. O claro litígio entre a mãe do adolescente e a avó paterna não justifica a proibição do direito de visitas, não podendo o adolescente ser instrumento de vingança. 3. Não havendo nada que impeça a convivência da avó com o neto, é cabível estabelecer a regulamentação de visitas, pois deve ser resguardado sempre o melhor interesse do jovem, que está acima da conveniência da mãe ou da avó. 4. No entanto, o sistema de visitação deve ser fixado de forma a atender também o interesse e a conveniência do neto, diante da relação fragilizada com a avó, em razão das desavenças entre este e a genitora, em razão de mágoas pretéritas, que precisam ser superadas, pois o genitor é falecido e a avó é o vínculo possível com a família paterna. Recurso provido em parte. (Apelação Cível Nº 70073863599, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/08/2017). (TJ-RS - AC: 70073863599 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves Data de Julgamento: 30/08/2017, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/09/2017)

4.3 Avós e netos nas novas dinâmicas familiares e os desenvolvimentos em meio a essa relação.

Em meios aos desenvolvimentos da história e as relações familiares os avós constituem a base do equilíbrio necessário entre o imaginário familiar e os laços de filiação, participando na forma consciente e inconsciente na construção psíquica dos netos. Atualmente o papel dos avós é reforçado nas famílias em relação à educação da criança e do adolescente na sociedade

As estruturas familiares sofreram grandes modificações com a evolução histórica e social. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito de família foi ampliado. Antes, apenas o casamento merecia proteção do Estado e os demais vínculos passavam despercebidos e esquecidos. A partir do momento que o casamento formal deixou de ser reconhecido como a única base da sociedade, o significado de família expandiu, dando visibilidade as diversas formas de família que hoje são reconhecidas. (DIAS, 2016).

A família contemporânea tem criado formas particulares de organização onde estas são construídas ao longo do tempo por meio de determinados fenômenos sociais, políticos, econômicos, afetivos, até mesmo o avanço da tecnologia pode trazer novas maneiras de relacionamento e organização familiar. Sendo assim, a família corresponde a uma rede fundamental de relações e também a um conjunto de papéis socialmente definidos. As mudanças dos laços familiares e a própria vulnerabilidade que atinge as famílias demandam novos papéis, novas exigências para as figuras dos avós, que ganham relevo não só na relação de afeto com os netos, assim como no desenvolvimento e socialização das crianças e muitas vezes até no seu sustento.

Tivemos o conhecimento de dois estudos através do google acadêmico quando pesquisávamos sobre estudos que tratavam da relação avoenga, no qual a primeira pesquisa foi apresentada à Escola Superior de Educação do Instituto Politécnico de Castelo Branco para cumprimento de requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Gerontologia Social que foi realizada sob a orientação cientifica da professora coordenadora, Doutora Maria João Guardado Moreira em abril de 2015. Este estudo teve como objetivo, delinear a forma como se encontra o relacionamento entre avós e netos e se há condicionantes para o mesmo e este foi realizado em duas escolas localizadas na cidade de Elvas na região do Alentejo em Portugal, uma pública(Escola Básica nº 1 EB 2,3) e a outra privada(Colégio Luso Britânico) , sendo que o universo de alunos de ambas escolas é de 730 alunos e foi retirada uma amostra de 308 alunos e a estes foi aplicado um inquérito com 19 questões sobre o seu relacionamento com os avós.

Este estudo comprova que na relação contemporânea, os avós possuem uma certa influência e até mesmo em alguns casos tornam-se espelhos para a vida dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

seus netos. Foram entrevistados 308 alunos da 5° a 9° série e foi aplicado um inquérito de questões que trata do seu relacionamento com os avós e no geral, os inquiridos de ambas Escolas detém das mesmas opiniões. Todos eles conhecem os avós e têm uma grande ligação com os avós maternos, os quais visitam quase todos os dias e com os quais realizam diversas atividades.

Os inquiridos acham que os Avós assinalam momentos de brincadeiras, descobertas, proteção, ajuda econômica, confidências, orientação, disciplina, relações com o próximo e guias. São visíveis os laços que os unem "Avós e netos", e que este contato intergeracional proporcional, é um processo interativo e coeducativo com benefícios de trocas mútuas, onde os mais jovens e idosos têm a oportunidade de aprender e ensinar.

Já o segundo estudo, que foi apresentado a Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Família na sociedade contemporânea, no ano de 2016, realizado por Rosa Maria da Mota Azambuja que trata sobre o cuidar do avós visto pelos netos em idade escolar, em relação ao relacionamento marcado por troca de conhecimentos, Schmidt(2007), entrevistou oito jovens com idade entre 15 e 18 anos e também 12 idoso dos 62 aos 78 anos, objetivando compreender a relação dos adolescentes como netos com os seus avós em um seio familiar. E com isso obteve, que a relação entre netos e avós resulta em uma coeducação, podendo existir troca de conhecimentos, de amor, cuidados, valores entre ambas as partes.

Com isso, constituindo um todo pode-se entender a necessidade de políticas sociais para adaptar as necessidades das famílias e das diferentes gerações, havendo um maior equilíbrio e coordenação entre as prestações de cuidados informais e formais. Contudo com essa relação de família esses valores podem ser cuidados e cultivados contribuindo para um desenvolvimento de crianças e adolescente em relação aos laços afetivos com os avós construindo uma melhor base familiar.

5 CONCLUSÃO

De forma primordial o presente estudo teve como objetivo discutir a importância do direito de visita e de convivência em uma relação avoenga. No primeiro capítulo foi apresentado o conceito de família e as respectivas mudanças que vieram a ocorrer durante o tempo, com prioridade na questão do direito fundamental à convivência familiar entre avós e netos.

O segundo capitulo abordou princípios importantes no direito de família, onde o interesse da criança e do adolescente é dotado de proteção integral, além de que esses princípios resguardam a relação avoenga e assim as pessoas que compõem a família é que devem se responsabilizar pela educação das crianças e adolescentes e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

os envolver em um meio social, visto que é no ambiente familiar que é transmitido o valor social, cultural, religioso, moral, e de costumes.

E por último, no terceiro capitulo abordou sobre a convivência familiar, no qual é portanto um direito resguardado aos avós com os netos, pois há um fortalecimento de vínculos que se tornam fundamentais para a socialização dos netos. Apresentou também a reciprocidade avoenga, tornando-se importante para as partes envolvidas. Ainda, neste capitulo abordou sobre avós e netos nas novas dinâmicas familiares e os desenvolvimentos em meio a essa relação, dinâmicas essas que mudaram no decorrer do tempo por conta da evolução da família e assim atualmente o papel dos avós é reforçado nas famílias em relação à educação da criança e do adolescente na sociedade.

Foi apresentado dois estudos, nos quais comprovam que os avós possuem uma certa influência e até mesmo em alguns casos tornam-se espelhos para a vida dos seus netos e que estes acham que os avós assinalam momentos de brincadeiras, descobertas, proteção, ajuda econômica, confidências, orientação, disciplina, relações com o próximo e guias. Sendo assim uma relação importante e necessária para ambas as partes, se tornando um processo interativo e educativo com o benefício de trocas mútuas, podendo assim aprender e ensinar tanto os avós para os neto como os netos para os avós.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Rosa Maria da Motta**. O cuidar dos avós visto pelos netos em idade escolar**. Salvador, 2016. Tese (Doutorado em Família na Sociedade Contemporânea) -
Universidade Católica do Salvador, UCSAL, Salvador, 2016. 244f.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 5 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10 de out. 2019

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 16 dez. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DIAS, Maria Berenice. **Manual em Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias.7.ed, v.7, São Paulo:Atlas,2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Direito Civil Brasileiro**. volume 6: Direito de família.7.ed.São Paulo:Saraiva,2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: Direito de família.14.ed.São Paulo: Saraiva, 2017.

Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 01 de out.2019

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PROJETO DE LEI nº 2.285 de 2007. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em:https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A41A63E4A9E2525C8DF11383D887F98D.node2?codteor=519935&filename=Avulso+-PL+2285/2007. Acesso em: 15 out. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70076820901, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data do Julgamento: 20/06/2018. Disponível em: < https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6529242/apelacao-civel-ac-260026-sc-2008026002-6 > Acesso em: 23/01/2020.

SANTANA, Paulo Roberto Ferreira de. **A importância dos avós para os jovens de hoje: uma pesquisa entre adolescentes do 5. ° ao 9. ° ano de escolaridade que frequentam a escola de Elvas.** 2015. Tese de Doutorado.

www.conteudojuridico.com.br

MÉTODO APAC: UMA ALTERNATIVA PARA A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

ANA CAROLYNNE SANTOS RODRIGUES:
Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA

SAMARA VITÓRIA NERIS LIMA [1]
(coautora)
GUSTAVO LUÍS MENDES TUPINAMBÁ RODRIGUES [2]
(Orientador)

RESUMO: Tendo como pontapé inicial o atual cenário do sistema prisional brasileiro, o presente artigo apresenta uma alternativa para a execução penal no Brasil de forma humanizada, demonstrando, para tanto, o método APAC, o qual será analisado a sua aplicação e efetividade, demonstrando a sua viabilidade e eficiência quando se busca a recuperação do condenado. O método de abordagem utilizado no artigo foi o dedutivo, ou seja, parte-se de algo geral para o específico. Inicialmente será abordado o sistema prisional, partindo-se de uma explicação do surgimento da pena privativa de liberdade como forma de punição no século XVIII até alcançar um modelo humanizado de cumprimento de pena, finalizando, assim, com a indicação do método APAC como meio possível para melhorar a execução penal e ressocializar verdadeiramente o condenado a uma pena privativa de liberdade. Na sequência, o método APAC é detalhado por meio da explicação pormenorizada de seu surgimento, bem como dos elementos que levam ao êxito da metodologia.

Palavras-chave: Método APAC. Execução Penal. Sistema Prisional.

ABSTRACT: Taking as its starting point the current scenario of the Brazilian prison system, this article presents an alternative to criminal execution in Brazil in a humanized way, demonstrating, for this purpose, the APAC method, which will be analyzed for its application and effectiveness, demonstrating its feasibility and efficiency when seeking the recovery of the condemned. The approach method used in the article was deductive, that is, it starts from something general to specific. Initially, the prison system will be approached, starting from an explanation of the emergence of the deprivation of liberty as a form of punishment in the 18th century until reaching a humane model of serving time, thus ending with the indication of the APAC method as a possible means to improve criminal enforcement and truly re-socialize the person sentenced to a prison sentence. In the sequence, the APAC method is detailed through the explanation of its appearance, as well as the elements that lead to the success of the methodology.

Key words: APAC method. Penal execution. Prison System.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sumário: 1. Introdução. 2. Contexto Histórico do Sistema Prisional. 2.1 O sistema prisional no Brasil. 2.2 Regimes Penais. 3. O Método APAC. 3.1 Participação da Comunidade. 3.2 O recuperando ajudando recuperando. 3.3 Trabalho. 3.4 Religião. 3.5 Assistência Jurídica. 3.6 Assistência à saúde. 3.7 Valorização Humana. 3.8 A família. 3.9 O voluntário e o curso para sua formação. 3.10 Centro de Reintegração Social (CRS). 4. Benefícios do Método APAC. 4.1 Custos para o Estado. 4.2 Diminuição da superlotação no sistema prisional comum. 4.3 Reincidência e Ressocialização. 5. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O sistema prisional passou por grandes transformações no decorrer dos séculos até chegar no modelo atual, o qual busca a punição daqueles que infringem alguma norma penal. No entanto, a função essencial da pena é a ressocialização do preso, de forma que possa retornar à sociedade reeducado e recuperado. No entanto, sabe-se que não é bem isso que acontece. O sistema prisional brasileiro atual enfrenta grandes problemas, como a superlotação, ambiente insalubre, presença de facções criminosas dentro de presídios, dentre outros.

Com base nesse contexto, surge a perspectiva de criar uma alternativa eficiente para a recuperação do preso, com o objetivo de fazer com que o condenado a uma pena privativa de liberdade possa cumpri-la de forma digna e retornar ao convívio social de uma forma mais saudável. Dessa forma, surge a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC – um método que cada vez mais vem mudando o cenário da execução penal no Brasil.

A APAC surgiu em São José dos Campos em 1972, e a princípio era apenas uma Pastoral Carcerária, composta por um grupo de voluntários cristãos que se denominava "Amando o Próximo, Amarás a Cristo" (APAC). É uma entidade que dispõe de um método de valoração humana, para oferecer ao condenado, aqui chamado de recuperando, condições de recuperar-se e com o propósito de proteger a sociedade, socorrer as vítimas e promover a justiça. O método cuida em primeiro lugar da valorização humana da pessoa que errou e que cumpre pena privativa de liberdade. Contudo, diante das dificuldades enfrentadas para a realização deste trabalho a entidade viu-se forçada a transformá-la de Pastoral Carcerária em uma entidade de direito privado, com finalidade definida e com os mesmos objetivos.

O método APAC foi criado por um advogado brasileiro chamado Mário Ottoboni com o objetivo de humanizar as prisões. Trata-se de um método com doze elementos específicos, os quais devem ser rigorosamente seguidos para poder obter êxito nos resultados. No presente estudo iremos especificar cada um deles.

A grande diferença entre a APAC e os estabelecimentos prisionais do sistema comum é com relação a administração. Na APAC a administração, a segurança, a ordem e a disciplina são feitas pelos próprios recuperandos, sem o concurso das Polícias Civil e Militar ou de agentes penitenciários, utiliza-se dos serviços dos próprios recuperandos, e de alguns voluntários e, assim, administra a prisão em prédio próprio.

O presente artigo irá demostrar a evolução do sistema prisional através de uma ordem cronológica, até a chegada de um método que torna mais humano o cumprimento de pena privativa de liberdade e garanta aos condenados os direitos previstos em leis. Será apresentado o contexto histórico do sistema prisional, demonstrando a evolução do cumprimento de pena privativa de liberdade desde o século XVIII até os dias atuais e o sistema penitenciário brasileiro na perspectiva atual. Logo após, tratará do método APAC, detalhando-o: explicitando como surgiu o método e os elementos fundamentais para seu desenvolvimento.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DO SISTEMA PRISIONAL

O sistema penal passou por grandes mudanças durante os séculos até chegar no modelo atual. Até o século XVIII era caracterizado por penas de cunho cruel e desumano, que impunha sacrifícios e castigos desumanos ao condenado, onde prevalecia sempre o interesse do mais forte. A pena privativa de liberdade não tinha um cunho punitivo, mas sim funcionava como uma forma de custódia, para evitar com o acusado fugisse. As penas como guilhotina, amputação dos membros, forca, eram exibidos a população como um espetáculo, e serviam também como uma forma de intimidação para aqueles que pensavam em cometer algum ato criminoso.

Foi a partir do século XVIII que esse cenário se modificou e a pena privativa de liberdade passou a integrar o rol de punições do Direito Penal, agora passando a ser uma punição de fato e não mais apenas uma forma de custódia dos acusados. Tal mudança se deu a partir das mudanças políticas e sociais da época, passando a ter a pena um cunho de humanização. Já não tinham mais o objetivo de um espetáculo, buscava a penalização, a partir de então, da alma e não mais do corpo. No final do século XVIII é que começam a surgir os primeiros modelos do que seriam hoje as penitenciárias. Grande responsável por tal iniciativa foi o inglês *John Howard* que ao publicar seu livro *"The State of Prisons in England and Wales"* fez grandes críticas a situação prisional da época e propôs várias mudanças a fim de melhor o sistema prisional e as condições em que os presos viviam. Uma das mudanças propostas foi a de transformar a prisão em finalidade da pena, pois antes era apenas um meio de chegar a punição, e não o fim.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No início do século XIX surge na Filadélfia o sistema celular ou solitário. Era um sistema de reclusão total, onde o preso ficava isolado de todos os outros e do mundo externo durante toda sua pena. O grande objetivo desse sistema era a meditação o silencio, a reflexão e principalmente a reconciliação com Deus.

Anos após, em uma colônia inglesa chamada Norfolk, nasce um novo sistema que une os dois anteriores e onde é criado a progressão de regime prisional. Em um primeiro momento funcionava como o sistema da Filadélfia, ou seja, o preso ficava em isolamento total até determinado tempo. Após esse tempo, passava para a segunda etapa, era submetido apenas ao isolamento noturno, podendo trabalhar durante o dia. No terceiro estágio ficaria em um regime semelhante a "liberdade condicional", e depois de determinado tempo, se cumprisse sua pena seguindo as regras de cada regime, poderia obter a liberdade em definitivo. Após esse período vários modelos foram surgindo até chegarmos no modelo atual.

2.1. O Sistema Prisional no Brasil

O Código Penal Brasileiro (1940) trouxe especificações de como deveriam ser os estabelecimentos prisionais, com isso extinguiu-se a pena perpétua, de morte e as penas cruéis como tortura, e então surgiu um sistema penitenciário com o intuito de ressocialização do condenado. O Brasil adotou o sistema progressivo, o qual tem-se o regime de isolamento total, isolamento noturno com trabalho durante o dia e a liberdade condicional, porém com algumas adaptações.

Com o passar dos anos e o aumento do número de presos surge a Penitenciária de São Paulo inaugurada em 1920, local construído para abrigar uma grande quantidade de presos. Nesse local havia oficinas, onde os presos poderiam desenvolver atividades e trabalhar durante o período diurno, atendimento médico e celas individuais. Lá também havia uma classificação de detentos, eles eram separados de acordo com a gravidade de seu delito. A penitenciária serviu de modelo para muitas outras que foram inauguradas no Brasil.

Em 1984 surge a Lei 7.210, Lei de Execução Penal - LEP com o objetivo de regulamentar a classificação e individualização da pena, estabelecendo direitos e deveres aos presos. Por fim, a Constituição Federal (1988) trouxe diversas matérias já pré-estabelecidas, preocupando-se principalmente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

É de conhecimento público que a situação do sistema carcerário no Brasil é precária, o sistema está falido, o lugar onde era para haver a ressocialização, muitas vezes acontece o contrário. Devido ao ambiente hostil e o abandono do Estado e da sociedade, os presos acabam indo por um caminho muitas vezes sem volta, e isso acaba atingindo diretamente o índice de reincidência. O Estado não cumpre o seu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

papel, e desrespeita as normas estabelecidas na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal, no Código Penal, assim como em Tratados Internacionais. Descumpre princípios básicos como o da dignidade da pessoa humana.

O dia a dia nesses locais é marcado por situações desumanas. Um dos principais problemas é a superlotação. O Brasil está entre os cinco países com maior população carcerária do mundo, praticamente todos os estabelecimentos prisionais do Brasil funcionam com número de presos maior do que a sua capacidade. Entre o período julho a dezembro de 2019 a população carcerária brasileira chegou a 748.009, podemos assim destacar um aumento de 1,4859% relacionado ao mesmo período de 2018 (BRASIL, 2019).

Sem falar na má estrutura desses estabelecimentos, que muitas vezes são prédios em ruínas, isso reflete a falta de investimento do Estado para com o sistema carcerário. A falta de condições básicas de sobrevivência, higiene e limpeza e o ambiente insalubre, causam a proliferação de epidemias e doenças contagiosas.

Outro fator importante é a falta de assistência jurídica aos presos. Muitos daqueles que entram em um estabelecimento prisional ficam entregues à própria sorte, ficam "esquecidos" pela sociedade e pelo Estado. Para tentar amenizar essa situação existe a presença da Defensoria Pública, mas infelizmente o número de presos é muito elevado, o que resulta em uma demanda impossível de ser sanada pela Defensoria Pública.

2.2 Regimes Penais

Com relação aos regimes prisionais no Brasil, a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal trás o regime fechado, o semiaberto e o aberto, que será definido no momento da sentença penal condenatória e levará em consideração o grau de periculosidade, o crime cometido e a quantidade da pena imposta.

O Código Penal Brasileiro (1940) em seus artigos 34, 35 e 36 definem as regras dos regimes fechado, semiaberto e aberto. Vejamos:

> Regras do regime fechado
>
> Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.
>
> § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

Regras do regime semiaberto

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Regras do regime aberto

Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada (BRASIL, 1940).

No regime fechado, o condenado tem o direito de trabalhar no período diurno, voltando ao isolamento no período noturno, como preceitua o inciso II do art. 41 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Se, em virtude de incapacidade administrativa do Estado, o trabalho não for fornecido ao preso, este não poderá ser prejudicado por isso, uma vez que através do trabalho, o réu terá direito à remição da pena, fazendo com que cada três dias de trabalho o Estado tenha de remir um dia de pena do condenado. Portanto, se o Estado não está permitindo que o preso

trabalhe este não poderá ficar prejudicado, assim, excepcionalmente, deverá ser concedida a remição, mesmo que não haja efetivamente trabalhado (GRECO, 2018).

No regime semiaberto a pena deverá ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar onde o preso tem a possibilidade de se reintegrar à sociedade, o que passa a ser um lado positivo, pois com essa reintegração as chances de reincidências se tornam menores. Similar ao regime fechado, é permitido o trabalho em comum durante o período diurno. Há a possibilidade de os condenados nesse regime ao trabalho externo, além de ser autorizado a este frequentar cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau, ou ensino superior. Assim, a lei garante ao condenado que pratica essas atividades, a remição de sua pena, sendo assim, a cada três dias de trabalho, será um dia diminuído em sua pena.

Já no regime aberto o sentenciado passa a ter direito a sair do estabelecimento no período diurno para realização de atividades como trabalho sem necessidade de ser monitorado, no entanto no período noturno este retorna ao albergue. Este regime objetiva a reintegração social efetiva do sentenciado, a fim de que essa oportunidade o faça refletir sobre seus atos e retornar à sociedade com outros valores. Para que essa transformação aconteça, é preciso principalmente que a sociedade o dê uma oportunidade e esteja desprendida de preconceito.

Contudo, sabemos que na grande maioria do país tais regras não são seguidas. A grande maioria dos condenados em regime fechado não trabalham no estabelecimento prisional onde estão custodiados, a justificativa é que não há vagas de trabalho para todos. O regime semiaberto deve ser cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar, contudo, na grande maioria das cidades brasileiras não há estabelecimentos como esses, e os condenados tendem a permanecer no estabelecimento prisional como se no regime fechado estivesse. E com relação ao regime aberto temos a mesma situação, faltam casa de albergado para que o condenado cumpra sua pena. O que geralmente acontece é que o condenando que está em regime aberto cumpre sua pena em casa, semelhante ao regime domiciliar, e muitas vezes monitorado eletronicamente através de tornozeleira eletrônica.

3. O MÉTODO APAC

Levando em conta esse contexto degradante do sistema Penitenciário Brasileiro, surge a APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – em 1972 na cidade São José do Rio Preto/SP através de um grupo de voluntários cristão que faziam parte de uma Pastoral Carcerária, sob a liderança de Mário Ottoboni.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A entidade tem por objetivo auxiliar a justiça na execução da pena, recuperando o preso, protegendo a sociedade, socorrendo as vítimas e promovendo a justiça restaurativa. A APAC é uma entidade civil de direito privado, com personalidade jurídica própria, dedicada à recuperação e a integração social dos condenados a penas privativas de liberdade, tendo como principal base a valorização humana. A entidade ainda opera como auxiliar do poder Judiciário e Executivo, respectivamente, na execução penal e na administração do cumprimento das penas privativas de liberdade.

Em tempo de escassez de recursos e aumento da população prisional, o método APAC mostra-se também eficiente, pois despende menos recursos financeiros para sua manutenção. De acordo com Montenegro (2017), o Estado destina, mensalmente, menos da metade do valor para manter uma pessoa custodiada na APAC do que no sistema prisional comum. "Em Minas Gerais, por exemplo, o preso custa em média R$ 2,7 mil por mês pelo sistema tradicional dos presídios do Estado e R$ 1 mil pelo método de ressocialização da FBAC". Outra economia observada nesse método é quanto à construção de uma vaga: enquanto uma vaga construída num presídio comum custa em média R$ 45 mil, uma vaga em uma unidade APAC tem um custo médio de R$ 15 mil.

Sem afastar o caráter punitivo da pena, a APAC tem como objetivo gerar a humanização das prisões, tendo como finalidade primordial evitar a reincidência no crime, além de propor condições para que o condenado preso se recupere e consiga se reintegrar à sociedade. E para que esse método seja eficaz, deve-se seguir doze elementos fundamentais, para que se possa alcançar resultados positivos.

3.1 Participação da comunidade

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 4º, estipula que a comunidade deve cooperar nas atividades de execução da pena. Inclusive, nos termos do artigo 61, inciso VII da referida lei, o Conselho da Comunidade é elencado com um dos órgãos da execução penal (BRASIL, 1984). No método APAC, seguindo esse mesmo caminho, a participação da comunidade durante o cumprimento da pena é de extrema importância.

A interação da comunidade com os recuperandos, os leva ao retorno do convívio em sociedade de forma mais harmônica. Além disso, considerando que a APAC não dispõe do auxílio do Estado, no tocante à segurança e às atividades internas, a participação da comunidade é essencial ao bom funcionamento da instituição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.2 O recuperando ajudando recuperando

Com o objetivo de manter uma convivência harmônica e um ambiente de tranquilidade dentro do estabelecimento, a APAC estimula o respeito mútuo entre os recuperandos, de modo que um deve sempre ajudar o outro quando possível. Essa ajuda pode originar-se de um recuperando ajudar o outro que está doente, de um auxílio aos mais idosos, por exemplo.

Para dar mais estímulo a essa ideia, foram criados dois órgãos internos: a representação interna e o Conselho da Sinceridade e Solidariedade (CSS). Tem como finalidade desenvolver e estabelecer o respeito e a harmonia entre os recuperandos. A ajuda entre eles visa demonstrar que o recuperando deve respeitar para ser respeitado, considerando que todos vivem em um ambiente coletivo, e que se tratem como membro de uma família.

3.3 Trabalho

No método APAC o trabalho por si só não é o suficiente para recuperar o preso, é necessário ir mais além. A metodologia entende que há uma diferença do trabalho nos regimes prisionais. No regime fechado é o momento de recuperação, no semiaberto de profissionalização e no aberto para a inserção social. Dessa forma o trabalho aplicado em cada um dor regimes deverá estar em de acordo com a finalidade proposta.

No regime fechado é o momento propício para a descoberta dos próprios valores do recuperando. Nessa fase recomenda-se os trabalhos laborterápicos, ou seja, trabalhos artesanais, mas não aqueles que estamos costumados a ver no sistema carcerário comum, onde esse trabalho serve apenas como uma ocupação, na APAC o recuperando aprende uma profissão que pode gerar lucros, visando além da ocupação e da sua cura, a comercialização dos produtos, bem como os permita exercitar sua criatividade. Assim, através dessa remuneração o recuperando passa a se sentir útil, podendo até contribuir para o sustento de sua família.

No regime semiaberto é o momento oportuno para o recuperando adquirir uma profissão, caso ainda não a tenha definida. A entidade deve promover cursos profissionalizantes para formar mão de obra especializada e, caso haja espaço físico disponível, a entidade poderá criar condições de trabalho dentro do estabelecimento. Esse é o momento ideal para a preparação de mão de obra especializada, e de preparação para o próximo passo que é o regime aberto.

No regime aberto o recuperando já deve ter uma profissão definida e poderá apresentar a entidade uma proposta de emprego lícito e compatível com a especialidade para a qual se qualificou, demonstrar bom comportamento carcerário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e que tem condições de voltar ao convívio em sociedade. É de suma importância que o recuperando esteja bem preparado, e essa preparação vem sendo adquirida durante os regimes anteriores, para que possa desfrutar da sua liberdade com responsabilidade e não frustrar sua família nem a sociedade.

3.4 Religião

Um outro equívoco comum na recuperação dos condenados é julgar que tão somente a religião é necessário para preparar o preso no seu retorno para a sociedade. A APAC demonstra a importância que há para o recuperando em ter fé, e através dela, conhecer o sentido do amor, sem imposições de credo ou algum tipo de religião, mas de forma pautada na ética, proporcionando ao recuperando uma efetiva transformação espiritual e moral.

3.5 Assistência Jurídica

Uma das principais preocupações do condenado está relacionada a sua situação processual. A todo momento o recuperando está preocupado com notícias acerca do andamento de seus pedidos, recursos, a fim de certificar o tempo de pena que falta cumprir na prisão (OTTOBONI, 2014).

O método APAC recomenda que haja uma atenção especial àquelas pessoas que estão presas e que não tem condições de contratar um advogado particular, pois a assistência jurídica gratuita deve restringir-se somente aso condenados que manifestarem adesão à proposta estabelecida e relevarem bom aproveitamento. A instituição presta essa assistência através de profissionais da área jurídica com o objetivo de acompanhar os processos dos reeducandos e, quando for possível, requerer benefícios.

3.6 Assistência à saúde

Para que o método APAC possa ser bem aplicado, deve-se ter a preocupação de atrair profissionais da área da saúde (médicos, dentistas, psicólogos etc.), a fim suprir a carência em relação a essa assistência para aqueles que estão encarcerados. Recomenda-se também, como iniciativa prioritária, a existência de consultório médico e odontológico e de uma farmácia no próprio estabelecimento para melhor atender os recuperandos, sem precisar sair do estabelecimento prisional.

3.7 Valorização Humana

A valorização humana é a base do método APAC, e tem como objetivo colocar o ser humano em primeiro lugar, exaltando suas qualidades, tratando como pessoa portadora de direitos e nesse sentido buscando transformar a imagem da pessoa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que errou. Pode-se notar isso em pequenas atitudes, como chamar o recuperando pelo seu nome e até mesmo em fazer as refeições todos sentados à mesa, comendo uma comida digna, preparada pelos próprios recuperandos, como se fizessem parte de uma mesma família.

3.8 A família

O método APAC oferece aos familiares retiros espirituais e cursos regulares de formação e valorização humana, a fim de estreitar os vínculos afetivos. Permite, também, ao recuperando manter correspondência e contatos telefônicos diários com seus familiares e incentiva visitas em dias especiais como Dia das Mães, dos Pais, das crianças, Natal, Páscoa, entre outros (OTTOBONI, 2014).

A APAC entende que a família está presente em quase 98% (noventa e oito por cento) dos fatores que determinam a criminalidade, e por esse fator não pode ser excluída da APAC. Em uma grande maioria dos casos a família do recuperando é bem desestruturada, o que torna mais complicado o suporte ao recuperando. Diante disso, na APAC deve ser criado um setor que cuide dessas famílias.

3.9 O voluntário e o curso para sua formação

O trabalho na APAC tem como base a gratuidade, e esse trabalho é desenvolvido através de voluntários que se sensibilizem e se identifiquem com a causa e tenham o ânimo de ajudar os recuperandos de acordo com suas habilidades pessoais. As atividades que são desenvolvidas mediante remuneração ficam destinada apenas as pessoas que trabalham no setor administrativo.

3.10 Centro de Reintegração Social (CRS)

A APAC criou o Centro de Reintegração Social (CRS) o qual é constituído de dois pavilhões, sendo um deles destinado ao regime semiaberto e o outro, ao aberto. O CRS permite ao recuperando cumprir a pena próximo a seu núcleo afetivo – família, amigos e parentes – facilitando a formação de mão de obra especializada, bem como a sua reintegração social.

4. BENEFÍCIOS DO MÉTODO APAC

O sistema prisional brasileiro é visto como um dos mais caóticos, de menor infraestrutura, onde os presidiários vivem em situações degradantes, sofrendo com as superlotações, além de muitas penitenciárias deixarem todos os presos dos mais diversos tipos e crimes cometidos em um mesmo ambiente, a partir daí é possível visualizar que a dificuldade de um detendo começa dentro do sistema e se estende até a reinserção dele na sociedade, sendo esta uma das maiores dificuldades

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

enfrentadas. Por viverem em situações de calamidade, ao deixarem o presídio se deparam com um alto nível de preconceito, tendo em vista que muitas pessoas afirmam que a cadeia corrompe ainda mais quem está inserido lá, pelo fato da precariedade do sistema.

Carregar consigo a estigma de ser um ex-detento gera um peso enorme na vida não só deles, mas como também na dos familiares, e desse modo, a sociedade se ver frente com um grande embate por não saber o que fazer com essas pessoas, principalmente, perante aqueles que cometeram crimes graves, e ficaram por muito tempo inseridos na prisão, e mesmo após terem cumprido suas penas, continuam sendo vistos como criminosos.

Como já explanado, o método apaqueano é voltado para a humanização, com vistas na valorização humana, dando aos condenados condições maiores de recuperação, oportunidades de estudos, de aprender novos ofícios e principalmente a valorizar ele como ser humano, trazendo dessa forma inúmeros benefícios não só para ele, mas como para a sociedade e ao Estado.

4.1 Custos para o Estado

A superlotação das penitenciárias reflete diretamente no elevado custo que o Estado tem para manter esses detentos. Segundo o Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2016), a média nacional de custo por preso é de R$ 2.400,00 valor esse não fixo, devendo-se levar em consideração motivos como a estrutura da unidade, a finalidade e a região do país. Por exemplo, uma penitenciária federal que é administrada pelo DEPEN, o governo gasta R$ 3.473,22 por cada preso nas quatro unidades geridas. Somando todos esses valores pela quantidade de presos no Brasil, resulta em um alto custo para o Estado em manter cada preso.

Um dos benefícios da APAC é justamente a redução de custos para o Estado, sendo mais barato ressocializar um preso do que mantê-los em presídios, o valor para manter um recuperando chega a ser metade do valor mensal gasto com um preso no sistema penitenciário comum. O método apaqueano se torna uma alternativa bastante eficaz para diminuição desses custos, ainda mais em tempos de escassez de recursos e elevado aumento na população carcerária.

Segundo Montenegro (2017), o Estado desembolsa R$ 3 milhões mensalmente para custodiar os recuperandos nas APAC's, sendo que em uma penitenciária comum esse valor triplica, sendo ele R$ 12 milhões. A partir desses números, fica claro demonstrar que além dos inúmeros benefícios que a APAC traz para o próprio recuperando, ela ainda ajuda o Estado pelo seu baixo custo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.2 Diminuição da superlotação no sistema prisional comum

De acordo com a LEP, 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, sendo dever do Estado dar assistência a essas pessoas, assistência essa, material, jurídica, educacional, social, religiosa, dentre outras, devendo tudo isso andar em conjunto com um sistema penitenciário que tenha uma infraestrutura adequada para abrigar essas pessoas, afinal colocar 50 pessoas em uma cela que tem capacidade para 6 pessoas é totalmente desumano e degradante tornando-se impossível efetivar algum tipo de assistência.

De acordo com Silveira (2010):

> A superlotação prejudica a concessão do benefício, que bem como a exigência preliminar a disponibilidade de cela separadas das outras, pois o contato com outros presos, embora em tempo limitado, acarreta graves inconvenientes ao regime de semi liberdade. Em outras palavras, não iria observar uma das regras mínimas em matéria de prisão de albergue.

A superlotação demonstra o cenário caótico do sistema prisional brasileiro, revela a desumanização e a tamanha falta de importância que é dada para essa população que vive em presídios. Associado com a falta de manutenção e investimento dos presídios e penitenciárias, esses estabelecimentos acabaram por se tornar verdadeiros depósitos humanos, contribuindo com rebeliões, disseminação de doenças, fugas, e principalmente, tornando totalmente ineficaz um dos objetivos propostos que é a ressocialização dessas pessoas, não cumprindo com o objetivo que seria educacional.

> A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas (ASSIS, 2007).

Trazendo para o cenário atual, onde o Brasil vive uma pandemia de Corona vírus, sendo a principal bandeira levantada nesse momento, e recomendando que seja evitado qualquer tipo de aglomeração de pessoas, as nossas penitenciárias se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tornam uma das maiores preocupações, visto que, existem dentro das celas o triplo da capacidade permitida, fazendo com que dessa forma ocorra uma proliferação maior do vírus, causando um maior número de infectados, de mortes, o que a partir de dado momento fugiria do controle e o que já é um caos, ficaria ainda maior e mais preocupante.

O Brasil é um dos países que possuem a maior população carcerária, chegando a um total de 748.009 pessoas, sendo 92,54% ocupadas por homens e 7,46% por mulheres, tendo apenas 442.349 vagas oficiais (BRASIL, 2019). Dados esses alarmantes, pois é possível visualizar um aumento descompensado dessa população em um ambiente sem estrutura para abrigar a grande demanda.

Essa situação desumana que os presos vivem, pela superlotação, fere um dos princípios constitucionais que mais prezam, o da dignidade da pessoa humana, que estabelece que todos sejam iguais perante a lei, observando os direitos humanos. As pessoas que cometeram delitos ou que estão detidas, independente da responsabilidade criminal, continuam sendo seres humanos e merecem ter o mínimo dessa dignidade, o que com a superlotação se torna impossível. Além de contrariar o que a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) assegura, onde "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante."

A Constituição Federal da Alemanha Ocidental (1949), traz a dignidade como sendo algo intangível: "A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público".

Morais (2005, p. 16), ainda ressalta o seu entendimento sobre o assunto:

> ''Ao Estado cabe o dever de garantir a justiça e direitos de liberdade individual. A dignidade da Pessoa Humana atribui unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerente às personalidades humanas afastando a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em função da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral intrínseco da pessoa, que se manifesta singularmente na sua autodeterminação consciente e responsável, trazendo consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas, edificando um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, todavia sem menosprezar o merecimento das pessoas enquanto seres humanos."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Frente a superlotação, é inegável que necessite de uma atuação mais complexa e em conjunto de todos os Poderes, devendo-se adotar medidas de política estatal, penitenciária e criminal, com o intuito de evitar o aumento de práticas de infrações, doenças resultadas pelos números de presos, dentre outros.

Os métodos alternativos, como a APAC, se tornam uma saída eficaz para desafogar os presídios, mesmo que seja uma parcela pequena, diminuindo os índices de reincidência, um dos motivos da superlotação, visto que a APAC, se devidamente aplicada, promete reduzir os índices de reincidência criminal, consequentemente, reduzindo a população carcerária e, dessa forma, diminuindo os mais variados problemas advindos da superlotação.

4.3 Reincidência e Ressocialização

A Lei 7.210/84, mais conhecida como Lei de Execução Penal, logo em seu artigo 1º traz os objetivos da lei: "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". Um dos principais objetivos da lei é proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, contudo, sabemos que não é bem isso que acontece na realidade fática.

É nítido a falência do sistema prisional brasileiro, conforme já retratado acima, dessa forma, há uma busca não por privilégios, mas sim que haja a mínima estrutura para que o sistema prisional e a execução da pena privativa de liberdade possam chegar próximos de seus reais objetivos: "diminuição gradual do ônus da pena, estímulo à boa conduta e obtenção da reforma moral do preso e sua consequente preparação para a vida em liberdade" (ASSIS, 2007).

Não há como se falar em recuperação de um condenado que tem boa parte de seus direitos mínimos negados, como por exemplo, a falta de acesso à justiça, a superlotação nos presídios, as condições insalubres de convivência, dentre outros. Dessa forma, não há como exigir recuperação de indivíduo que não dispõe de estrutura alguma para recuperar-se, sendo este apenas retirado do convívio social sem preocupar-se com as consequências.

Masson (2020) ressalta seu entendimento nesse sentido:

> "O sistema brasileiro atinge o contrário de seus objetivos, quando autores de delitos de menor gravidade são expostos ao convívio daqueles que praticaram delitos graves, só há um resultado que poder ser esperado, a evolução dos métodos desse indivíduo, que ao sair da prisão certamente sairá "pós-graduado na prática delitiva".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Uma das principais finalidades do sistema prisional é que através da pena privativa de liberdade o condenado possa recuperar-se, no entanto, se o objetivo da pena não estiver voltado para a recuperação daquele que está custodiado em uma penitenciária, de nada vale esse tempo. Tendo em vista esse entendimento, o Estado não está preocupado com a segurança da sociedade, visto que devolve ao seu convívio condenados sem condições de promover a harmonia social, e que muitas vezes voltam a delinquir ou até mesmo a praticar atos mais graves do que aqueles que o levaram ao sistema prisional.

O método aplicado na APAC visa solucionar os problemas da reincidência existente, que gira em torno de 20% na APAC e de 80% no sistema prisional comum. Desde a sua criação não houve registro de motim ou rebelião e o percentual de fuga é de 1% da população carcerária. Isso ocorre pois há um desenvolvimento comunitário, informando a sociedade sobre o grave problema da violência, da criminalidade e da situação das prisões. Nesse método há também um grande incentivo à educação, disciplina, respeito ao próximo e, principalmente, ao trabalho como forma de recuperação de dignidade perdida no cárcere.

Além disso, não apenas a imposição do trabalho tem essa função ressocializadora, mas sim despertar a consciência do recuperando no sentido de que, quando posto em liberdade não volte a delinquir e esteja apto a desenvolver outras atividades. Dessa forma, mesmo que não se qualifiquem profissionalmente enquanto estiverem custodiados na APAC, devem, obrigatoriamente, ser submetidos a cursos com o intuito de mostrar aos recuperandos os malefícios de praticar crimes, fazendo com que valorizem verdadeiramente a sua liberdade.

Diante do péssimo cenário carcerário brasileiro, tem-se o método APAC como uma esperança de reformular a forma de cumprimento de pena no nosso país, pois tal método ressocializador já foi aplicado em outros países e alcançou ótimos resultados com relação a reincidência criminal. O método APAC, aplicado conforme suas diretrizes anteriormente citadas, é de grande importância para a mudança e recuperação do sistema prisional brasileiro que está em colapso há bastante tempo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou, através de estudos sobre o sistema prisional no Brasil apresentar uma nova alternativa para a execução penal, que seja pautada na humanização da pena do condenado, a fim de que os objetivos pretendidos no sistema prisional comum sejam efetivados com o modelo apaqueano.

Como foi apresentado, o nosso atual modelo prisional brasileiro é falho e se tornou um ciclo, onde o condenado é colocado dentro de uma penitenciaria como se estivesse isolado de uma sociedade, não tendo nenhum tipo de atenção voltada

para sua reeducação. Quando ocorre a progressão de regime e o condenado é inserido novamente na sociedade o que se percebe é que ainda existe um preconceito muito grande, onde a sociedade olha para essas pessoas com olhar de desprezo e como se marginais fossem, provocando, dessa forma, uma reincidência criminal, muitas vezes observada pela falta de oportunidades.

Como foi visto, é inegável que o sistema prisional brasileiro apresenta problemas há décadas que acabam por dificultar o cumprimento dos objetivos propostos pela Lei de Execução Penal e outros dispositivos de lei, sendo perceptível que o Estado não vem cumprindo com as suas funções sociais no que diz respeito ser o guardião dos cidadãos, visto que, grande parte da sociedade ainda tem em mente que um condenado é um ser humano irrecuperável e foi frente esse cenário bastante degradante do sistema prisional, que foi criado o método APAC, com um trabalho voltado para a humanização da pena e demonstrado aos poucos, ser uma solução viável para as execuções penais brasileiras.

Desse modo, investir na metodologia apaqueana considera-se ser um grande avanço no atual cenário carcerário do Brasil, com a dada importância aos diversos benefícios que vem sendo observados com a aplicação do método, fazendo-se necessário o aperfeiçoamento das leis que já temos conjugado com medidas da administração pública e políticas públicas penitenciárias, com o apoio da sociedade para que assim se consiga alcance o que todos almejam: a recuperação desses indivíduos e consequentemente a diminuição da violência dentro e fora dos presídios.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Constituição Federal da Alemanha Ocidental.** Alemanha, 1949. Disponível em: https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf. Acesso em: 07 de maio de 2020.

ASSIS, R. D. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. **Direitonet.** 29 mai. 2007. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciario-brasileiro. Acesso em: 07 de maio de 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília, 11 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em: 07 de maio de 2020.

Cármem Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil. **Conselho Nacional de Justiça,** Brasília, 10 nov. 2016. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/carmen-lucia-diz-que-preso-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil/ . Acesso em: 07 de maio de 2020.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal** - Parte Geral. 20. ed. Impetus, 2018.

MASSON, C. **Direito penal –** Parte geral (Arts. 1º a 120). 14. ed. Método, 2020.

MONTENEGRO, M, C. Ressocializar presos é mais barato que mantê-los em presídios. **Concelho Nacional de Justiça,** Brasília, 07 abr. 2017. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/apac-onde-ressocializar-preso-custa-menos-que-nos-presidios/. Acesso em: 24 de novembro de 2019.

MORAIS, A. **Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Assembleia Geral. 1948.

OTTOBONI, M. **Vamos matar o criminoso?** Método APAC. São Paulo: Paulinas, 2014.

SILVEIRA, A. **Prisão albergue e regime semi-aberto.** 2 v. Rio de Janeiro: Brasilivros editora e distribuidora LTDA, 2010.

NOTAS:

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. *E-mail*: samaraneris@hotmail.com.

[2] Professor do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS. *E-mail:* gustavomtradv@hotmail.com.

www.conteudojuridico.com.br

DIÁLOGOS EMANCIPATÓRIOS: A OBRA VOX (2018) DE CHRISTINA DALCHER E A PARTICIPAÇÃO DA MULHER TERESINENSE NA POLÍTICA

MONTGOMERY LIRA DO NASCIMENTO:
Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

MARIA SOCORRO RODRIGUES COELHO[1]
(Orientadora)

RESUMO[2]: Este artigo apresenta um diálogo emancipatório, relacionando o discurso presente no *best-seller Vox* (2018) com as causas sociais da mulher teresinense na política. Discutindo-se fundamentalmente acerca de termos presentes nas legislações e na Constituição de 1988 que amparam a mulher; partindo da evolução normativa criada pelos legisladores nacionais que permitiram à mulher teresinense no período de 2010 a 2018, evoluir social e politicamente, vindo a ocupar, mesmo que em índices baixos, próximos a 12% (doze por cento) seu lugar de direito no legislativo municipal. Assim, observar-se-á como a dominação masculina e o androcentrismo precisam ser combatidos, e como é de grande importância para a ascensão da mulher na política teresinense, suas causas, suas lutas e avanços, e o feminismo na busca por "voz" e direitos iguais. Um processo, ainda que pequeno, porém, significativo para a emancipação feminina na política. A metodologia aplicada neste trabalho é de cunho bibliográfico e natureza qualitativa, e utiliza como fundamentação teórica autores, como: Pierre Bourdieu (2012), Cancian (2016), Gabatz e Martins (2016), Menegon et al. (2018), Mesquita (2013), Senkevics (2013), Speller (2017), Severi (2017), Lisboa e Manfrini (2005), entre outros.

Palavras-chave: Vox. Feminismo. Androcentrismo. Política. Emancipação feminina.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo geral contextualizar um diálogo emancipatório, relacionando o discurso presente na obra *Vox* (2018) de Christina Dalcher[3] com a participação da mulher teresinense na política nos anos de 2010 a 2018. O diálogo do presente trabalho faz-se necessário devido as constantes discussões a respeito do feminismo, que é uma ideologia que luta pelos direitos básicos de igualdade para as mulheres em todos os âmbitos da sociedade, nos aspectos: social, político e econômico.

A viabilização de informações atualizadas e pertinentes ao tema deste trabalho de conclusão de curso, foram extraídas da obra literária *Vox* (2018) relacionando-as ao direito positivo, especial, constitucional e infraconstitucional, presentes em artigos científicos, revistas jurídicas, livros e obras literárias, a fim de

identificar a participação da mulher teresinense através dos movimentos sociais (de classe, sindicatos, grupos políticos, ONGs, etc.) nas políticas públicas empregadas pela administração, apontando para a participação da mulher teresinense na política e na câmara municipal, no período de 2010 a 2018.

A obra de Dalcher (2018) conta a partir de uma ficção, uma distopia próxima da realidade do tempo presente, sobre dominação masculina, empoderamento e luta feminina. Na trama, a personagem principal, a Dra. Jean McClellan, enfrenta um novo sistema imposto pelo governo dos EUA, que decreta que as mulheres só deverão falar até 100 palavras por dia, e caso ultrapassassem a cota, eram castigadas.

Ainda no contexto do livro, na América paralela de Dalcher (2018), quem está no poder é o *Movimento dos Puros*. O que se iniciou devagar, e ninguém acreditou que um dia pudesse acontecer, se concretizou. As mulheres foram expulsas de seus empregos e faculdades, as únicas que poderiam continuar na escola eram crianças e adolescentes, e mesmo assim só poderiam estudar a matemática simples e assuntos relacionados a atividade doméstica. A personagem principal segue sendo procurada pelo governo para trabalhar no seu antigo projeto; pelo caminho descobre interesses macabros do governo e se vê numa situação sem saída. Muita reviravolta acontece e a ajuda chega de onde Jean menos espera. Um livro que faz o leitor pensar e refletir toda a trajetória da mulher até aqui.

Dalcher (2018), através da Drª. McClellan, expõe em *Vox* uma imposição feita por uma personagem, autoridade religiosa, o reverendo Carl, que usava a ideia do "plano de Deus para toda mulher", de ser modesta e feminina sem demonstrações de capricho ou orgulho. Porém, na história a ideia é tomada de maneira exagerada e opressora pelas autoridades, negando as mulheres o direito de ir e vir. Trazendo para a realidade constituinte brasileira atual, se tal imposição existisse nos dias de hoje, feriria os incisos II e III, do art. 1º (dos princípios fundamentais) da CF de 1988: "da cidadania e da dignidade da pessoa humana." Logo, a afirmação ideológica do reverendo Carl exposta por Dalcher, choca-se com um princípio constitucional.

Pensando na mensagem do livro *Vox*, da busca pela "voz" da mulher na sociedade, esta pesquisa relacionará essa mensagem com a trajetória da participação da mulher teresinense na política de 2010 a 2018, cuja relevância está contida na emancipação do diálogo de direito a voz da mulher em qualquer âmbito social, inclusive na política.

Para fundamentação teórica, a pesquisa se apoia discutindo e identificando argumentos jurídicos oriundos do Poder Judiciário, do STF e do STJ, nos termos dos artigos: 5º, II, VIII, e 226, § 8º da CF/1988; da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

do decreto nº 21.417-A (1932) da CLT/1940; da Lei nº 9.504/97, art. 10, § 3º (Lei das Eleições); e das Súmulas do STJ nº. 536/2015, 588/2017, 589/2017 e 600/2017.

Esta pesquisa tem como justificativa a observação da preocupação dos legisladores com a garantia dos direitos sociais e individuais, as ratificações feitas por decisões do STF e STJ. Investigando-se a proteção estatal e social voltada às mulheres atualmente, como meio de catalisar a evolução das mesmas. Ainda, o caráter emancipatório oriundo das garantias legislativas com foco na presença política dessas mulheres como vereadoras na câmara municipal de Teresina. Partindo da evolução normativa criada pelos legisladores nacionais que permitiram à mulher teresinense no período de 2010 a 2018, evoluir social e politicamente, vindo a ocupar mesmo que em índices baixos, próximos a 12% (doze por cento) seu lugar de direito no legislativo municipal. O trabalho também possui como ênfase o estudo de Pierre Bourdieu (2012), Cancian (2016), Gabatz e Martins (2016), Menegon et al. (2018), Mesquita (2013), Senkevics (2013), Speller (2017), Severi (2017), Lisboa e Manfrini (2005), entre outros.

2 DA DOMINAÇÃO MASCULINA, DE PIERRE BOURDIEU

No capítulo da Dominação Masculina, de Pierre Bourdieu (2012), partindo-se do mesmo contexto contido na obra *Vox* e da não participação da mulher moderna nos movimentos sociais de sua comunidade, o autor descreve a dominação a partir de uma perspectiva simbólica.

A respeito do surgimento do feminismo moderno, Renato Cancian (2016) afirma que estudiosos sobre o tema creditam sua origem como consequência do contexto social e político da antiga Revolução Francesa ocorrida em 1789, e do Iluminismo ocorrido no período de 1715 a 1789. Ocorrido no período de 1968 a 1977, o feminismo nos Estados Unidos, por meio do qual a mulher busca romper com o paradigma de ser "dominado" e "passivo", inicia sua trajetória. Dentro desse sentido de busca por rompimentos, Pierre Bourdieu comenta a respeito do sentido de submissão feminina, asseverando que:

> [...] A postura submissa que se impõe às mulheres cabilas representa o limite máximo do que até hoje se impõe às mulheres, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, e que, como inúmeros observadores já demonstraram, revela-se em alguns imperativos: sorrir, baixar os olhos, aceitar as interrupções etc. Nancy M. Henley[4] mostra como se ensina às mulheres ocupar o espaço, caminhar e adotar posições corporais convenientes. (BOURDIEU, 2012, p.38-39).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O autor descreve na citação acima, como a dominação pode acontecer através da submissão da mulher. As mulheres "cabilas", comentado pelo autor, faziam parte dos Cabilas ou Cabildes, que são um povo berbere (que significa na língua deles, "homens livres"). São oriundos da região montanhosa da Cabília, situada no nordeste da Argélia – África[5]. A antiga comunidade cabila, de religião predominantemente islâmica possuía uma forma "original de democracia" com viés "igualitarista". Bourdieu (2012), produziu seu ensaio sobre a casa cabila baseado em sua pesquisa etnográfica na região, pelo qual refere-se à organização simbólica do espaço, às relações de parentesco e às práticas da comensalidade.

Do livro de Bourdieu, se extrai uma afirmação interessante a respeito do que era imposto as mulheres daquela sociedade:

> Pelo fato de o mundo limitado em que elas estão confinadas, o espaço do vilarejo, a casa, a linguagem, os utensílios, guardarem os mesmos apelos à ordem silenciosa, as mulheres não podem senão tornar-se o que elas são segundo a razão mítica, confirmando assim, e antes de mais nada a seus próprios olhos, que elas estão naturalmente destinadas ao baixo, ao torto, ao pequeno, ao mesquinho, ao fútil etc. (2012, p. 41).

A partir da citação acima, é possível perceber que a dominação masculina também ocorre pela condição contextual em que a mulher está inserida, como na sociedade cabila. Condição cultural, religiosa, política e social. Trazendo agora o texto contido nas "reminiscências" da autora Dalcher (2018), vê-se "fragmentos" de "consciência culposa" da não participação da mulher moderna nos movimentos sindicais, acadêmicos e/ou sociais, na afirmação de seu espaço na comunidade em que vive e da igualdade de direitos.

Renato Cancian (2016), no seu artigo *Feminismo – Movimento surgido na Revolução Francesa*, refere-se à declaração de Gouges[6] como o "símbolo mais representativo do feminismo racionalista e democrático que reivindicava igualdade política entre os gêneros masculino e feminino." (GERHARD, 1995, p. 52 apud LISBOA e MANFRINE, 2005, p. 68).

Na obra *Vox*, a personagem Dr. Jean McClellan, reivindica esse ato de luta feminina quando se reporta aos atos de solidariedade que entre as mulheres, mães e amigas, anteriores a censura imposta pelo novo governo fictício do livro, *Movimento dos Puros*. Movimento que passou a proibir e vigiar através de câmeras de vídeo quaisquer gestos maternos no revezamento, vigiando seus bebês nas filas dos caixas do supermercado, ao que Jean declara: "Você pode tirar muitas

coisas de uma pessoa: dinheiro, emprego, estímulo intelectual, qualquer coisa. Pode tirar até suas palavras, mas isso não vai mudar sua essência" (DALCHER, 2018, p. 9).

Ao longo de toda a sua teoria da dominação, Bourdieu (apud SENKEVICS, 2013), analisa a questão da dominação masculina partindo de uma perspectiva simbólica, descrevendo a dominação masculina como um modo particular de violência alegórica, não trabalhando o conceito de gênero propriamente. Por esse entendimento, Bourdieu compreendeu o poder (a dominação masculina de forma privativa) que impõe significações, tendo-as como legítimas, de forma a encobrir as relações de força que sustentam a própria força.

Na obra *Vox*, a autora contemporânea faz uma análise crítica da alienação do homem com ênfase na dominação masculina de Bourdieu, partindo da perspectiva sobre a religião fundamentalista cristã:

> *[...] É o que Jackie chamaria de cérebro de ervilha, contente com seu lugar na hierarquia: Deus, homem, mulher. Meu repertório de doutrina religiosa é uma bosta, exatamente como eu gosto. Mas, quando Steven chegou em casa com o livro daquele curso avançado – um título de aparência inocente,* Fundamentos da filosofia cristã moderna*, gravado na capa, letras azuis inócuas em um fundo branco[...] (DALCHER, 2018, p.38).*

Com base no trecho recortado acima, a partir da cena da aparição do filho Jean McClellan, Steven, segurando um livro que faz apologia direta à alguma seita fundamentalista cristã como uma nova doutrina religiosa, a autora parece fazer uma espécie de análise crítica sobre a alienação do homem, com ênfase na Dominação Masculina de Bourdieu (2012) sobre a mulher, cuja a personagem principal não tinha muito afeto.

Para melhor entender-se a reacionária atitude da personagem Jean com o novo curso frequentado pelo filho, observa-se que:

> *É através da razão que ocorre a defesa do conhecimento científico e da técnica enquanto instrumentos de transformação do mundo e de melhoria progressiva das condições espirituais e materiais da humanidade; como tolerância ética e religiosa; como defesa dos inalienáveis direitos naturais; como rejeição dos dogmáticos sistemas jurídicos e como luta contra privilégios e a tirania. As situações de violência e intolerância nos dias atuais decorrem de acontecimentos desencadeados já em épocas*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *remotas, em razão da proliferação das constantes crises nas diversas modalidades de regulação social e de respostas institucionais pouco adequadas (LIPOVETSKI, 2007, apud GABATZ; MARTINS, 2016, p. 290-291).*

A visão androcêntrica[7] de Bourdieu (2012), não se refere apenas ao privilégio masculino, mas reduzindo a raça humana ao termo "o homem", ao exemplo de excludente que ilustra um comportamento androcêntrico, válida tanto para o masculino quanto para o feminino.

Em *Vox* (2018), a personagem Dra. McClellan faz uma reflexão a respeito do texto lido no livro em poder de seu filho, *Fundamentos da filosofia cristã moderna*, que começava com esta máxima do livro de Tito:

> "Sejam capazes de ensinar o que é bom. Assim, poderão orientar as mulheres mais jovens a ser moderadas, a amar os maridos e os filhos, a ser discretas, castas, dedicadas ao lar, bondosas e a obedecerem aos maridos." A essência do texto era uma espécie de chamado às armas, um apelo às gerações de mulheres mais velhas. (DALCHER, 2018, p. 38-39).

Segundo Speller (2017), quando a sociedade à época deixava à mulher a responsabilidade e o dever de formar espiritual e maternal a personalidade das mulheres descendentes, para que fossem devotadas integralmente aos maridos e as obrigações do lar, negava-lhes qualquer papel que não o de reproduzir e naturalizar a distinção de classe. Por essa razão, para a autora na citação acima, impor tais costumes às mulheres é motivo de resistência (o "chamado às armas").

Quanto à Igreja, marcada ideologicamente pelo antifeminismo arraigado em um clero milenar pronto a condenar todas as faltas femininas à decência, sobretudo em matéria de trajes, e a reproduzir do alto de sua sabedoria, uma visão pessimista das mulheres e da feminilidade, inculcava explicitamente uma moral familiar completamente dominada pelos valores patriarcais, e principalmente pelo dogma da inata inferioridade da mulher. E, por fim, a Escola, mesmo quando já liberta da tutela da Igreja milenar, continua a transmitir os pressupostos da representação patriarcal, sobretudo, talvez, os que estão inscritos em suas próprias estruturas hierárquicas, todas sexualmente conotadas entre as diferentes escolas ou as diferentes faculdades, entre as disciplinas, entre as especialidades, isto é, entre as maneiras de ser e as maneiras de ver, de se representarem nas próprias aptidões e inclinações. Em resumo, tudo aquilo que contribui para traçar não só os destinos sociais como também a intimidade das imagens de si mesmo (BOURDIEU, 2012).

A Dra. McClellan leva o leitor a imaginar o poder da doutrina fundamentalista[8] cristã no seguinte diálogo com seu filho:

> *Steven não deixou para lá. Abriu o livro daquela maldita aula da turma avançada – Babaquices Religiosas I, ou sei lá como chamavam – e começou a ler:*
>
> *- "A mulher não deve ir às urnas, mas tem uma esfera própria, de incrível responsabilidade e importância. Ela é a guardiã do lar, nomeada por Deus... Ela deve ter total consciência de que sua posição de esposa e mãe, e de anjo do lar, é a tarefa mais santa, mais responsável e régia designada para os mortais; e descartar qualquer ambição de algo mais elevado, já que não existe nada tão elevado para os mortais." Esse texto é do reverendo John Milton Williams. Está vendo? Você é uma rainha.*
>
> *- Fantástico. – Eu precisava do café, mas não queria que Steven visse como eu estava à beira de explodir, por isso deixei-o na bancada. –Acho que você deveria abandonar esse curso.*
>
> *- De jeito nenhum. Eu estou até curtindo. Quer dizer, há uma tonelada de coisas em que pensar. Até algumas garotas dizem isso.*
>
> *- Acho difícil acreditar – falei, não me incomodando em esconder o escárnio. (DALCHER. 2018, p. 56-57).*

A cientista, mãe do jovem Steven sente-se incomodada com os efeitos da lavagem cerebral na juventude. Através dos livros adotados na aula de religião pela turma avançada, acontecia a imposição da nova doutrina religiosa do *Movimento dos Puros*, fruto da Expansão do Cinturão da Bíblia, com representação no Congresso, políticos famintos por poder, sob a liderança direta do reverendo Carl Corbin, na "tentativa de ressuscitar o culto vitoriano da domesticidade feminina, crente de assim poder manter as mulheres fora da esfera pública." (DALCHER, 2018, p. 55).

A história demonstra que foi a sociedade de classes que colocou o homem em posição superior à da mulher, bem como, o dogma da castidade da igreja, que classificava e obrigava as mulheres a terem repúdio ao que não era considerado socialmente aceito, ou seja, o papel da submissão e de total dependência do homem, incluso a sua castidade divina.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por muito tempo a mulher moderna foi oprimida, deixando para o homem a execução de tarefas comuns que atualmente podem ser executadas pelos dois sexos, inclusive votar e ser votada, fato ocorrido pela 1ª vez no Brasil em 3 de maio de 1933, na eleição para a Assembleia Nacional Constituinte, voto assegurado no Código Eleitoral de 1932 e aprovado pelo Decreto nº 21.076/1932, no Governo provisório de Getúlio Vargas.

Para o filósofo alemão Hegel (apud SILVA, 2011), as mulheres são passíveis de educação, mas não são feitas para atividades que demandam uma faculdade universal, tais como as ciências mais avançadas, a filosofia e certas formas de produção artística. As mulheres podem ter ideias felizes, gosto e elegância, mas não podem atingir o ideal.

Já Nietzsche (apud SILVA, 2011), declarava indagando: "o que é a verdade para uma mulher?" Desde o início, nada foi mais alheio, repugnante e hostil à mulher do que a verdade, de acordo com o filósofo. Para ele, a grande arte da mulher é a "mentira", e sua preocupação máxima é a mera aparência e beleza. "Confessemos nós, homens: reverenciamos e amamos precisamente esta arte e este instinto na mulher." (NIETZSCHE apud SILVA, 2011).

Segundo Miranda (2016), o filósofo Wilhelm Hegel (1770–1834) ligou-se a famílias da classe civil-burguesa e ao Estado, a quem servira como preceptor logo no início de sua carreira como educador, ratificado por Novelli (2001, p. 66). Hegel, no seu entendimento pessoal, permitia a mulher ser educada pelas famílias burguesas, mas lhes negava o direito de ascenderem na hierarquia social, econômica e educacional, determinando-lhes papéis de acordo com os respectivos sexos.

Ainda conforme Miranda (2016), observa-se que Hegel parece legitimar os costumes do seu tempo a partir da relação entre o espiritual e o natural, comprometendo-se com a visão moderna dos papéis do homem e da mulher, e não meramente segue o senso comum da época, ainda que seja um filho de seu tempo. Já a respeito do pensamento de Freidrich Nietzsche, assim se reporta Giacoia Junior:

> *A vocação dos filósofos para os grandes sistemas seria uma bizarra tentativa de violência à verdade, com o propósito de encerrá-la, pressurosamente e com toda segurança, nas invencíveis fortalezas dogmáticas que para ela construíram, aqueles majestosos castelos metafísicos, a que hoje damos no nome de sistema. Porém, de acordo com Nietzsche, é justamente desse modo que não se deve tratar uma mulher. (2002, p. 11).*

Sendo assim, com base na citação acima, é possível inferir que o papel da mulher está muito além dos costumes e tradições dogmáticas que lhe foram impostas. A mulher não está presa em uma redoma, embora, exista um sistema que a todos regem.

3 LEGISLAÇÕES QUE AMAPARAM A MULHER

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso I, afirma que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (BRASIL, 1988). Antes da conquista deste direito fundamental, as mulheres teresinenses tiveram que lutar muito na busca do reconhecimento de seus direitos sociais e políticos básicos, em especial o voto, só reconhecido e assegurado no Brasil em 24 de fevereiro de 1932, no Governo Vargas, através do Decreto 21076/1932 – Código Eleitoral provisório.

A conquista ao voto feminino foi limitada em parte, pois, as mulheres só poderiam votar se previamente autorizadas por seus maridos, e, caso fossem viúvas ou solteiras, só votavam caso possuíssem renda própria mínima de 2 (dois mil) réis, imposição da legislação imperial à época, a Lei Saraiva, promulgada em 1881.

Em 1979, ainda em plena ditadura militar no Brasil, teve-se a primeira mulher a ocupar uma vaga no Senado após a princesa Isabel, trata-se da Senhora Eunice Mafalda Berger Michilles (professora e política), representando o PSD/AM, por falecimento do titular da vaga anterior da vaga, João Bosco Ramos de Lima – advogado, escritor, político e radialista, eleito senador em 1978. (BRASIL, 2016).

Em 1988, obteve-se através do *lobby do batom**[9]***, protesto liderado por mulheres feministas e pelas 26 deputadas federais constituintes, as quais conseguiram importantes avanços na CF/88, garantindo dentre outras conquistas, a igualdade a direitos e obrigações entre homens e mulheres perante a lei.

Em 1996, o Congresso Nacional Brasileiro incluiu o sistema de cotas na legislação eleitoral, obrigando aos partidos a inscreverem no mínimo 20% de mulheres nas chapas proporcionais em cada eleição, normatizado no art. 11, §3º c/c o §4º da Lei nº 9.100/1995.

Em 2006, foi sancionada no Brasil a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, 7.08.2006), fruto de árduas lutas contra o preconceito e a violência contra a mulher. Dentre as mudanças apresentadas, destaca-se o maior rigor nas punições oriundas de agressões contra a mulher. Tirando o crime contra a mulher brasileira da esfera das leis religiosas e o incluindo-o no Código Penal brasileiro. Criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226, §8º, caput da CF/88, adequando-o à convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e da Convenção Interamericana, para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

prevenir e punir a violência contra a mulher, concluída em Belém-Pará, em 09 de junho de 1994.

Na CF de 88, no seu art. 5º, II, o legislador constitucional firmou o seu entendimento da liberdade plena, de modo que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 1988). Assim como no seu inciso VIII preleciona-se de que: "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta, [...] fixada em lei". (BRASIL, 1988).

Gabatz e Martins (2016), em análise acerca do fundamentalismo religioso no Brasil, nos advertem de que os constituintes de 1988 definiram e normatizaram as relações com as instituições religiosas existentes à época, mas não se estranha as crises advindas do choque de interesses particulares quando a liberdade religiosa deixar de ser reconhecida como fonte quanto a laicidade. Não é base para se argumentar de trabalho na formatação de um Estado democrático de direito, com ênfase na vivência cidadã, do respeito, dos direitos humanos, da alteridade, da diversidade e do bem comum.

É mister destacar que, o direito de agir e pensar do homem e da mulher brasileiros, segundo a Constituição de 1988, inicia-se pelo conhecimento, pelo diálogo, pelo pensamento e da consciência livre, bem como da diversidade de crença. Representando a harmonia nas divergências. Não se consolidando apenas enquanto um dever suscitado pelas premissas éticas, mas representando uma necessidade política e jurídica (FISCHMANN apud GABATZ; MARTINS, 2016).

3.1 Mecanismos de proteção à mulher

Os legisladores constituintes, legítimos representantes do povo brasileiro, preocupados com a instituição de um Estado Democrático, atentaram por meio de mecanismos de proteção, assegurar a garantia dos chamados direitos sociais, individuais, de liberdade, de segurança, de bem estar, de desenvolvimento, de igualdade e de justiça isonômica, tidas como valores supremos da nova nação, plural, fraterna e livre de preconceitos, e tendo como bases: harmonia social entre os cidadãos; o comprometimento com a ordem interna e internacional; a solução pacífica de controvérsias, sob as bênçãos de Deus. (BRASIL, 1988).

O STF, em julgamento voltado para garantir o Fundo Partidário mínimo à participação de mulheres nas campanhas políticas nacionais, a contar de 15 de março de 2018, previsto no art. 10, parágrafo 3º, da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), em julgamento adstrito a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5617, decidiu constitucionalmente garantir o mínimo de 30% (trinta por cento) dos recursos financeiros destinados a cada partido, voltados ao financiamento das campanhas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

eleitorais direcionadas às candidaturas de mulheres nos partidos, devendo a distribuição ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, e respeitado o patamar mínimo de 30% de candidatas mulheres, previsto no artigo 10, parágrafo 3º da Lei acima referenciada.

O STJ, através da sua 3ª seção voltada para julgamentos inerentes a matérias de cunho penal (violência ou contravenção penal), aprovaram quatro súmulas com base na Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006, consolidando entendimentos do próprio Tribunal Superior. São elas:

> • *A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. (Súmula 536, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 15/06/2015);*
>
> • *A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (Súmula 588, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/09/2017, DJe 18/09/2017).;*
>
> • *É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas. (Súmula 589, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/09/2017, DJe 18/09/2017);*
>
> • *Para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima. (Súmula 600, TERCEIRA SEÇÃO, aprovada em 22/11/2017).*

Amaral (2017), em análise sobre a Lei Maria da Penha e seus mecanismos criados para diminuição da violência doméstica e familiar em desfavor da mulher brasileira, comparando-a com termos do §8º do art. 226 da CF/88[10] , e ainda, com termos contidos na *Convenção sobre a Eliminação Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher no mundo* (1979), ratificados pelo Brasil (1981), aduz que as mulheres brasileiras gozam de seus direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, logo:

> *[...] serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária; o que, na prática, em verdade, não ocorre.(BRASIL, 2006).*

Após uma breve análise acerca da Lei Maria da Penha, das condições do exercício efetivo dos direitos da mulher brasileira e ainda, de seus direitos fundamentais inseridos na CF/1988, Amaral (2017) assim preleciona:

> *O respeito dos direitos humanos das mulheres, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático. A previsão dos direitos humanos das mulheres direciona-se basicamente para proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo. (AMARAL, 2017).*

Quanto ao termo "violência contra a mulher", no âmbito familiar ou doméstico, as mulheres arduamente, através da Lei Maria da Penha, conseguiram junto às autoridades constituídas o direito de afastar da sua convivência o seu agressor, além de medidas protetivas decretadas de urgência por juízes.

Com ênfase no rigor das punições aos infratores dos direitos básicos da mulher, a Lei Maria da Penha aumentou o tempo máximo de detenção de 1 (um) para 3 (três) anos, incluindo a prisão em flagrante e a não aplicação pelo juiz de medidas alternativas ou multas em decorrência da agressão sofrida.

O legislador brasileiro, assim, criou mecanismos coibindo a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, não somente baseada na Constituição, como também dispondo sobre a criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, alterando o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

4 A MULHER TERESINENSE - EVOLUÇÃO SOCIAL E POLÍTICA

Com base no estudo de Sousa (2013), a mulher teresinense, na ânsia de se libertar do jugo masculino, entendeu que não adiantava atacar outra mulher, mesmo se fosse atacada. Sua luta dependia do fator solidariedade, da união de todas em prol da causa feminista, parando de culparem umas às outras. Da união de todas dependia o sucesso na conquista de seu espaço, na família, no lar, no trabalho, na escola e na política.

Em termos municipais, não se pode mais permitir que a participação e aceitação da mulher teresinense no contexto sócio-político continue a sofrer os constantes obstáculos que sofreu ao longo da história, por parte das lideranças

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

políticas fundamentadas no patriarcado político. A respeito desse assunto, Walby (1990) aponta dois tipos distintos de patriarcado:

> *O patriarcado privado – exercido pelo chefe de familiar dentro do núcleo familiar – e o patriarcado público – mais coletivo na forma, pois mulheres são envolvidas em domínios públicos (como a política e o mercado de trabalho), mas permanecem segregadas do poder e do status. O Estado, para Walby (1990), não apenas tem a função de modelar as relações de gênero por meio de regulamentações relativas, por exemplo, ao divórcio, ao casamento, ao aborto, à anticoncepção, à discriminação salarial, à sexualidade, à prostituição, à pornografia, ao estupro e à violência contra a mulher, mas também de neutralizar as exigências feministas através de várias concessões que, embora melhorem a situação, não eliminam os obstáculos fundamentais para a igualdade feminina. (WALBY, 1990 apud SEVERI, 2017, p. 36-37).*

Nesse sentido, explicitado acima por Severi (2017), embora tenha acontecido nos últimos tempos mudanças relevantes que facilitaram a entrada de mulheres na esfera pública, ainda não existem tantas que melhorem a posição das mulheres nela. São também as mulheres que têm sofrido de forma não igual os efeitos míseros das políticas neoliberais que diminuem direitos sociais.

Entende-se que a "não participação" da mulher teresinense nos movimentos sociais de bairros ou municípios, quer de base, quer na reivindicação de seus direitos mais elementares, data desde 1792 na Inglaterra, onde remonta-se o período em que elas buscavam direito ao voto participativo nas decisões de Estado, registrado em grandes clássicos da literatura feminista mundial, onde era defendida a melhor educação para as meninas, aproveitando seu potencial humano.

Quanto à faculdade do voto livre para o legislativo municipal, segundo aponta Menegon et al. (2018), para o filósofo, cientista social e professor da Unicamp, Marcos Nobre, a democracia brasileira é "pouco democrática". O filósofo disse isso referindo-se ao fato de que algumas liberdades no Brasil não são respeitadas, e a faculdade de votar seria uma delas.

Sobre as participações das mulheres, vale ressaltar que estas sempre se agrupavam através "de clubes de mães, associações de combate à carestia, associações de bairros, nas manifestações por escolas, saneamento básico, creches, transporte, hospitais, entre outros e ainda nas lutas pelo direito à terra e por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

segurança." (MENEGON et al., 2018, p. 129.) Todavia, nem todos esses movimentos apresentavam ainda uma característica de participação política do ponto de vista da representação pública.

4.1. Mulheres teresinenses na política municipal no período de 2010 a 2018

Segundo Mesquita (2013), a respeito do ingresso de mulheres na política partidária municipal, existem quatro formas de participação da mulher no âmbito político, a saber: a primeira por meio do vínculo familiar com histórico político; a segunda por meio de participação em movimentos sociais ou pelo exercício de profissão que as capacitem e lhes garantam a possibilidade de ascender politicamente; a terceira, por fim, através das duas variáveis acima descritas em conjunto, sem que ela seja ligada nem a famílias políticas e nem a movimentos sociais. (MESQUITA, 2013).

Quanto à forma dos partidos políticos com representação estadual, especialmente no município de Teresina, motivarem ideologicamente a escolha e a agregação de mulheres a cada partido, a lei n. 12.034/2009 estabeleceu obrigatoriedade dos partidos e coligações a preencherem as cotas mínimas de 30% (trinta por cento) previstas na reforma eleitoral. Vê-se com mais profundidade no estudo desenvolvido por Gomes:

> *A associação de mulheres a certos campos ideológicos é algo que vem sido debatido desde a inclusão de mulheres na política. Os primeiros estudos dedicados a avaliar a posição política das mulheres as colocaram na direita do espectro ideológico, enquanto estudos mais recentes apontam para uma maior presença feminina na esquerda [...]. No entanto, mulheres não são um grupo homogêneo, criando espaço para múltiplas demandas e formas de atingir resultados [...]. Gênero é uma variável política digna de consideração, mas não se deve presumir que mulheres defendem a mesma agenda [...] ou mesmo que se relacionem aos seus partidos da mesma forma. (2016, p. 35).*

Agora, com observância nas causas da escolha e da agregação ou não de mulheres a cada partido, depende de muitas variáveis, destacando-se dentre tantas, com base no estudo desenvolvido por Phillips (apud GOMES, 2016, p. 36), que a igualdade de oportunidades não gera resultados aleatórios. "Se o fizesse, as casas legislativas seriam mais diversas. Oportunidade não é igualmente distribuída e gera distorções. Obstáculos culturais e estruturais permanecem, esvaziando o conteúdo da lei".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Evidente que, muitas mulheres ressentem-se da falta de apoio da sociedade, falta apoio dos partidos, terem menos tempo livre do que os homens, que as mulheres gostam menos ou não possuem afinidade com a política, levando-se em consideração "a cultura patriarcal" (MESQUITA, 2013, p. 14).

Com ênfase nas conquistas das mulheres teresinenses junto aos partidos com representatividade municipal, tem-se atualmente 4 (quatro) mulheres com assento na casa, no período de 2010 a 2018. São elas: Cida Santiago, Graça Amorim, Pollyanna Rocha e Teresa Medeiros.

4.2 A presença da mulher na Câmara Municipal de Teresina

Considerando que Getúlio Vargas, através de decreto permitiu o voto feminino em 24 de fevereiro de 1932, segundo pesquisa do jornalista piauiense Nataniel Lima (2019), somente em 1937 na cidade de Castelo do Piauí, uma mulher conseguiu o primeiro título eleitoral estadual, decorridos quatro anos após o alistamento eleitoral para a Assembleia Nacional Constituinte de 1933 (MESQUITA, 2013).

De acordo com Mesquita (2013, p. 58), "somente em 1955 foi eleita primeira vereadora de Teresina – Maria Guadalupe Lopes de Lima". Com base em dados oficiais do Senado Federal em 2014, o eleitorado do Piauí atingiu quase dois milhões e trezentos mil eleitores aptos a votar, a maioria formada por mulheres (51,4%), ou seja, "1.206.641 eleitoras num universo total de 2.345.694 registrados". (BRASIL, 2016, p. 111). No legislativo municipal teresinense, formado por 34 representantes, após as eleições de 2016 existem atualmente quatro mulheres, aproximadamente 11,76%.

Cida Santiago (PHS), ou Maria Aparecida de Oliveira Moura Santiago, nasceu em Paulo Ramos (MA), em 24 de abril de 1971. Era envolvida em trabalhos da Igreja Católica, causas sociais, participando de grêmios estudantis e lideranças escolares. Casada e formada em Teologia pela UFPI, Gestão Pública pela UESPI e Serviço Social pela Faculdade Adelmar Rosado – FAR. Em 2012, foi eleita como vereadora de Teresina para o mandato 2013-2016 com 2.032 votos e reeleita em 2016 para o mandato 2017-2020 com 3.357 votos. Como parlamentar, é autora de vários projetos de repercussão na cidade, como: Projeto de Climatização dos Ônibus Coletivos, Defesa da Família, projetos de Acessibilidade e Inclusão da Pessoa com Deficiência, enfrentamento as Drogas e Defesa da Mulher de forma especial aquela que é vítima de agressão. (BRASIL, 2016).

Graça Amorim (PMB), ou Maria das Graças da Silva Amorim, nasceu em Oeiras/Piauí. É advogada, formada pela UFPI, eleita vereadora de Teresina por três mandatos consecutivos pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Hoje exerce seu quarto mandato pelo Partido da Mulher Brasileira (PMB). Foi diretora administrativa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e financeira da Secretaria de Administração do Piauí; assessora do Departamento Jurídico da Secretaria de Administração do Piauí; secretária geral da Junta Comercial do Piauí (JUCEPI); conselheira e diretora financeira da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), secção Piauí; presidente da Central de Abastecimento do Piauí (Ceasa); Secretária Municipal do Trabalho, Cidadania e de Assistência Social de Teresina, no período de janeiro de 2009 a março de 2012; advogada concursada do Banco do Estado do Piauí (BEP), onde exerceu a função de Chefe do Departamento Jurídico. Atualmente, Graça Amorim é advogada aposentada do Branco do Brasil S/A, em virtude da incorporação do Banco do Estado do Piauí. É de sua autoria o Projeto de Lei que dispõe sobre o Código de Conduta Ética do Turismo para o Enfrentamento à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes em Teresina. O código é destinado a orientar e regular a conduta ética da sociedade teresinense, por meio de seus agentes vinculados à indústria do turismo contra a exploração sexual de crianças e adolescentes. (BRASIL, 2016).

Pollyanna Rocha (PV), vereadora, nasceu em 10 de dezembro de 1985, em Teresina-PI. É filha mais nova da família de sete irmãos. Casada. Foi eleita pelo Partido Verde (PV), ao qual está filiada desde 2009. Hoje, a vereadora ocupa a vice-presidência Municipal do Partido PV. Cursou os ensinos fundamental e médio na capital e graduou-se em Fisioterapia pela Faculdade do Piauí – FAPI/Teresina. Possui propostas bastante objetivas quanto à violência, meio ambiente e o direito à saúde e à assistência social, além de muitos outros projetos. (BRASIL, 2016).

Teresinha Medeiros (PSL), nascida em União/Piauí, filha de família simples, teve 8 (oito) irmãos. É professora e bacharel em Direito. Ligada aos movimentos sociais iniciou uma caminhada de trabalho social em comunidades carentes da zona Urbana e Rural de Teresina. Sem militância em qualquer partido se envolveu com causas sociais por puro altruísmo. Dentre as leis e projetos aprovados de autoria da vereadora, muitos foram destaques, como: a Lei do aleitamento materno, a prevenção ao suicídio, a humanização do parto através do plano municipal para humanização, a Lei que garante os direitos iguais em programas habitacionais para casais homoafetivos, a criação permanente dos direitos dos idosos, o combate ao bullying virtual nas escolas municipais, a proibição do uso de aparelhos sonoros dentro dos transportes públicos municipais, entre outros. (BRASIL, 2016).

As mulheres descritas anteriormente possuem uma grande relevância para ascensão da mulher na política teresinense, suas causas, suas lutas e avanços são partes de um processo, ainda que pequeno, porém, significativo para a emancipação feminina na política, suas vozes estão sendo ouvidas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5 CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa, buscou trazer-se um diálogo emancipatório entre a obra de Christina Dalcher com a participação da mulher teresinense na política. E pôde-se observar que a busca da mulher em *Vox* (2018) por voz e liberdade se associa com a luta da mulher teresinense na política, na medida em que expõe suas maneiras de buscar por emancipação, por direitos iguais e a sua persistência em não desistir de lutar.

Objetivamente, após análise dos contextos descritos por Dalcher (2018) na sua obra e da posição da mulher teresinense no seu desbravamento social ao longo dos anos, na busca de seu direito de ter voz e se fazer ouvida, ocupando seu lugar na política municipal, é possível compreender como é necessária e paulatina a contribuição dos legisladores municipais, estaduais e federais, que pesquisando e elaborando anteprojetos (debatendo-os com a sociedade civil organizada, sindicatos e classes), aprovando leis como o Decreto 21076 (1932), Decreto 21.417-A (1932), a CLT, a Lei Maria da Penha e outras que em consonância com outros termos já citados, principalmente pela Constituição, não só garantem a elas todos os direitos fundamentais, como também apontam para a real necessidade do fortalecimento das instituições governamentais nos três níveis.

A participação individual ou coletiva da mulher teresinense, superando antigos e novos obstáculos, com apoio de lideranças políticas municipais, da comunidade, das instituições religiosas e educacionais, através das políticas públicas desenvolvidas, permitiram na atualidade a presença de mulheres na câmara de vereadores, em um índice perto de 12% (doze por cento), muito pouco, dadas as proporções mínimas de 30% (trinta por cento) prevista na lei eleitoral vigente, consoante índice oficial do eleitorado registrado após as eleições de 2014, diante da maioria populacional estadual formada por mulheres (51,4%), ou seja, 1.206.641 eleitoras.

A importância que existe na participação da mulher nos movimentos políticos e sociais é tão necessária que permite a esta pesquisa abrir um parêntese nesse ponto, relacionando tal questão com *Vox*, onde vê-se a "culpa consciente" da personagem Dra. McClellan, nas linhas do texto: "[...] e minha culpa começou há duas décadas, na primeira vez em que não votei, nas vezes incontáveis em que disse a Jackie que estava ocupada demais para ir a uma das suas passeatas, fazer cartazes ou ligar para meus congressistas." (DALCHER, 2018, p. 15). Assim, vê-se o quão é relevante para as mulheres levantarem suas vozes em todos os aspectos sociais, em princípio de igualdade. Toda vez que uma mulher deixa de exercer seus direitos, a sociedade regride.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Espera-se que as informações reunidas neste trabalho levem à reflexão sobre a necessidade de fortalecimento democrático das instituições municipais e o surgimento de novas lideranças femininas, exigindo-se elevar a presença das mulheres teresinenses nos três níveis de poder e justiça, na igualdade de gênero da política democrática.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA. Antônia Valtéria Melo; LANDO, Giorge André. (Orgs). **Direitos**, **Democracia** e **Constituição**. Teresina: EDUFPI, 2018. 304 p. ISBN: 978-85-509-0283-8.

AMARAL, A. C. **Os Direitos Humanos fundamentais das mulheres na sociedade brasileira moderna**. In: Jusbrasil, 2017. Disponível em: https://andersoncamaral.jusbrasil.com.br/artigos/423007159/os-direitos-humanos-fundamentais-das-mulheres-na-sociedade-brasileira-moderna. Acessado em abril de 2019.

AMARAL. Carlos Eduardo Rios do. **Revista Consultor Jurídico**, 6 de abril de 2018.

BERNARDES, Luana. **Fundamentalismo**. Disponível em: https://www.todoestudo.com.br/historia/fundamentalismo. Acessado em setembro de 2019.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** Tradução: Maria Helena Kühner. 11° ed. Editora Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2012. 160p.

BRASIL. **Câmara Municipal de Teresina.** Biografia - Vereadoras. 2016. Disponível em: http://www.splonline.com.br/cmteresina/vereador.aspx?id=5. Acessado em outubro de 2019.

_____. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) e a Lei Maria da Penha. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7874&revista_caderno=16. Acessado em abril de 2019.

_____. **Constituição Federal de 1988** (CF/88). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em abril de 2019.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho** – CLT/1943. Decreto-Lei nº 5.452 (1 de maio de 1943), "trabalho noturno e a não maneabilidade de pesos

superiores a 20kg". Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1932-05-17;21417. Acessado em abril de 2019.

_____. **Decreto 21076 / 1932.** Código Eleitoral Provisório de 24 fev. de 1932. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html. Acessado em abril de 2019.

_____. **Decreto nº 21.417/1932-A de 17 maio de 1932**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-a-17-maio-1932-526754-publicacaooriginal-1-pe.html - Acessado em abril de 2019.

_____. **Lei nº 9.504/1997 – Lei das Eleições**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acessado em abril de 2019.

_____. **Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006**. Disponível em: https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/95552/lei-maria-da-penha-lei-11340-06 – Acessado em abril de 2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal – STF:** julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5617**,** com base no art. 10, parágrafo 3º, da Lei nº 9.504/1997 – Lei das Eleições. Disponível em: a https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/. Acessado em abril de 2019.

_____. **Supremo Tribunal de Justiça - STJ**: as 4 súmulas da Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/O-direito-as-mulheres-e-suas-conquistas". Acessado em abril de 2019.

_____. **As mulheres do Brasil**: depois de 177 anos, uma mulher no topo do Judiciário. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-mar-30/depois-177-anos-supremo-mulher-presidenciana. Acessado em abril de 2019.

_____. **STF garante mínimo de 30% do fundo partidário destinados a campanhas para candidaturas de mulheres**. STF, março de 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=372485. Acessado em abril de 2019.

BRASIL. **+ Mulheres na política:** retrato da sub-representação feminina no poder. – Brasília: Senado Federal, Procuradoria Especial da Mulher, 2016. 164 p. Disponível em:

http://www.mulheresprogressistas.org/AudioVideo/MaisMulheresnaPolitica.pdf. Acessado em abril de 2019.

CANCIAN, Renato. Feminismo: movimento surgiu na Revolução Francesa. **Pedagogia & Comunicação**, 08/03/2016, p. 1, 2016. Disponível em: https://educacao.uol.com.br/disciplinas/sociologia/feminismo-movimento-surgiu-na-revolucao-francesa.htm. Acessado em abril de 2019.

DALCHER, Christina. **Vox**. Tradução de Alves Calado. São Paulo: Archeiro, 2018. 320 p.

FERNANDO, Robson. **Androcentrismo e exclusão da mulher na linguagem**. Acerto de contas, julho de 2009. Disponível em: http://acertodecontas.blog.br/artigos/androcentrismo-e-exclusao-da-mulher-na-linguagem/. Acessado em setembro de 2019.

GABATZ, Celso. MARTINS, Janete Rosa. A intolerância, diversidade e fundamentalismo religioso no Brasil**:** a mediação como alternativa à resolução de conflitos na contemporaneidade. **Revista do Mestrado em Direito - RVMD**. Brasília/DF, V. 10, nº 2, p. 287-313, jul-dez.,2016. Disponível em: https://bdtd.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/7378/4784. Acesso em abril de 2019.

GERHARD, Ute. Sobre a liberdade, igualdade e dignidade das mulheres: o direito "diferente"

de Olympe de Gouges. In: BONACCHI, Gabriela; groppi, Angela (Org.). **O dilema da cidadania: direitos e deveres das mulheres**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 7. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2011, p. 4.

GOMES, Larissa Peixoto Vale. Elegendo mulheres: ideologia partidária, feminismo e inclusão de mulheres na política. **Revista Eletrônica de Ciência Política**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 35-53, 2016.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Nietzsche e o feminino. **Natureza humana**, v. 4, n. 1, p. 9-31, 2002.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 2017. Atlas, 8. Ed. – [2ª Reimpr.] – São Paulo. ISBN: 978-85-97-01012-1.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

LAZDAN, A. M.; MUZZETI, L. R.; REINA, F. T.; RIBEIRO, P. R. M. A dominação masculina de Pierre Bourdieu: críticas e reflexões a partir da psicologia analítica. **Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação**, v. 9, p. 470-487, 2014.

LISBOA, Teresa Kleba; MANFRINI, Daniele Beatriz. Cidadania e equidade de gênero: políticas públicas para mulheres excluídas dos direitos mínimos. **Katálysis**, v. 8 v.1. Jan.-jun./2005. Florionópolis SC 67/77.

MENEGON, V. G. S.; MARTINS, M. J. L. *et al*. **Entre a autonomia e a dependência:** a luta das mulheres para a ampliação das fronteiras de atuação na política. In: ALVARENGA, A. V. M.; LANDO, G. A. (Orgs). Direitos, Democracia e Constituição. Teresina: EDUFPI, 2018. Capítulo 6, p. 125-138. ISBN: 978-85-509-0283-8.

MESQUITA. Jennyffer Pereira de. **Mulheres eleitas:** a produção de sentidos no espaço político local pelos jornais impressos de Teresina. [Dissertação]. Programa de Pós-Graduação em Comunicação - UFPI, Teresina - PI, 2013. 150f.

MIRANDA, Marloren Lopes. Sobre os papéis do homem e da mulher no conceito de família da Filosofia do Direito de Hegel. **Griot: revista de filosofia**, v. 13, n. 1, p. 287-305, 2016.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEPOMUCENO, Nuno. À conversa com... Christina Dalcher. In: **No conforto dos livros**. Julho de 2019. Disponível em: https://no-conforto-dos-livros.webnode.com/news/a-conversa-com-christina-dalcher/. Acessado em setembro de 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2009, 3ª ed. p. 503-506.

PEREIRA, E. S. **E-Diáspora Cabila**: notas sobre a migração conectada contemporânea. Campós, Porto Alegre – RS, 2019. Disponível:http://www.compos.org.br/biblioteca/trabalhos_arquivo_P1Q4UP0KKAR11J836H8T_28_7895_22_02_2019_13_53_12.pdf. Acessado em maio de 2020.

ROCHA. O. C. L. **Feminismo e escrita de mulheres no Piauí (1875-1925).** ANPUH, Brasil. Natal-RN: julho, 2013. Disponível em: http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1364699481_ARQUIVO_OLIVIARROCHAANPUH2013.pdf. Acessado em abril de 2019.

SENKEVICS, A. S. **O conceito de gênero por Pierre Bourdieu**: a dominação masculina. Ensaios de Gêneros. 15 de set. de 2013. Fonte:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

https://www.geledes.org.br/o-conceito-de-genero-por-pierre-bourdieu-a-dominacao-masculina/. Acessado em setembro de 2019.

SEVERI, F. C. **Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha**: elementos do projeto jurídico feminista no Brasil. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/107/tde-22062017-093152/pt-br.php. Acessado em junho de 2019.

SILVA, A. O. **Filósofos e pensadores contra as mulheres**. 02/07/2011. Disponível: https://antoniozai.wordpress.com/2011/07/02/. Acessado em junho de 2019.

SOUSA, N. M. R. de. **Trajetória do movimento feminista em Teresina no final do século XX**. ANPUH, Brasil. Natal-RN: julho, 2013. Disponível em: http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1364855391_ARQUIVO_TrajetoriadomovimentofeministaemTeresinanofinaldoseculoXX.pdf. Acessado em setembro de 2019.

SPELLER, John R. W. **Bourdieu e a Literatura**. Tradução de Wander Nunes frota. Teresina: EDUFPI, 2017, 200 p.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **A Reivindicação dos Direitos da Mulher**. (A Vindication of the Rights of Woman). Disponível em: http://www.encontro2016.pr.anpuh.org/resources/anais/45/1468180774_ARQUIVO_TextoCompletoAnaisAnpuh2016CuritibaBrunaMassuia.pdf. Acessado em abril de 2019.

YOUNG, Katherine K.; NATHANSON, Paul. **Legalizing Misandry**. 2006, p. 309. Disponível em: https://angicoesuaslendas.blogspot.com/2017/10/ginocentrismo.html Acessado em setembro de 2019.

_____. **Sanctifying Misandry**. 2010 p.58. Disponível em: https://angicoesuaslendas.blogspot.com/2017/10/ginocentrismo.html – Acessado em setembro de 2019.

TORRES, D. P. A importância dos direitos políticos. **Revista Eletrônica da EJE**: ano 4, n. 2 fev./mar. de 2014.

---

[1] Professora do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. Doutoranda em Direito pelo UNICEUB- Centro Universitário de Brasília. E-mail: msrcoelho@yahoo.com.br

[2] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI, __ de junho de 2020.

[3] Escritora, linguista e professora universitária com doutorado pela Universidade de Georgetown/Washington D. C./EUA.

[4] Nancy. M. Henley (Ph.D. em Psicologia pela Universidade John Hopkins, 1968. Professora Emérita).

[5] E-Diáspora Cabila: notas sobre a migração conectada contemporânea. Campós, Porto Alegre – RS, 2019. Disponível:http://www.compos.org.br/biblioteca/trabalhos_arquivo_P1Q4UP0KKAR11J836H8T_28_7895_22_02_2019_13_53_12.pdf.

[6] Em 1791, a revolucionária francesa Olímpia de Gouges compôs uma célebre declaração, proclamando que a mulher possuía direitos naturais idênticos aos dos homens e que, por essa razão, tinha o direito de participar, direta ou indiretamente, da formulação das leis e da política em geral. Embora tenha sido rejeitada pela Convenção, a declaração de Gouges é o símbolo mais representativo do feminismo racionalista e democrático que reivindicava igualdade política entre os gêneros masculino e feminino.

[7] De androcentrismo - Termo criado pelo sociólogo americano Lester F. Ward em 1903. Está intimamente ligado à noção de patriarcado. Entretanto, não se refere apenas ao privilégio dos homens, mas também à forma com a qual as experiências masculinas são consideradas como as experiências de todos os seres humanos e tidas como uma norma universal, tanto para homens quanto para mulheres, sem dar o reconhecimento completo e igualitário à sabedoria e experiência feminina.

[8] Fundamentalismo é a doutrina ou prática religiosa que interpreta de modo literal as escrituras sagradas. A expressão foi formalmente definida pela primeira vez em 1920, por um pastor americano da Igreja Batista, chamado Curtis Lee Laws. Laws estava vinculado ao movimento protestante americano que era contrário ao segmento protestante liberal de fins do século XIX. Nesse sentido, o termo, na sua origem, era um movimento protestante para reafirmar os fundamentos da fé cristã. Hoje em dia, fundamentalismo significa um movimento religioso que adere de maneira extrema aos princípios de sua religião; (BERNARDES, 2019).

[9] - Assim ficou conhecida a luta pelos direitos das mulheres na Constituinte.

[10] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. - § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A ESTRUTURAÇÃO DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: DESAFIOS PARA A EFETIVIDADE DA LGPD

JOSÉ JERÔNIMO NOGUEIRA DE LIMA: Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Advogado. Sócio do escritório Innocenti Advogados Associados. Endereço: Alameda Santos, 74, 10º andar, CEP 01418-000

Resumo: o artigo analisa o desenho institucional atribuído a Autoridade Nacional de Proteção de Dados pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, especialmente no que se refere a sua independência como órgão regulador frente a ampla competência definida pela LGPD, inclusive de regular o tratamento de dados por entes estatais, mediante uma análise comparativa com a estrutura das Agências Regulatórias Federais, bem como considerando a experiência internacional na configuração desse modelo regulatório de proteção de dados, com o objetivo de suscitar o debate acerca da suficiência dos atributos institucionais conferidos ao órgão frente aos desafios impostos pela LGPD.

Sumário: Introdução. 1. Da Autoridade Nacional de Proteção de Dados na LGPD. 1.1. Organização administrativa. 1.2. Competência da ANPD. 2. Panorama da regulação exercida pelas Agências Reguladoras Federais. 2.1. Histórico das Agências Reguladoras. 2.2. Da independência das Agências Reguladoras. 2.3. Da independência formal das Agências Reguladoras. 2.4. Da "nova lei das Agências Reguladoras" (Lei nº 13.838/2019). 3. Da experiência internacional. 3.1. GPDR: a exigência de uma autoridade de dados independente para a transferência transnacional de dados. 3.2. A independência regulatória exigida pela GPDR. 4. Regulação prevista na LGPD. 4.1. Regulação estatal e o paradigma do Banco Central do Brasil. 4.2. Do déficit de autonomia institucional da ANPD. 4.3. Estrutura regimental da ANPD. 4.4. Da natureza de órgão público. 4.4. Da política de pessoal. 4.6. Autonomia financeira. Conclusão.

Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018) foi editada com o objetivo de proteger os dados de pessoas físicas, com fundamento nos direitos fundamentais da liberdade de expressão, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (artigo 1º e 2°). A lei brasileira não se restringiu ao meio virtual, mas a todos os meios pelos quais os dados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

das pessoas podem ser extraídos, no entanto, é no meio virtual que verificamos as maiores preocupações acerca da proteção de dados.1

O debate que permeou a edição da lei nacional foi movido em um momento de ampla discussão acerca da titularidade dos dados pessoais e a forma de tratamento desses dados, em um contexto em que os dados pessoais se converteram num grande ativo para a denominada economia da informação, onde a ciência aplicável a organização desses dados (Big Data) viabilizou a sistematização dos hábitos de consumo dos cidadãos, por meio de algoritmos capazes de automatizar tendências pessoais, o que proporcionou aos atores do mercado a possibilidade de se empreender de forma estratégica2.

Frank Pasquale (apud FRAZÃO, 2019, p. 42) resume de maneira contundente a forma com que os dados pessoais são tratados pelas diversas plataformas: "No seu livro Turing's Catedral, Jorge Dyson afrma que o Facebook define que somos, a Amazon define o que queremos e o Google define o que pensamos."3.

Shoshana Zuboff cunhou o atual estágio da sociedade com a expressão "capitalismo de vigilância", considerando a invasão das diversas plataformas na vida privada dos indivíduos, onde a interação nas redes passa a ser a matéria-prima de um mercado que tem como base a extração e o tratamento descontrolado de dados pessoais, sendo o atual cenário denominado pelo autor como *Big Other*, pelo fato dessa vigilância ser realizada de forma ampla e pulverizada pelos diversos *players* do mercado4.

No plano político internacional verificamos denúncias de coleta e tratamento abusivo de dados, a exemplo das revelações do ex-agente da National Security Agency Edward Snowden de um grande sistema de vigilância da população americana, bem como a suspeita de manipulação das eleições americanas de 2016, embora inexista evidências concretas de que o *Facebook* e a *Cambridge Analytics* tenham interferido no resultado das eleições. Os exemplos mencionados evidenciam como as plataformas detêm grandes quantidades de dados e significativo poder de

1 FRAZÃO. Ana. Fundamentos da Proteção dos Dados Pessoais. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; SILVA, Milena Donato da (Coordenação). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Direito Brasileiro. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 31/32.

2 BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais e a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 10/12.

3 FRAZÃO. Ana. Op. cit., p. 42.

4 ZUBOFF, Shoshana. Big Other: Suerveillance Capitalism and the Prospetcs of na Information Civilization. Journal of information. Jorunal of Information, 04 abr. 2015, p. 85. Disponível em: < https://cryptome.org/2015/07/big-other.pdf>. Acesso em: 05 maio 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

determinação da vontade dos seus usuários, sendo assim hipoteticamente capazes de inclusive interferir em processos políticos, o que representa um risco real aos Estados e a democracia.56

É dentro desse contexto que a União Europeia (UE) promulgou o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu nº 679, aprovado em 27 de abril de 2016 (GPDR), com o objetivo de "harmonizar a defesa dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares em relação às atividades de tratamento de dados e assegurar a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-Membros". Os países que mantém relações comerciais com a Europa se viram obrigados a editar normativo com conteúdo adequado ao regulamento europeu, do contrário poderiam ter algum tipo de dificuldade comercial junto aos países membros da União Europeia, a exemplo da impossibilidade de receber dados pessoais de cidadãos europeus, por não terem nível correspondente de proteção de dados.78.

A experiência da autorregulação dos dados pessoais pelo mercado evidenciou ser insuficiente, na medida em que as empresas utilizavam dos dados pessoais de forma abusiva, por vezes de forma discriminatória, a exemplo da recente multa aplicada pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) a Decolar.com pela pratica conhecida como *geo pricing* e *geo blocking,* ante o emprego de tarifas e disponibilização de ofertas de acordo com a localização geográfica do consumidor, evidenciado no caso que computadores de São Paulo tinham tarifas até 29% superiores aos ofertados aos localizados em Buenos Aires para as mesmas acomodações.

No plano recente as iniciativas de combate ao COVID-19 envolveram a parceria estatal, nos mais diversos níveis, com operadoras de celular para monitorar aglomerações que, apesar de envolver supostamente dados agregados que seriam anonimizados, suscitou questionamentos acerca da possibilidade da individualização pessoal e da obtenção de dados considerados sensíveis pela LGPD, como a informação acerca da saúde do cidadão, o que levantou questões acerca da acerca da transparência de tais ações e do nível de proteção da privacidade no tratamento desses dados.

5 FRAZÃO. Ana. Op. cit., p. 46.

6 Disponível em: http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html. Acesso em 23 mar 2020.

7 Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_pt. Acesso em 30 mar 2020.

8 PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei nº 13.709/2018 (LGPD). 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 212.

Foi diante do amplo debate acerca da titularidade e da forma com que os dados pessoais são tratados não só pelas empresas como também pelos governos, que tivemos a criação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais com a previsão de um regulador denominado Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), com poderes de normatização, implementação, gerenciamento e aplicação de sanções pelo descumprimento da lei.

O presente artigo tem a finalidade de suscitar o debate acerca da importância da Autoridade Nacional de Proteção de Dados como o agente estatal responsável pela efetividade da LGPD, considerando o extenso plexo de competências que lhe foi atribuída dentro do sistema jurídico da proteção de dados pessoais.

A abordagem a ser adotada para esse fim terá como foco a adequação do desenho institucional que a lei conferiu a ANPD, de órgão vinculado a Administração Direta, suscitando questionamentos acerca da independência do regulador frente ao ente que lhe cabe fiscalizar no exercício de tratamento de dados, considerando para tanto o histórico de modelagem das Agências Reguladoras Federais.

O artigo é dividido em quatro tópicos, o primeiro objetiva espelhar a configuração jurídica atribuída pela LGPD a ANPD, com suas competências e sua natureza jurídica transitória de órgão vinculado a Administração Direta, o segundo trata do modelo regulatório historicamente atribuído as Agências Regulatórias Federais com sua base conceitual e normativa, o terceiro aborda a experiência internacional, especialmente o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu nº 679/ de 2016 (GPDR) que introduziu exigências para a transferência de dados com países não integrantes do bloco, notadamente um regulador independente, e, por fim, a análise do desenho institucional atribuído a ANPD e sua relativa independência dentro de uma análise comparativa em relação ao modelo jurídico das Agências Federais.

1. Da Autoridade Nacional de Proteção de Dados na LGPD

1.1. Organização administrativa

artigo 55-A da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, na redação conferida pela Lei nº 13.853/2019, estabeleceu a criação, sem aumento de despesas, da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) com a natureza de "órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República".

A conformação da ANPD como órgão é transitória (artigo 55-A, §1º), podendo ser "transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

República" em até 2 (dois) anos da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD (art. 55-A, §2º).

ANPD terá estrutura regimental definida pela Presidência da República (art. 55-G), cargos em comissão e função de confiança remanejados de outros órgãos e entidades da Administração Federal (art. 55-H) e, nesse período de transição para uma possível readequação institucional para o formato de autarquia especial, a ANPD irá contar com apoio técnico e administrativo da Casa Civil (art. 55-G, §1º).

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados será composta pelos seguintes órgãos: (1) Conselho Diretor, órgão máximo de direção, (2) Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, (3) Corregedoria, (4) Ouvidoria, (5) órgão de assessoramento jurídico próprio e (6) Ouvidoria, sendo a competência e composição dos dois primeiros órgãos previstos na LGPD e os demais dependentes de criação por ato normativo posterior.

O Conselho Diretor, órgão máximo de direção da entidade, é composto de 5 membros (art. 55-D), nomeado pela Presidência da República, após aprovação do Senado Federal (art. 55-D, §1º), com reputação ilibada e formação compatível (art. 55-D, §2º) e mandato de quatro anos (art. 55-D, §3º), com a possibilidade de perda do cargo por renúncia, condenação judicial transitada em julgada ou aplicação de pena de demissão em processo disciplinar (art. 55-E), sujeito as causas que configuram o conflito de interesses, após exercício do mandato, previstas no art. 6º da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 (art. 55-F).

O Conselho Nacional de Proteção de Dados e Privacidade é órgão multissetorial, com as competências previstas no artigo 58-B da LGDP, notadamente (1) propor diretrizes para elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e para atuação da ANPD, (2) elaborar relatórios, estudos, realizar debates, audiências públicas e realizar ações para divulgação da proteção de dados910.

O artigo 55-H assegurou a autonomia técnica e decisória da ANPD. Com relação ao seu custeio, a lei de proteção de dados previu que suas receitas seriam

9 LUCCA, Newton de; LIMA, Cintia Rosa Pereira de. Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) e Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade. In: LIMA, Cintia Rosa Pereira de (Coordenação). Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 383.

10 O Conselho Nacional de Proteção de Dados e Privacidade tem composição paritária, sendo integrado por: (I) Administração Pública: 5 membros do Administração Federal, 1 do Senado, 1 da Câmara dos Deputados, 1 do CNJ, 1 do CNMP e 1 membro do Comitê Gestor de Internet do Brasil; (II) sociedade civil: 3 membros da sociedade civil com atuação em proteção de dados pessoais, 3 de instituições de pesquisas; 3 de confederações sindicais, 2 do setor empresarial e 2 de entidades representativas do setor laboral.

decorrentes de: (1) dotações orçamentárias; (2) doações, legados, subvenções; (3) do resultado de aplicações de receitas no mercado financeiro; (3) negócios jurídicos celebrados com entidade públicas e privadas, nacionais e internacionais; (4) o produto da venda de materiais de caráter técnico elaborado pelo órgão.

1.2. Competência da ANPD

O artigo 55-J da LGPD prevê um rol das atribuições regulatórias da ANPD, as quais organizamos no quadro abaixo em competências de coordenação das políticas para a implementação da LGPD, atribuições de fiscalizatórias, normativas e sancionatórias.

COMPETÊNCIAS DA ANPD (Art. 55-J)	
COORDENAÇÃO	- elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (inc. III); - promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança (inc. VI); - promover e elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade (inc. VII); - ouvir os agentes de tratamento e a sociedade em matérias de interesse relevante e prestar contas sobre suas atividades e planejamento (inc. XIV); - comunicar às autoridades competentes as infrações penais das quais tiver conhecimento (inc. XXI); - comunicar aos órgãos de controle interno o descumprimento do disposto nesta Lei por órgãos e entidades da administração pública federal (inc. XXII); - estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais (inc. VII); - promover ações de cooperação com autoridades de proteção de dados de outros países (inc. IX); - articular-se com autoridades reguladoras (inc. XXIII);
FISCALIZATÓRIAS	- zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação (inc. I); - fiscalizar (inc. IV); - solicitar do poder públicos informações sobre as atividades de tratamento de dados (inc. XI); - realizar auditorias ou determinar sua realização (inc. XIX);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

	- garantir que o tratamento de dados de idosos seja feito de forma simples (inc. XIX);
NORMATIVAS	- dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados pessoais (inc. XIII); - editar normas, orientações e procedimentos (inc. XVIII); - deliberar administrativamente sobre a interpretação da LGPD (XX);
SANCIONATÓRIAS	- aplicar sanções, nas hipóteses de descumprimento da lei, mediante processo administrativo, sendo assegurado o contraditório, a ampla defesa e o direito a recurso (inc. IV); - apreciar pedidos dos titulares de dados contra os controladores (inc. V); -celebrar compromisso com agentes de tratamento para eliminar irregularidades (inc. VII); - implementar mecanismos simplificados para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais (XXIV).

Fonte: elaboração própria

Pela textura das competências atribuídas a ANPD pela lei de proteção dados pessoais, fica evidente a sua importância dentro do cenário da legislação que está a implementar, pois, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados é a figura central para a aplicação da lei, em um contexto onde os agentes de tratamento de dados pessoais, tanto do setor público como do privado, estarão sujeitos a sua atividade regulatória, especialmente no campo sancionatório, com a possibilidade de imposição de penalidades11.

2. Panorama da regulação exercida pelas Agências Reguladoras Federais

2.1. Histórico das Agências Reguladoras

A reforma administrativa proposta no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995, com finalidade de reduzir o déficit público e redefinir a atuação

11 Conforme o artigo 52 da LGPD, as penalidades pelas infrações a lei são: advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração (infração não aplicável aos Entes Públicos); multa diária, observado o limite total aplicável a multa (infração não aplicável aos Entes Públicos); publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência; V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estatal nas áreas econômicas e sociais, mediante a adoção de " instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços sociais", aliado ao ideário de reforma econômica viabilizadora da concorrência internacional no cenário de globalização, determinou a diminuição do Estado com a privatização de serviços básicos.1213

Com base nesse quadro de mudança do paradigma de intervenção estatal no domínio econômico e social, foi editada a Lei nº 8.987/1995 que alterou o regime das concessões para viabilizar a participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos e a edição as Emendas Constitucionais nº 8/95 e 9/5 que permitiram a participação privada nos setores de telecomunicações e exploração de petróleo14.

As agências reguladoras não são sinônimos de serviços privatizados, mas sua introdução no Brasil coincidiu com a agenda de privatizações ocorridas no final da década de 90, a exemplo das agências dos setores de telecomunicações (ANATEL) e energia elétrica (ANEEL) para a regulação de um setor relevante da economia, mas não ficou restrita aos serviços privatizados como podemos verificar da ANS criada na qualidade de ente regulador dos serviços de saúde15.

Dessa forma, "a regulação é – isso sim – característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica".16

2.2. Da independência das Agências Reguladoras

A independência atribuída as agências reguladoras em relação ao Poder Executivo é traço característico desse novo modelo de intervenção estatal, aliás, sua neutralidade na qualidade de regulador, qualificada pela capacidade de tomar

12 Vide Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 25 mar 2020.

13 COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2000, p. 193.
14 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2000, p. 159.
15 SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução as Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2000, p. 19/22.

16 SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p.220.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

decisões técnicas sem a interferência de um ator político, é requisito exigido pelo mercado para ingressar em um dado setor com competitividade.

Celso Antonio Bandeira de Mello registra que a qualificação autarquias "sob regime especial" atribuída as agências reguladoras que a difere das demais autarquias, diz respeito a investidura e a estabilidade dos mandatos dos seus dirigentes, tendo em vista que os demais caracteres do instituto relacionados a autonomia administrativa e ausência de subordinação hierárquica é ponto comum nas autarquias em maior ou menor grau17.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define o regime especial conferido as agências reguladoras como sendo, em regra, a maior autonomia em relação a Administração Direta, a estabilidade dos seus dirigentes e ao caráter final de suas decisões18.

Floriano de Azevedo Marques Neto, por sua vez, entende que a concretização da independência das agências reguladoras é verificada pela adoção de um desenho institucional que proporcione:

> "i) a estabilidade dos dirigentes; ii) a autonomia da gestão do órgão; iii) o estabelecimento de fontes próprias de recursos para o órgão, se possível, geradas do próprio exercício da atividade regulatória; iv) a não-vinculação hierárquica a qualquer instância de governo; v) a inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial"19.

Em análise acerca do regime jurídico especial da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Benedicto Porto Neto ressaltou o elevado grau de independência da agência, considerando as seguintes características: (i) autonomia administrativa e financeira; (ii) ausência de subordinação hierárquica; e (iii) estabilidade dos seus dirigentes.20

17 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 178.

18 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p.469.

19 NETO, Floriano de Azevedo Marques. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2000, p. 88.

20 NETO, Benedicto Porto. A Agência Nacional de Telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2000, p. 287/288.

A Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 alterou dispositivos relativos ao regime jurídico das Agências Reguladoras, com a finalidade de aperfeiçoar o sistema vigente com vistas a "preservar sua autonomia e independência, imprescindíveis ao seu bom funcionamento", tendo absorvido no seu artigo 3º o ponto convergente na doutrina acerca da autonomia das Agências Reguladoras, ao prever que sua "natureza especial" é caracterizada pela: (i) ausência de subordinação hierárquica, (ii) autonomia a decisória, administrativa, financeira e funcional, (iii) bem como a investidura dos seus dirigentes para cumprimento de mandato por prazo certo.21

2.3. Da independência formal das Agências Reguladoras

Pesquisadores de diversas matizes como Fabrizio Gilardi, Luiz Gutierrez e Alexandre Gueventher buscaram definir critérios para mensurar o grau de independência das Agências Reguladoras, sendo comum a identificação de indicadores lastreados na independência formal, de caráter objetivo e considerando o desenho institucional da entidade, levando em conta aspectos relacionados a: (i) estabilidade dos seus dirigentes (forma de nomeação, estabilidade e tempo de mandato dos diretores); (ii) autonomia administrativa e orçamentária e (iii) ausência de subordinação hierárquica.22

No Brasil, uma das primeiras pesquisa acerca da qualidade regulatória realizada por Correa et al (2006) levou em consideração indicadores para análise da autonomia formal, baseada no modelo institucional da agência, bem como a autonomia de fato, focada em procedimentos adotados pelas entidades para concluir, em síntese, que os atributos formais não asseguram uma atuação autônoma da agência, devendo ser levado em consideração indicadores relacionados a procedimentos decisórios adotados na práxis da sua atuação, ou seja, os atributos relacionados a independência de fato.23

No presente estudo iremos fazer um recorte acerca dos indicadores relacionados a independência formal relacionada ao modelo institucional atribuído por lei a Agência, não que a independência de fato, substantiva, não seja importante, mas porque o foco de análise é a Autoridade Nacional de Proteção de Dados,

21 Vide justificativa constante do texto inicial da PLS 52/2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111048>. Acesso em: 20 abr 2020.

22 GILARDI, F. The Formal Independence of Regulators: a comparison of 17 countries and 7 sectors. **Swiss Political Science Review**, v. 11, n. 4, p. 139-167, 2005. GUTIERREZ, L. Regulatory Governance in the Latin American Telecomunications Sector. **Utilities Policy**, n. 11, 2003. GHEVENTER, A. **Autonomia versus controle**: origens do novo marco regulatório antitustre na América Latina e seus desafios sobre a democracia. Belo Horizonte:Editora da UFMG, 2005.

23 CORREA, P. et al. Regulatory governance in infrastructure industries: assessment and measurement of Brazilian regulators. Washington: World Bank, World Bank Publications, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

regulador que ainda não se encontra instrumentalizado e em funcionamento, de forma que não há parâmetros para uma análise acerca dos procedimentos que serão adotados pela instituição.

Mariana Batista da Silva em monografia sobre a independência das agências reguladoras, realizou análise acerca da independência formal das agências visando identificar o grau de autonomia que se extrai dos seus modelos institucionais, com base no modelo proposto por Alexandre Gueventher.24 Abaixo relacionamos as tabelas elaboradas pela pesquisadora com suas conclusões:

Tabela 1: índice de Independência Formal

Variável	Descrição	Codificação
Mandato	O mandato dos diretores é superior ou igual a quatro anos?	1 (sim) 0,5 (≤ quatro anos) 0 (sem mandato fixo)
Indicação	A indicação dos diretores é compartilhada?	1 (sim) 0 (não)
Demissão	A demissão é apenas possível com sentença?	1 (sim) 0,5 (início do mandato) 0 (não)
Recondução	A recondução é proibida?	1 (sim) 0 (não)
Experiência	É necessário que os diretores possuam conhecimento específico na área de regulação?	1 (sim) 0 (não)
Autorização	A agência toma decisões sem a necessidade de autorização do governo?	1 (sim) 0 (não)

24 SILVA, Mariana Batista da. Independência após a delegação? Uma análise exploratória da interferência política nas Agências Regulatórias Brasileiras. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Revisão	As decisões da agência são passíveis de revisão apenas no Judiciário?	1 (sim) 0 (não)
Recursos	O orçamento é definido pela própria agência?	1 (sim) 0 (não)
Pessoal	A agência tem o comando da sua política de pessoal?	1 (sim) 0 (não)
Procedimentos	Os procedimentos da agência só podem ser modificados com anuência do Legislativo?	1 (sim) 0 (não)

Fonte: Mariana Batista da Silva (2010, p. 53)

Tabela 2: Independência formal das Agências Reguladoras Brasileiras

Agência	Mandato	Indicação	Demissão	Recondução	Experiência
ANEEL	1	1	0,5	0	1
ANATEL	1	1	1	0	1
ANP	1	1	1	0	1
ANVISA	0,5	1	0,5	0	1
ANS	0,5	1	0,5	0	1
ANA	1	1	0,5	0	1
ANTAQ	1	1	1	0	1
ANTT	1	1	1	0	1
ANCINE	1	1	1	0	1
ANAC	1	1	1	0	1

Agência	Autorização	Revisão	Recursos	Pessoal	Procedimentos
ANEEL	0	1	0	1	0
ANATEL	1	1	0	1	0
ANP	1	1	0	1	0
ANVISA	1	1	0	1	0
ANS	1	1	0	1	0
ANA	0	1	0	1	0
ANTAQ	0	1	0	1	0
ANTT	0	1	0	1	0
ANCINE	0	0	0	1	0
ANAC	0	1	0	1	0

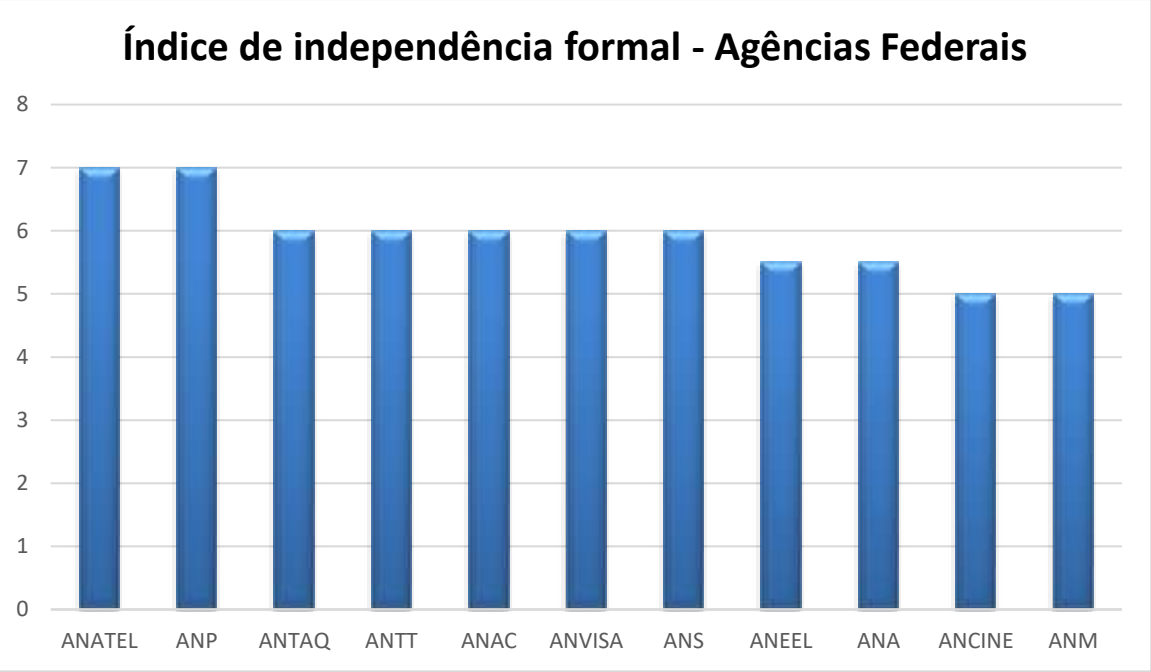
Fonte: Mariana Batista da Silva (2010, p. 55/56)

Dos 10 indicadores utilizados pela pesquisadora, cinco não tiveram variação entre as agências: (i) **orçamento** baseados em recursos próprios, como taxas e multas, bem como recursos orçamentários do tesouro, sendo necessária a observação quanto ao contingenciamento do orçamento da Agência pelo Executivo que reflete redução na sua autonomia orçamentária; (ii) a **política de pessoal**, por meio de legislação própria, detendo a diretoria autonomia para alocação de recursos humanos; (iii) **experiência específica no campo de atuação**; iv) **indicação seguida de aprovação pelo Senado Federal; v) possibilidade de modificação de procedimentos** da Agência pelo Executivo por meio de Medidas Provisórias25;

As diferenças ficam por conta do status dos diretores: (i) **mandatos** fixos, sendo que apenas duas agências possuem mandato inferior a quatro anos (ANVISA e ANS); (ii) **demissão** por sentença judicial e também em alguns casos no início do mandato; (iii) impossibilidade de **recondução**, o que torna os diretores mais independentes por não ser possível a renovação do mandato; (iv) necessidade de **aprovação** de suas decisões pelo Governo; (v) **impossibilidade de revisão** das suas decisões pelo Governo.

A título ilustrativo apresentamos o gráfico abaixo acerca do grau de independência das Agências Reguladoras Brasileiras, com base nos indicadores utilizados por Batista que levaram em conta o modelo proposto por Alexandre Gueventher, oportunidade que incluímos a recém criada Agência Nacional de Mineração (ANM) utilizando os mesmos indicadores, mas sem considerar a ANPD, posto que será objeto de estudo em capítulo próprio.

25 Citamos a título de exemplo a reversão da delegação de poderes para estabelecer os termos do contrato de concessão realizada pelo Governo Federal em relação a ANEEL em 2003, em meio à crise elétrica, por meio de Medida Provisória.



Fonte: elaboração própria

A conclusão acerca do grau de independência formal das agências, levando em conta os diversos modelos institucionais, é de que sob tais indicadores, há uma independência relativamente alta das Agências Reguladoras, sendo que as principais restrições seriam adstritas a questões inerentes a estabilidade dos seus diretores, a relativa autonomia orçamentária decorrente do contingenciamento de recursos e retenções de receitas próprias das Agências pelo Governo e a possibilidade de intervenção política nos procedimentos e competências da Agência por meio da edição de Medidas Provisórias.

2.4. Da "nova lei das Agências Reguladoras" (Lei nº 13.838/2019)

A Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, constituindo um marco legal das Agências Reguladoras Brasileiras. A mencionada lei prevê sua aplicação, como regra, às autarquias especiais caracterizadas como Agências Reguladoras e criadas a partir de sua vigência (artigo 2º, parágrafo único).

O artigo 3º da Lei nº 13.848/2019 estatuiu o entendimento consagrado na doutrina de que a natureza "especial" conferida a as agências reguladoras é determinada pela: (i) ausência de subordinação hierárquica, (ii) autonomia a decisória, administrativa, financeira e funcional, (iii) bem como a investidura dos seus dirigentes para cumprimento de mandato por prazo certo.

Com relação ao status dos dirigentes, a Lei nº 13.848/2019 fixou o prazo mandato em cinco anos de forma linear para todas as agências reguladoras, regras

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de transição para a não coincidência dos mandatos, regras para a vacância, vedou a recondução ao cargo, aumentou a chamada quarentena de quatro para seis meses, estabeleceu requisitos relacionados a efetiva experiência profissional e formação compatível com o cargo, bem como vedou a nomeação de caráter político (art. 42)

No que respeita a autonomia administrativa e de pessoal da Agência Reguladora, ressaltou a lei ser de responsabilidade dos seus gestores "a representação da agência, o comando hierárquico sobre o pessoal e os serviços e o exercício de todas as competências administrativas correspondentes" (art. 42).

O §2º do artigo 3º da nova lei das Agências Reguladoras prevê que sua autonomia administrativa é caracterizada por competências listadas no dispositivo, a exemplo da solicitação ao Ministério da Economia para: (i) autorização para realização de concursos públicos; (ii) provimento de cargos; (iii) alterações no quadro pessoal e plano de carreiras. No entanto, a subordinação a tomada de decisões em políticas de gestão de pessoal a Administração Central pode, em maior ou menor medida, revelar uma incompatibilidade da Agência em dispor de forma autônoma da sua organização administrativa26.

De qualquer forma, no seu aspecto geral a lei procura munir as Agências Reguladoras de mecanismos visando estruturar sua independência em relação ao poder central, revelando a preocupação do legislador pátrio acerca da autonomia do agente regulador. Tanto é assim que o §6º do artigo 37 da Lei 13.878/2019 prevê que a delegação de poderes regulatórios próprios de Agências Federais somente poderá ser realizada se reguladores estaduais, distrital e Municipais gozarem "de autonomia assegurada por regime jurídico compatível com o disposto nesta Lei".

A Lei nº 13.848/2019 aponta para uma tendência onde "o poder legislativo tem tentado, por meio de sua atividade legislativa, diminuir a influência do poder executivo sobre as agências reguladoras", o que pode ser verificado pela finalidade constante da justificativa do projeto que deu origem a lei, pelas alterações no modelo institucional das Agências levadas a efeito pelo mencionado diploma legal, bem como pela positivação do conceito de autarquia de natureza "especial", atrelando-o aos indicadores de autonomia que a diferencia das demais autarquias, de forma a absorver o conceito doutrinário.27

3. Da experiência internacional

26 GARNICA, Vitor Gabriel. KEMPFER, Marlene. O fenômeno da captura e a independência das Agências Reguladoras no Brasil. Revista Brasileira de Filosofia do Direito. Belém, v. 5, n. 2, p. 43-60, Jul/Dez 2019.

27 SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. A intervenção do Congresso Nacional na Autonomia das Agências Reguladoras. Revista Estudos Institucionais. Rio de Janeiro, v. 5, n.2, p. 586-614, maio/dez. 2019.

3.1. GPDR: a exigência de uma autoridade de dados independente para a transferência transnacional de dados

O debate sobre o tema da proteção de dados pessoais na União Europeia (EU) resultou na edição do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu nº 679, aprovado em 27 de abril de 2016 (GPDR), o que levou os países não integrantes do bloco a adequarem sua legislação interna, tendo em vista que a referida norma contém exigências no sentido de que tais países devem contar com uma legislação de proteção de dados compatível, sob pena de terem prejudicada a relação comercial com os integrantes da União Europeia.28

O artigo 45, 1 do Regulamento 679/2016 (GPDR) prevê: "Pode ser realizada uma transferência de dados para um país terceiro ou uma organização internacional se a Comissão tiver decidido que o país terceiro, um território ou um ou mais setores específicos desse país terceiro, ou a organização internacional em causa, assegura um nível de proteção adequado. Esta transferência não exige autorização específica."

A independência da autoridade nacional de proteção de dados é um dos requisitos para que a Comissão de Proteção Dados Pessoais da UE avalie a adequação do nível de proteção atribuído a proteção de dados por um dado país em relação a GPDR.29

Ao apreciar o sistema de proteção dados de países da América Latina, ainda sob a vigência do artigo 25 Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 que previu regra semelhante à da GPDR, a Comissão Europeia reconheceu que o nível de proteção de dados assegurada na Argentina e no Uruguai era compatível ao estabelecido na União Europeia, analisando especialmente a adequação entre as legislações e a existência de um órgão independente para fiscalizar a execução da lei.30 Tal exigência ficou bastante evidente na decisão da Comissão em relação ao Uruguai:

---

28 PINHEIRO, Patrícia Peck. Op. cit., p. 196/225.

29 Artigo 45, 2, b do Regulamento 679/2016 (GPDR): A existência e o efetivo funcionamento de uma ou mais autoridades de controlo independentes no país terceiro ou às quais esteja sujeita uma organização internacional, responsáveis por assegurar e impor o cumprimento das regras de proteção de dados, e dotadas de poderes coercitivos adequados para assistir e aconselhar os titulares dos dados no exercício dos seus direitos, e cooperar com as autoridades de controlo dos Estados-Membros;

30 AGENTINA: 2003/490/CE: Decisão da Comissão, de 30 de junho de 2003, nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a adequação do nível de proteção de dados pessoais na Argentina (texto relevante para efeitos do EEE). Jornal Oficial nº L 168 de 05/07/2003 p. 0019-0022.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

URUGUAI: DECISÃO DE EXECUÇÃO DA COMISSÃO, de 21 de agosto de 2012, nos termos da Diretiva 96/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adequação do nível de proteção de dados pessoais pela República Oriental do Uruguai, no que se refere ao tratamento automatizado de dados [notificada com o número C (2012) 5704]. (texto relevante para efeitos do EEE) (2012/484/EU).

(6) As normas de proteção de dados pessoais da República Oriental do Uruguai baseiam-se em grande medida nas normas da Diretiva 95/46/CE e encontram-se estabelecida na Lei 18.331 de proteção de dados pessoais e ação de habeas data (Ley nº 18.331 de protección de datos personales y acción de habeas data), de 11 de agosto de 2008, que é aplicável tanto às pessoas singulares como às pessoas coletivas).

(7) A referida lei é regulamentada pelo Decreto nº 414/2019, de 31 de agosto de 2009, aprovado no intuito de clarificar diversos elementos da lei e regular a organização, os poderes e o funcionamento da autoridade nacional de proteção de dados. O preâmbulo deste Decreto indica que, quanto a esta questão, a ordem jurídica nacional deve ser adaptada ao regime jurídico comparável mais comumente aceite, sobretudo o estabelecido pelos países europeus através da Diretiva 95/46/CE. [...]

(10) A aplicação das normas de proteção de dados é garantida pela existência de vias de recurso administrativas e judiciais, em especial pela ação de habeas data, que permite à pessoa a quem se referem os dados intentar uma ação judicial contra o responsável pelo tratamento de dados, a fim de exercer o direito de acesso, retificação e supressão, *e por um controlo independente efetuado pela Unidade Reguladora e de Controlo de Dados Pessoais (Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales – URCDP), que tem poderes de investigação, intervenção e sanção, seguindo o disposto no artigo 28º da Diretiva 95/46/CE, e que de forma totalmente independente*. Além disso, qualquer parte interessada pode recorrer aos tribunais para pedir uma indenização por danos sofridos em consequência do tratamento ilícito dos seus dados pessoais.31

31 LUCCA, Newton de; LIMA, Cintia Rosa Pereira de. Op. cit, p. 389.

Cabe ressaltar que na América Latina apenas a Argentina e o Uruguai contam com o reconhecimento da Comissão Europeia de Proteção de Dados, de que os modelos legislativos e regulatórios adotados nos respectivos países são compatíveis com o Europeu, sendo que a Argentina criou a "Direção Nacional de Proteção de Dados" do Ministério da Justiça, e o Uruguai a "Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP), órgão vinculado a agência reguladora "Agência para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electronica y la Sociedade de la Información y del Conocimiento (AGESIC).32

3.2. A independência regulatória exigida pela GPDR

O artigo 52 da GPDR prevê que as autoridades nacionais de proteção de dados atuarão com total independência (art. 52, 1) e sem qualquer tipo de interferência externa (art. 52, 2), razão pela qual prevê que as autoridades de proteção de dados deverão ser dotadas de recursos humanos; técnicos, financeiros e estruturais necessários a realização de suas atribuições (art. 52, 4), prevendo de forma específica que a autoridade deve contar com quadro próprio de pessoal subordinado a sua diretoria (art. 52, 5) e autonomia financeira, de forma a assegurar "sua independência e que disponha de orçamentos anuais separados e públicos", mesmo que provisionados pelo orçamento geral estatal (art. 52, 6).

A independência regulatória da Autoridade Nacional de Proteção de Dados prevista na LGPD não é, sob uma visão ampla, tão somente um requisito para a efetivação dos direitos da personalidade no controle de dados pessoais assegurados no artigo 2º da Lei nº 13.709/2018, como também um requisito para a reciprocidade no recebimento de dados de cidadãos europeus, exigência determinante para a competição das empresas brasileiras no cenário internacional, de tal maneira que não basta existir uma lei sobre o tema, mas deve ser estabelecidos mecanismos para viabilizar a atuação eficiente e independente da ANPD.

4. Regulação prevista na LGPD

4.1. Regulação estatal e o paradigma do Banco Central do Brasil

A LGPD previu que a regulação em matéria de tratamento de dados não seria exclusivamente estatal, permitindo a regulação autônoma por parte dos agentes de tratamentos de dados, por si ou por meio de associações constituídas para esse fim, a chamada autorregulação (artigo 50). Considerando a já existente regulação estatal por meio da ANPD, a paralela autorregulação da atividade de tratamento de dados

31 Ibidem, p. 378/379.

32 Ibidem, p. 380.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pelos próprios agentes viriam a constituir a chamada corregulação33. No presente estudo, dada sua limitação, iremos nos restringira regulação estatal.

A regulação estatal no sistema de proteção de dados não é setorial por não atuar sobre um determinado setor econômico, mas ocorre de forma transversal abrangendo variados domínios que realizam o tratamento de dados, a exemplo áreas de saúde, telecomunicações, indústria, entre outros.

Um ponto importante acerca da regulação a ser realizada pela ANPD diz respeito ao fato de que ela não se exaure nos setores econômicos, mas aplica-se inclusive aos diversos Entes Estatais e suas Entidades no exercício de tratamento de dados.34

A LGPD prevê exceções a sua aplicação aos Entes Estatais, notadamente o tratamento de dados para fins de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais, o qual será objeto de legislação especifica e observadas as restrições acerca da impossibilidade de tratamento de tais dados por pessoas jurídicas de direito privado (artigo 4º). No entanto, a par das exceções mencionadas, a regra é a submissão da atividade de tratamento de dados pessoais por parte da Administração Pública a LGPD.

O tratamento de dados pessoais pelo Poder Público deverá observar o atendimento da sua finalidade pública, notadamente a execução de políticas públicas e as competências legais, devendo ser respeitados os princípios previstos na LGPD (art. 23 a 30).

O descumprimento por parte da Poder Público das regras de proteção dedados previstos na LGPD pode determinar a intervenção da ANPD para fazer cessar a infração (art. 31), bem como as seguintes sanções a ser aplicada pelo regulador: (i) advertência; (ii) publicização da infração; (iii) bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; (iv) eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; (v) suspensão parcial e temporária do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração (vi) suspensão temporária do exercício da atividade

33 Luciano Portal Santana anota que "Um sistema de corregulação se caracteriza quando a autorregulação ocorre num segmento em que o Estado não abdica de suas funções normativa e supervisora. A atuação regulatória, privada e pública, neste sistema terá maior eficácia na medida em que a ação privada for complementar à pública e vice-versa" (SANTANNA, Luciano Portal. Autorregulação supervisionada pelo Estado: desenvolvimento de um sistema de corregulação para o mercado de corretagem de seguros, resseguros, capitalização e previdência complementar aberta. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 183-211, mai. 2011. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8591/7327>. Acesso em: 26 abr 2020.)

34 Lei nº 13.709/2018: Art. 1º. Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

de tratamento dos dados pessoais; (vii) proibição parcial ou total do exercício de tratamento de dados (art. 31 e 52).

O fato da Administração Pública estar sujeita a aplicação da LGPD e a regulação levada a efeito pela ANPD reforça a necessidade de lhe atribuir um desenho institucional que lhe assegure a independência formal, de forma a assegurar uma atuação autônoma em relação ao ente político sujeito a fiscalização.

Nesse sentido, cabe trazer a título de comparação o Banco Central do Brasil que, na qualidade de primeiro órgão brasileiro de regulação setorial, criado pela Lei Federal nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, promove a regulação das instituições financeiras públicas e privadas (artigo 10, IX).35

O Banco Central do Brasil é uma autarquia federal cuja diretoria composta por cinco membros, sendo seu presidente escolhido pelo Conselho Monetário Nacional dentre os seus integrantes (art. 14 da Lei Federal nº 4.595/1964). Integram o Conselho Monetário Nacional o: (i) Ministro da Fazenda, na qualidade de Presidente; (ii) Presidente do Banco Central do Brasil; (iii) Presidente do BNDES; (iv) outros sete membros nomeados pelo Presidente da República que exercerão mandato de sete anos, com a possibilidade de exoneração desde que justificada por motivos relevantes (art. 6º da Lei Federal nº 4.595/1964).

O modelo institucional atribuído ao Banco Central do Brasil favorece à intervenção política, na medida em que seus dirigentes são escolhidos pelos integrantes de um órgão diretamente vinculados a Administração Central. Nesse sentido, de rigor a observação de Conrado Hubner Mendes:

> "Verifica-se do conteúdo da Lei 4.595, citada, que o Banco Central, em praticamente toda sua esfera de ação, é claramente subordinado às decisões do Conselho Monetário Nacional, o que acaba suprimindo qualquer desejo de considerar essa autarquia como uma autoridade independente do corpo político central. Na verdade, o Banco Central não parece ser mais nada do que uma ramificação especializada do Ministério da Fazenda, mas que está inteiramente condicionada por políticas econômicas decididas pelo Conselho Monetário Nacional. Podemos citar, a título de fundamentação, diversos artigos legais, onde estão claras as restrições que este ente

35 NETO, Floriano de Azevedo Marques. Agências Reguladoras. Instrumentos do fortalecimento do Estado. Disponível em: http://abar.org.br/mdocs-posts/agencias-reguladoras-instrumentos-do-fortalecimento-do-estado/. Acesso em: 02 abr. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> sofre no exercício de suas competências: art. 9º, art. 11, V e VIII, e art. 13, entre outros."36

Um exemplo notório da fragilidade da regulação exercida pelo Banco Central, em função do seu *déficit* de autonomia, é verificado no notório caso das "pedaladas fiscais" que levou ao *impeachment* da Presidente Dilma Roussef em 2016 e que permitiu que a dívida não contabilizada do governo junto a bancos públicos relativos a programas sociais fosse diferida no tempo, numa manobra que envolveu os três maiores bancos públicos do país: Banco do Brasil, BNDES e Caixa Econômica Federal.

O Tribunal de Contas da União decidiu a época que as dívidas postergadas junto ao Banco do Brasil, à Caixa Econômica Federal, ao BNDES e ao FGTS fossem registradas pelo Banco Central do Brasil na Dívida Líquida do Setor Público (DLSP) "*a qual é calculada mensalmente pelo Banco Central e serve de base à apuração dos resultados primário e nominal, para fins de avaliação do cumprimento das metas fiscais estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias (art. 4º, § 1º, da LC 101/2000)."37*

Deve ser ressaltado, ainda, que pagamento das chamadas pedaladas fiscais foi realizado pelo Governo Federal no final de 2015, com recursos do Banco Central do Brasil decorrentes de valorização cambial de ativos de reservas cambiais, ganho escritural que desde 2008 em virtude da MP nº 435/2008 convertida na Lei nº 11.803/2008 é alocado como recursos na conta única do Tesouro junto ao Banco Central. No final do ano de 2015, o Ministério do Planejamento incorporou R$ 103 bilhões do BCB em um expediente que permitiu o pagamento das pedaladas fiscais no montante de R$ 72,4 bilhões.38

A situação levada a efeito pelas pedaladas fiscais revelam: (i) a fragilidade da fiscalização do BCB em relação aos bancos públicos na sua relação com o Tesouro; e (ii) as falhas da relação entre o BCB e o governo, notadamente no que respeita a forma de distribuição de lucros pelo Banco Central do Brasil, o que é atribuído ao seu

36 MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2000, p. 127/128.

37 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 825/2015. Processo 021.643/2014-8. Rel. Ministro José Múcio Monteiro, Plenário, sessão 15 abr. 2015, ata n. 13/2015.

38 OLIVEIRA, Gisele. SALOMÃO, Alexa. Como o governo usou o BC para pagar as pedaladas. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 06 fev. 2016. Disponível em: https://www.estadao.com.br/infograficos/economia,como-o-governo-usou-o-bc-para-pagar-as-pedaladas,541349. Acesso em 01 maio 2020.

desenho jurídico de baixa autonomia a viabilizar a intervenção política pelo poder central.39

Diversos são os Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional e objetivam atribuir autonomia ao Banco Central, como o PL 80, de 2017, de Relatoria do Senador Airton Sandoval que objetivou o tratamento regulatório equivalente entre bancos públicos e privados, arquivado em virtude do final da legislatura, bem como o PL 19, de 2019, de Relatoria do Senador Plinio Valério e o PLP 200, de 1989, de autoria do então Deputado Itamar Franco, em tramitação, os quais visam impor requisitos para acesso e atribuir estabilidade ao exercício do cargo de Presidente e Diretor do Banco Central do Brasil.

O que se pretendeu demonstrar nessa parte do estudo é que quando se trata de atuação regulatória estatal, onde o Estado exerce tanto o papel de regulador como de regulado, como é o caso do Banco Central e os bancos públicos, a autonomia institucional atribuída ao regulador tem papel fundamental no sucesso de uma regulação independente, evitando uma perniciosa captura regulatória pela intervenção política verificada nas mais variadas formas e viabilizada pela a ausência de autonomia administrativa, técnica, financeira ou de pessoal.

4.2. Do déficit de autonomia institucional da ANPD

A Lei n° 13.853/2019 não atribuiu a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais um desenho institucional que viabilize sua independência formal, institucional, em uma análise comparativa em relação as Agências Regulatórias Federais.

Com base nos indicadores utilizados por Batista apresentados anteriormente e que levaram em conta o modelo proposto por Alexandre Gueventher, apresentamos os dados acerca do grau de independência formal da ANPD (Tabela 1: índice de Independência Formal).40

Tabela 3: Independência formal da ANPD

Agência	Mandato	Indicação	Demissão	Recondução	Experiência
ANPD	0,5	1	1	0	1

Fonte: elaboração própria

Agência	Autorização	Revisão	Recursos	Pessoal	Procedimentos

39 DURAN, Camila Villard. Fragilidades jurídicas na relação BC – bancos públicos. Jota, 10 maio 2017. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fragilidades-juridicas-na-relacao-bc-bancos-publicos-10052017. Acesso em 01 maio 2020.

40 SILVA, Mariana Batista da. Op. cit., p. 53.

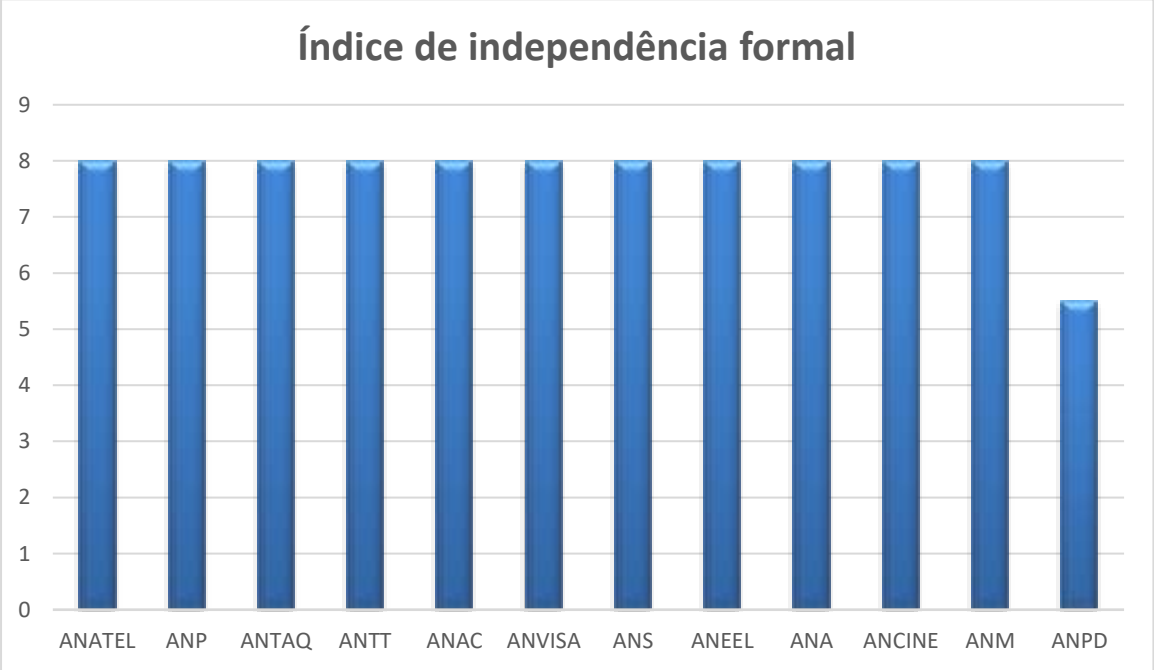
Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ANPD	1	1	0	0	0

Fonte: elaboração própria

Com relação aos 10 indicadores utilizados pela pesquisadora, cumpre observar que: (i) os **mandatos** são fixos, nada obstante pelo período de quatro anos; (ii) a **indicação** dos diretores é compartilhada com o Senado Federal; (iii) a **demissão** só é possível mediante decisão judicial ou processo administrativo disciplinar; (iv) a **recondução** dos diretores não é proibida; (v) é exigida **experiência** dos representantes na área da regulação; (vi) não é necessária **autorização** do poder central para tomada de decisões; (vii) as decisões são passíveis de **revisão** pelo poder judiciário; (viii) os **recursos** orçamentários não são definidos pela ANPD; (ix) a entidade não tem autonomia sobre sua política de **pessoal**; e (x) há possibilidade de modificação de **procedimentos** do regulador pelo Executivo por meio de Medidas Provisórias.

Apresentamos abaixo um gráfico que consolida as informações acerca do grau de independência formal das Agências Reguladoras Federais, atualizado com a Lei nº 13.848/2019 que promoveu uma alteração linear e qualitativa na autonomia institucional das Agências, com base nos indicadores utilizados por Batista apresentados anteriormente e que levaram em conta o modelo proposto por Alexandre Gueventher, oportunidade em que incluímos a ANPD41.



Fonte: elaboração própria

41 Ibidem, p. 53.

Pela consolidação dos indicadores aplicados por Batista, verificamos que a ANPD apresenta um desenho institucional levado a efeito pela LGPD que propicia uma reduzida independência formal frente ao modelo institucional das Agências Reguladoras Federais, nada obstante se tratar de um modelo transitório que pode ser alterado (art. 55 da LGPD), e é desejável que o seja, para lhe atribuir uma roupagem de regime autárquico especial que lhe propicie maior independência em relação ao poder central.

4.3. Estrutura regimental da ANPD

O artigo 55-G da LGPD dispõe que cabe ao Presidente da República dispor sobre a estrutura regimental da ANPD, com sua disponibilização administrativa e de pessoal, sendo que até a edição do mencionado ato, caberia a Casa Civil o apoio técnico e administrativo ao órgão (art. 55-G, §1º). Acerca desse ponto, cabe ressaltar que até a realização do presente estudo, o Presidente da República ainda não editou ato estabelecendo a estrutura regimental da ANPD, de forma que a análise acerca do seu desenho institucional no atual contexto se restringe ao estabelecido pela LGPD.

4.4. Da natureza de órgão público

O contexto de austeridade fiscal em que editada a MP nº 869/2018 convertida na Lei nº 13.853/2019 determinou a criação "sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República".

A criação de uma autoridade regulatória, com vistas a atuar de forma independente mas com a qualificação de órgão vinculado a Presidência da República revela uma contradição, posto que os órgãos públicos consistem em unidades abstratas que sintetizam atribuições estatais, verdadeiras repartições internas sem personalidade jurídica, vinculados entre si pelo "*liame unificador da hierarquia*" a uma autoridade superior.42

A definição da ANDP como órgão público integrante da Presidência da República é uma qualificação que, *prima facie*, não condiz com a independência funcional, administrativa e decisória que a Lei nº 13.848/2019 recentemente atribuiu às Agências Reguladoras como condição do exercício de sua autonomia decorrente de sua natureza especial.

Com relação a competência decisória da ANPD, nada obstante delimitação do espaço de atuação do regulador levada a efeito no artigo 55-J, de forma a afastar

42 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 144/155.

uma sobreposição de competências dentro da pessoa jurídica que esta última integra na qualidade do órgão, seria adequado que a lei contivesse previsão expressa no sentido de reconhecer a ANPD como última instância administrativa, de forma a assegurar sua autonomia decisória prevista no artigo 55-B.

Cabe ressaltar que a previsão legal acima mencionada encerraria eventual controvérsia acerca da possibilidade de manejar recurso hierárquico contra decisões da ANPD, dada sua natureza jurídica de órgão integrante da Administração Central, evitando em mesma medida a interferência política comprometedora de sua independência. Nesse sentido, de rigor a menção ao entendimento de José Roberto Pimenta Oliveira:

> "Por outro lado, não há expressa dicção legal declarando a Agência como última instância administrativa decisória no setor, na Lei 9.427, de 1996, competindo-lhe apenas "dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como esses agentes e seus consumidores". A ANEEL, através da Resolução 233, de 14.7.1998, considerou que "a instância máxima de recurso, nas matérias submetidas à alçada da Agência, será a Diretoria" (art. 45).
>
> Desse modo, em termos de interferência política no Poder Executivo, na direção da autarquia, dado o pioneirismo do modelo, a independência restou comprometida."43

A configuração jurídica de órgão integrante da Administração Centralizada atribuída a ANPD pela LGPD, atrai questionamentos acerca do déficit de independência daquela instituição, cujas repercussões são dimensionadas sob dois aspectos: (i) as exigências de outros países, como os Estados-Membros da União Europeia acerca da necessidade de regulador independente, como condição a transferência de dados pessoais entre as nações; e (ii) a garantia da proteção dos direitos individuais frente a atuação do Poder Público, na medida em que assume ambos os papeis de regulador e regulado. Sobre essa questão:

> "Aliás, a vinculação à Presidência da República, por si só problemática, carrega em si dificuldades específicas: pode não haver suficiente autonomia e independência institucional

43 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e Serviços de Energia Elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2000, p. 343.

> exigidas de outros países de modo a assegurar a cooperação jurídica internacional para a transferência de dados pessoais entre nações. Pode ser o caso, em especial, para os Estados-Membros da União Europeia sob a disciplina da GPDR.
>
> Outra crítica com a qual alinhamos, diretamente relacionada à primeira, diz respeito à inescapável redução da capacidade de regulação e fiscalização, por parte da ANPD, do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. Se o ente perdeu importante parcela de autonomia e independência, em especial dada a inexistência de mecanismos mínimos estabelecidos internacionalmente, como garantir que haverá proteção de direitos individuais frente a atuação do Poder Público?"44

Algumas posturas adotadas na elaboração das normas aplicáveis a ANPD sugerem que a atribuição de uma reduzida autonomia a ANPD não é casual, tendo em vista que a MP nº 869/2018 que criou a ANPD e a constituiu como órgão integrante da Presidência da República, procedeu ao mesmo tempo revogação dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 7º da LGPD, a qual determinava que "o titular de dados deveria ser informado pelo Poder Público acerca das hipóteses em que seria admitido o tratamento de seus dados" e que a ANPD deveria regulamentar a forma de disponibilização destes dados, posto que tal medida reduziu de uma só vez e de forma injustificável a transparência do uso de dados pela Administração e o controle regulatório a ser exercido pela ANPD em relação ao tratamento de dados realizados pelo Estado.45

A natureza provisória atribuída a ANPD de "órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República", suscita questionamentos acerca da independência administrativa, funcional e decisória da ANPD para atuar como regulador frente as desafios impostos pela sua regra de competência, dado os reflexos jurídicos decorrentes desta qualificação jurídica, necessariamente subordinada a uma autoridade superior pelo vínculo da hierarquia, cujos reflexos ainda não sabemos porquanto a entidade não foi constituída pelo Poder Executivo, no entanto, há o receio da organização administrativa atribuída a ANPD prejudicar sua independência, inviabilizando o reconhecimento internacional como instituição independente e, em mesma medida, se revelar insuficiente para a proteção de

44 VASCONCELOS, Beto. PAULA, Felipe de. A autoridade nacional de proteção de dados: origem, avanços e pontos críticos. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; SILVA, Milena Donato da (Coordenação). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Direito Brasileiro. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 732.

45 Idem, p. 733.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

direitos individuais na fiscalização da política de tratamento de dados pelo Poder Público.

4.5. Da política de pessoal

A política de pessoal, assim como a dotação orçamentária e o arranjo administrativo da ANPD, será regulado por ato do Presidente da República, conforme o disposto no artigo 55-G da LGPD.

No atual contexto de crise fiscal, há uma tendência de que a ANPD seja equipada com uma estrutura enxuta, sendo que especialistas avaliam que a instituição irá contar com cerca de 10% do efetivo da ANATEL (aproximadamente 400 funcionários), o que seria algo em torno de 40 funcionários, bem como uma estrutura predominante digital com o fim de redução de encargos administrativos. Mencionado Decreto ainda está em fase de estudos, no entanto, membros do Senado Federal protocolaram junto ao Presidente da República o Requerimento 123, 2020, visando a realização de debates temáticos para subsidiar a edição do mencionado Decreto Presidencial. 4647

De qualquer forma, o Decreto que vier a ser editado deverá estruturar a ANPD com pessoal permanente, suficiente, e tecnicamente capacitado para o exercício de sua finalidade institucional, considerando a complexidade técnica que a atividade requer, o que necessariamente vai envolver um esforço remuneratório para tornar o cargo atraente sob o ponto de vista do mercado. A título comparativo, verificamos que o artigo 55-D da LGPD prevê a remuneração de um cargo DAS de nível 5 para os membros do Conselho Diretor da ANPD, o que equivale atualmente a R$ 13.623,39, valor que seria um limite remuneratório que poderia tornar o cargo pouco atrativo para especialista do mercado nessa área de atuação, bem como para servidores com maior experiência e conhecimento técnico aceitarem o encargo de diretores da Agência.48

Cabe ressaltar que a LGPD não trata da política de pessoal da ANPD, conferindo tal atribuição ao Presidente da República por meio da edição de ato competente (artigo 55-G da LGPD), sendo salutar que o chefe do Poder Executivo, no exercício de sua competência de organizar os órgãos da Administração Federal prevista na

46 GUTIERREZ. Andriei. Da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANDP) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coordenação). Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 403.

47 Requerimento nº 123, 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8073590&ts=1585142422472&disposition=inline>. Acesso em: 01.05.2020.

48 GUTIERREZ. Andriei. Op. cit., p. 403.

Constituição Federal (artigo 84, IV, a, da CF), delegasse expressamente aos diretores da ANPD a atribuição de gerir os recursos humanos a cargo da instituição, reforçando assim sua a autonomia administrativa.

4.6. Autonomia financeira

Com relação as receitas da ANPD, a lei de proteção de dados previu que seu financiamento por meio de: (1) dotações orçamentárias; (2) doações, legados, subvenções; (3) do resultado de aplicações de receitas no mercado financeiro; (3) negócios jurídicos celebrados com entidade públicas e privadas, nacionais e internacionais; (4) o produto da venda de materiais de caráter técnico elaborado pelo órgão.

Cabe ressaltar o veto ao dispositivo da Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019 **que possibilitava a** instituição **da** possibilidade de cobrança de emolumento por serviços prestado (art. 55-L, V), ou seja, de taxa pelo exercício de poder de polícia.

De acordo com a mensagem de veto, a natureza transitória de órgão da Administração Direta da ANPD não possibilitaria a cobrança de emolumentos pelos serviços prestados para fins de composição de sua receita, a qual deveria ser arcada com recursos orçamentários da União.49

A dependência financeira da ANDP em relação ao orçamento da União é um fator que prejudica sua autonomia, tendo em vista o histórico de contingenciamento de recursos das Agências Reguladoras com o formato de autarquias, o que pode restringir a sua atuação em um cenário de crise fiscal.

As agências reguladoras inicialmente dotadas com recursos da União, foram paulatinamente consagradas com orçamentos próprios, oriundos do recolhimento de taxas decorrentes do exercício da atividade regulatória, devidamente prevista nas respectivas leis de criação.

AGÊNCIAS REGULADORAS	PREVISÃO LEGAL - TAXAS
Agência Nacional de Águas	arts. 20 e 21 da Lei nº 9.984/2000
Agência Nacional de Aviação Civil	art. 31 da Lei nº 11.182/2005
Agência Nacional de Telecomunicações	art. 47 usque 50 da Lei nº 9.472/1997
Agência Nacional do Cinema	art. 11 da Medida Provisória nº 2.228/2001
Agência Nacional de Energia Elétrica	arts. 11 usque 13 da Lei nº 9.427/1996
Agência Nacional de Petróleo	arts. 15, 16 e 45 da Lei nº 9.478/1997
Agência Nacional de Saúde	arts. 17 usque 23 da Lei nº 9.961/2000

49 Mensagem nº 288, de 8 de julho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-288.htm>. Acesso em: 08.05.2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Agência Nacional de Transportes Aquaviários	arts. 77 e 78 da Lei nº 10.233/2001
Agência Nacional de Transportes Terrestres	arts. 77 e 78 da Lei nº 10.233/2001
Agência Nacional de Vigilância Sanitária	arts. 22 usque 26 da Lei nº 9. 782/1999
Agência Nacional de Mineração	art. 19 da Lei nº 13.575/2017

Fonte: elaboração própria

O Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 245/2015 proferido por ocasião da auditoria com o objetivo de avaliar a governança da regulação nos setores de energia, comunicações e transportes, partindo de uma orientação da OCDE no sentido de que os recursos das Agências Reguladoras devem ser estáveis e transparentes para proteger sua independência, realizou um diagnóstico das Agências Federais no sentido de que o contingenciamento orçamentário é praxe, não existe autossuficiência orçamentária e quando há os recursos são retidos pelo Executivo para alavancagem de superávit primário, razão pela expediu recomendações a Casa Civil para que envidasse esforços para dotar as Agências de real autonomia financeira.50

O fato da LGPD ter competência sancionatória para aplicação de multa (art. 52, I e II) gerou no curso do processo legislativo o receio do setor privado de que tal atribuição estimulasse uma espécie de desvio de finalidade na sua aplicação, caso os recursos decorrentes da sanção constituíssem receita da entidade que então se tornaria interessada no proveito econômico decorrente, de tal forma que a LGPD, na redação conferida pela Lei nº 13.853/2019, previu que as receitas da arrecadação de multas não serão destinadas a ANPD mas ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (§ 5º do artigo 52).51

No entanto, a possibilidade da cobrança de taxa pelo exercício do poder de polícia que decorre da atividade regulatória da ANPD, seria uma iniciativa adequada a viabilizar sua independência financeira, assim como ocorre com as Agência Federais e em relação a outras autoridades nacionais de proteção dados, como por exemplo a Information Comissioner Office – ICO, especialmente no atual contexto de crise com o comprometimento dos recursos orçamentários do tesouro, tendo em vista que além de pessoal extremamente qualificado, a ANPD vai exigir alto investimento em tecnologia e sua renovação periódica para garantir a eficiência do órgão.52

50 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 240/2015. Processo 031.996/2013-2. Rel. Ministro Raimundo Carreiro, Segunda Câmara, sessão 11 fev. 2015, ata n. 5/2015.

51 LUCCA, Newton de; LIMA, Cintia Rosa Pereira de. Op. cit, p. 389.

52 Ibidem, p. 390/394.

Conclusão

A conclusão que chegamos nesse estudo é que a Lei Geral de Proteção de Pessoais atribuiu a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais um modelo institucional que prejudica a sua independência formal, na medida em que sua configuração transitória de órgão integrante da Presidência da República suscita questionamentos acerca da independência administrativa, funcional e decisória para atuar como regulador frente as desafios impostos pela sua regra de competência, dado os reflexos jurídicos decorrentes desta qualificação jurídica, necessariamente subordinada a uma autoridade superior pelo vínculo da hierarquia, bem como considerando uma evidente subordinação financeira ao poder central pela inexistência de mecanismos que viabilizem sua autossuficiência.

A atribuição de um modelo institucional que favoreça a independência da ANPD é determinante para sua efetiva atuação regulatória, de forma a assegurar a preservação dos direitos da personalidade no tratamento de dados pessoais, como também para a reciprocidade no recebimento de dados de cidadãos europeus em função da condicionante prevista Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu nº 679/2016 (GPDR), imprescindível para a competição das empresas brasileiras no cenário internacional, de tal maneira que não basta existir uma lei sobre o tema da proteção de dados, mas deve ser estabelecidos mecanismos que propiciem a atuação eficiente e independente da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Referências bibliográficas

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais e a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 25 mar 2020.

BRASIL. Justificativa constante do texto inicial da PLS 52/2013. Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111048>. Acesso em: 20.04.2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 825/2015. Processo 021.643/2014-8. Rel. Ministro José Múcio Monteiro, Plenário, sessão 15 abr. 2015, ata n. 13/2015.

BRASIL. Requerimento nº 123, 2020. Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-

getter/documento?dm=8073590&ts=1585142422472&disposition=inline>. Acesso em: 01.05.2020.

BRASIL. Mensagem nº 288, de 8 de julho de 2019. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-288.htm>. Acesso em: 08.05.2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 240/2015. Processo 031.996/2013-2. Rel. Ministro Raimundo Carreiro, Segunda Câmara, sessão 11 fev. 2015, ata n. 5/2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2000.

CORREA, P. et al. Regulatory governance in infrastructure industries: assessment and measurement of Brazilian regulators. Washington: World Bank, World Bank Publications, 2006.

DURAN, Camila Villard. Fragilidades jurídicas na relação BC – bancos públicos. Jota, 10 maio 2017. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fragilidades-juridicas-na-relacao-bc-bancos-publicos-10052017. Acesso em 01 maio 2020.

FRAZÃO. Ana. Fundamentos da Proteção dos Dados Pessoais. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; SILVA, Milena Donato da (Coordenação). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Direito Brasileiro. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GARNICA, Vitor Gabriel. KEMPFER, Marlene. O fenômeno da captura e a independência das Agências Reguladoras no Brasil. Revista Brasileira de Filosofia do Direito. Belém, v. 5, n. 2, p. 43-60, Jul/Dez 2019.

GILARDI, F. The Formal Independence of Regulators: a comparison of 17 countries and 7 sectors. **Swiss Political Science Review**, v. 11, n. 4, p. 139-167, 2005.

GUTIERREZ. Andriei. Da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANDP) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coordenação). Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LUCCA, Newton de; LIMA, Cintia Rosa Pereira de. Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) e Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Privacidade. In: LIMA, Cintia Rosa Pereira de (Coordenação). Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2000.

NETO, Benedicto Porto. A Agência Nacional de Telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2000.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Agências Reguladoras. Instrumentos do fortalecimento do Estado. Disponível em: http://abar.org.br/mdocs-posts/agencias-reguladoras-instrumentos-do-fortalecimento-do-estado/. Acesso em: 02 abr. 2020.

_____. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2000.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, Gisele. SALOMÃO, Alexa. Como o governo usou o BC para pagar as pedaladas. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 06 fev. 2016. Disponível em: https://www.estadao.com.br/infograficos/economia,como-o-governo-usou-o-bc-para-pagar-as-pedaladas,541349. Acesso em 01 maio 2020.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e Serviços de Energia Elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2000.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei nº 13.709/2018 (LGPD). 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. A intervenção do Congresso Nacional na Autonomia das Agências Reguladoras. Revista Estudos Institucionais. Rio de Janeiro, v. 5, n.2, p. 586-614, maio/dez. 2019.

SANTANNA, Luciano Portal. Autorregulação supervisionada pelo Estado: desenvolvimento de um sistema de corregulação para o mercado de corretagem de seguros, resseguros, capitalização e previdência complementar aberta. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 183-211, mai. 2011. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8591/7327>. Acesso em: 26 abr 2020.)

SILVA, Mariana Batista da. Independência após a delegação? Uma análise exploratória da interferência política nas Agências Regulatórias Brasileiras. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução as Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2000.

VASCONCELOS, Beto. PAULA, Felipe de. A autoridade nacional de proteção de dados: origem, avanços e pontos críticos. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; SILVA, Milena Donato da (Coordenação). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Direito Brasileiro. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: Suerveillance Capitalism and the Prospetcs of na Information Civilization. Journal of information. Jorunal of Information, 04 abr. 2015, p. 85. Disponível em: < https://cryptome.org/2015/07/big-other.pdf>. Acesso em: 05 maio 2020.

A PROBLEMÁTICA DA REQUISIÇÃO JUDICIAL NO ÂMBITO DE MEDIDAS CAUTELARES PENAIS PARA OITIVAS DE TESTEMUNHAS/INFORMANTES E ATÉ MESMO INTERROGATÓRIOS: AUSÊNCIA DE LASTRO LEGAL . POSSÍVEL VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO PRÓPRIO OU PURO TRAZIDO PELO PACOTE ANTICRIME (LEI FEDERAL Nº 13.964/2019)

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. 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 Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

WILLIAM GARCEZ[1]

(coautor)

No processo penal brasileiro, o instituto da *requisição* pode ser conceituado como um *mandamento oriundo de uma autoridade para cumprimento de uma ordem que pressupõe ser legal*. Partindo-se desse conceito, tendo em vista a sua natureza mandamental, é um corolário lógico que qualquer requisição deva, independentemente da autoridade de que emanar, possuir lastro na lei, i.e., dispositivo que lhe confira **legalidade e legitimidade**, sob pena de se converter em uma ordem ilegal.

Dessa forma, pode-se dizer que qualquer requisição deve preencher um requisito básico, qual seja: **previsão legal**. Não nos referimos aqui à previsão legal genérica quanto ao *poder de requisitar*, mas à previsão legal específica quanto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

à *diligência objeto da requisição*. É dizer que, além da previsão legal no que se refere a *quem pode requisitar,* deve haver previsão legal quanto *ao que se pode requisitar*.

Dito isso, ainda que não se discuta a legalidade do poder requisitório das autoridades judiciais, nem mesmo o dever da autoridade policial de cumprir as requisições que lhe são destinadas**[1],** é necessário analisar o lastro legal da diligência objeto de requisição, i.e., se a diligência pretendida possui previsão na lei.

O fato de uma autoridade deter o poder requisitório não a autoriza a utilizá-lo para toda e qualquer diligência, deve haver um filtro de legalidade daquilo que se pretende requisitar. Deste modo, constituindo-se em um mandamento, somente pode ser objeto de requisição diligências que tenham previsão legal.

Isso significa que, além de ser *formalmente legal*, a requisição deve ser *materialmente legal*, no sentido de que a análise de seu conteúdo deve se inserir na previsão de algum artigo de lei. O poder requisitório não pode ser exercido fora das hipóteses em que a lei lhe autoriza, sob pena de se transformar em uma ponte para a imposição de mandamento pessoal, sem lastro na lei. Trata-se de um limite e esse limite tem que ser a lei.

Feitas essas considerações, passaremos a comentar duas situações constatadas durante a persecução criminal que, ao nosso juízo, não possuem lastro legal a embasar requisições. Registre-se que ambas as situações concernem à *requisição judicial para inquirição de pessoas antes da decisão de medidas cautelares*.

O primeiro caso refere-se às *medidas cautelares diversas da prisão*, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal**[2]** e o segundo caso se refere às *medidas protetivas de urgência*, previstas no artigo 22 da Lei 11.340/06**[3]**.

Nesse passo, por expressa determinação legal, cabe ao delegado de polícia, no curso da investigação criminal, representar pelas medidas cautelares diversas da prisão**[4]** ou, nos casos de medidas protetivas de urgência, encaminhar o pedido da ofendida ao magistrado em 48 (quarenta e oito horas)**[5]**.

As medidas cautelares são instrumentos colocados à disposição do juiz para, dentro das regras do devido processo legal**[6]** e preenchidos os requisitos do art. 282 do Código de Processo Penal**[7]**, **decidir questões urgentes** antes da sentença. É a possibilidade legal de o juiz driblar o longo curso do devido processo legal da justiça criminal, trazendo eficácia instantânea à proteção de um direito.

Via de regra, as medidas cautelares se dividem em reais, pessoais e probatórias, sendo que, independente da modalidade, diferentemente do processo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

civil, no processo penal não há um procedimento cautelar autônomo, pois a tutela cautelar penal é prestada de modo incidental na persecução criminal, durante o inquérito policial ou durante o processo penal.

Gize-se que, tanto as medidas cautelares diversas da prisão quanto as medidas protetivas de urgência nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, são protegidas pela **cláusula de reserva de jurisdição**, pois apenas o juiz é quem pode emitir juízo decisório**[8]**.

É digno de nota que a Lei 13.964/20 (Pacote Anticrime) promoveu diversas alterações nas medidas cautelares**[9]** e, em alguns casos, repetiu institutos já preconizados pela Lei 12.403/11, como a **necessidade de contraditório prévio**, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida**[10]**.

A redação atual do artigo 282, §3°, CPP é a seguinte:

> "Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional".

Aqui, trazemos à baila a questão levantada: *Havendo representação do delegado ou requerimento do promotor para aplicação de medida cautelar, pode o juiz, antes de decidir, requisitar interrogatório e inquirições à polícia judiciária como condição para decidir?* **Cremos que a resposta é negativa**.

Tratando-se de procedimento marcado pela **judicialidade**, é forçoso concluir que, em homenagem ao princípio do devido processo legal, o contraditório deve ser **obrigatoriamente exercido perante o juiz**, ainda que a representação ou requerimento sejam formulados na fase preliminar da persecução penal, durante o inquérito policial.

Frisamos aqui que, como o dispositivo legal não estabelece forma, a **manifestação do contraditório pode ser escrita**, mediante defensor constituído ou nomeado (caso o intimado não se manifeste no prazo legal), como meio de garantir a defesa técnica, **ou oral**, mediante sua inquirição em audiência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Aqui, frisamos, além de perder a celeridade pretendida pela lei, o que, sem dúvida, ocorre com a requisição de interrogatório, este, se houver, deve se dar em contraditório judicial.

A *requisição para inquirir testemunhas* também não goza de lastro legal neste momento processual. A um, porque a redação do artigo 282, §3°, é clara no sentido de estabelecer o procedimento legal a ser seguido, determinando apenas a inquirição judicial do requerido ou representado. A dois, porque o que deve ser analisado neste momento são os requisitos para a concessão da medida cautelar, o que se verifica pelo *fumus comissi delicti* e pelo *periculum libertatis.*

Grifamos que, se nem mesmo o inquérito policial é o momento para o exaurimento de elementos informativos e eventuais provas, contentando-se com a existência de elementos mínimos de autoria e prova da materialidade, nos termos da lei, com muito menos razão seria uma cautelar incidente, regida por um rito extremamente célere. Obviamente, é recomendável que na prática, o delegado de polícia seja diligente e cauteloso, amealhando o máximo de elementos informativos possíveis e até mesmo provas para instruir a cautelar ou medida de proteção, a fim de propiciar ao julgador a maior segurança possível, sob a ótica dos pressupostos e requisitos legais na eventual concessão das medidas, embora a maioria destas infrações penais sejam praticadas, clandestinamente, ou seja, apenas com a presença do suspeito e da vítima – em que o suspeito ou vítima podem criar todas as versões possíveis, nos parecendo mais inócua ainda qualquer medida judicial para diligências nestes pontos, além de reforçar nosso ponto de vista de ilegalidade e ilegitimidade da medida.

Nesse passo, registre-se que o promotor de justiça ou o delegado de polícia que provocar o juízo, coalescem ao pedido as *peças necessárias*, as quais entendem suficientes para demostrar a existência, materialidade e autoria do fato, e, na mesma toada, justificar a adoção da cautelar, nos termos do art. 282 do CPP.

Cabe ao juiz, analisando os requisitos, deferir ou indeferir o pedido.

Ainda, não se pode esquecer que no sistema acusatório é vedado ao juiz substituir o órgão acusador, tomando a iniciativa de determinar a produção de provas não requeridas pelas partes, salvo nos casos excepcionais em que a própria lei o autoriza a determinar a produção de provas de modo subsidiário ou supletivo. Com mais razão, esta preocupação ganha maior densidade agora sob este enfoque, pois com advento e a vigência da lei denominada de pacote anticrime que veio com o desiderato de conferir um modelo acusatório puro ou próprio – em que pese entendermos a dificuldade de ordem prática em sempre haver exceções nos modelos –, a mensagem do legislador foi clara ao traçar às definições rígidas das atribuições

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de atuação de cada órgão de persecução penal. Outrossim, a preocupação se eleva mais ainda, mormente agora com a vigência da nova lei de abuso de autoridade, onde pensamos que os magistrados devam se abster de medidas deste jaez.

Não vamos ingressar no mérito, se a medida requisitória poderia contribuir positivamente para a imagem das atividades policiais ou para proteger o âmbito da mulher, vítima de violência de gênero no âmbito familiar ou doméstico e até mesmo acima de tudo preservaria o direito constitucional à vida da vítima. Outrossim, poderiam surgir vozes no sentido de que esta discussão serviria apenas e tão somente para obstaculizar inultimente à proteção que o Estado deve conferir a vítima, já que a prioridade deve ser a tutela dada à vítima**[11]** com violação ao princípio da vedação à proteção deficiente.

Fato é que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei (art. 5º, inciso II, CF/88) dentro de um Estado Democrático de Direito. Se há alguma inconsistência na disciplina das medidas ou do nosso modelo, que seja objeto de "lege ferenda", mas não podemos continuar atuando às margens da legalidade.

De mais a mais, registramos, com a devida vênia, que a requisição de inquirições à polícia judiciária *não deve ocorrer no curso da investigação criminal*, uma vez que a condução do apuratório (determinação de *quais* elementos e provas serão produzidos, bem como o *momento* em que serão produzidos) compete apenas ao delegado de polícia.

As requisições de diligências à polícia judiciária somente têm lugar *após a remessa definitiva do inquérito policial ao Poder Judiciário* e somente devem ser admitidas quando *imprescindíveis ao oferecimento da denúncia***[12]**, já que não se trata o inquérito policial de um procedimento probatório exauriente**[13]**, sob pena de fomentar a morosidade do sistema de justiça criminal e subverter a essência de ser das coisas, transformando-se em regra aquilo que é para ser a exceção.

Agora, comentaremos outro ponto da questão estudada: *Havendo pedido de medidas protetivas de urgência pela mulher vítima de violência doméstica ou familiar, pode o juiz, antes de decidir, requisitar interrogatório do imputado à polícia judiciária como condição para decidir?* **A resposta, novamente, é negativa**.

Antes de comentarmos essa questão especificamente, frisamos que as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha são espécies de medidas cautelares e, como tal, se submetem às regras das medidas cautelares diversas da prisão previstas no Código de Processo Penal. Logo, todos os argumentos acima escandidos aplicam-se aqui.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, aqui, caso o juiz entenda que o caso não está ressalvado pela urgência ou perigo de ineficácia da medida, hipótese em que poderia postergar o contraditório, decidindo *inaudita altera pars*, deve promover a intimação do para manifestação do imputado em juízo**[14]**.

Portanto, não possui lastro legal requisições à polícia judiciária para realização de inquirição neste momento. Aliás, a Lei 11.340/06 também estabelece de forma clara a foram de agir de cada autoridade da persecução penal. E, frise-se, fugindo do procedimento legal adotado, o qual prima pela celeridade do rito cautelar, é de se concluir pela ilegitimidade e ilegalidade da requisição, pois não há lastro legal.

Neste momento, cabe ao delegado de polícia: **a)** remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência**[15]**; **b)** fazer constar no pedido a qualificação da ofendida e do agressor, nome e idade dos dependentes, descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida, informação sobre a condição de a ofendida ser pessoa com deficiência e se da violência sofrida resultou deficiência ou agravamento de deficiência preexistente**[16]**; **c)** anexar ao pedido da ofendida o boletim de ocorrência e cópia dos documentos disponíveis em sua posse**[17]**.

Essas são as obrigações legais do delegado de polícia frente ao rito célere do procedimento cautelar. Não há espaço para interrogatório ou inquirições de testemunhas e informantes nos autos da medida cautelar, diligências estas que serão adotadas a critério do delegado nos autos do inquérito policial, sendo vedada toda e qualquer ingerência na sua atividade investigatória.

No que se refere ao procedimento legal, a legislação determina que, em quarenta e oito horas, deve o juiz: **a)** conhecer do expediente e decidir sobre as medidas protetivas de urgência; **b)** determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para o ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente; **c)** comunicar ao promotor de justiça para que adote as providências cabíveis; **d)** determinar a apreensão imediata de arma de fogo sob a posse do agressor**[18]**.

Das considerações finais

Posto isso, concluímos pela ausência de lastro legal na requisição judicial para que o delegado realize interrogatório, oitiva de testemunhas ou informantes em procedimento cautelar e medidas protetivas de urgência em que o objeto se restringe à análise dos pressupostos e requisitos legais afetos a todas as

medidas cautelares ("fumus comissi delicti" e "periculum in mora"). Nesse caso, deve a autoridade policial, fundamentadamente, rejeitar o seu cumprimento e pensamos que os magistrados devam se abster de medidas deste jaez, mormente agora com a vigência da nova lei de abuso de autoridade em que determinações sem lastros legais, a depender do contexto, podem levar a incidência de crimes ali previstos. Reforçamos, finalmente, que qualquer requisição que se desenlace do procedimento determinado pelo legislador, tumultuando o andamento processual e impondo uma obrigação não prevista na lei, é ilegal e ilegítima.

NOTAS:

[1] Art. 13, II, Código de Processo Penal.

[2] São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

[3] Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios; VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

[4] Art. 282, §2°, CPP: As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

[5] Art. 12, III, Lei 11.340/06: Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: (...) remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência (...).

[6] A decretação de qualquer medida cautelar depende de prévia análise quanto ao *fumus comissi delicti* (prova da materialidade e indícios da autoria), bem como do *periculum libertatis* (art. 282, CPP).

[7] As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

[8] Registramos que existem algumas medidas cautelares que podem ser decididas e determinadas pelo delegado de polícia, escapando estas, por expressa disposição legal, da cláusula de reserva de jurisdição, v.g., a liberdade provisória, fiança, condução coercitiva, afastamento excepcional do agressor nos casos de violência doméstica.

[9] Algumas das alterações promovidas foram, por exemplo: **a)** a competência do juiz das garantias na fase preliminar da persecução penal (Art. 3°-B, inc. V, CPP). Registramos que o presidente do Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6228, 6229 e 6300 para suspender a implantação do instituto por 180 dias; **b)** a impossibilidade de que sejam decretadas de ofício pelo juiz (Art. 182, §2°, e art. 311, CPP); **c)** indício suficiente de perigo gerado pelo estado de liberdade como novo requisito da prisão preventiva (art. 312, *caput*, CPP); **d)** existência concreta de fatos novos ou contemporâneos para motivar a prisão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

preventiva (art. 312, §2°, CPP); **e)** criação de um sistema periódico obrigatório de revisão da prisão preventiva (Art. 316, parágrafo único, CPP); entre outras.

[10] Art. 182, §3°, CPP.

[11] Aliás, nesse ponto, entendemos que, pensando justamente na proteção das vítimas, é que a lei estabelece de forma clara o rito célere de apreciação judicial das medidas cautelares, determinando a instrução da representação ou requerimento com a declaração da vítima e prova da materialidade do crime (nas infrações penais não transeuntes). Anote-se, aqui, que a palavra da vítima tem especial relevância, e, assim, prepondera sobre eventual negativa do imputado, sendo suficiente, inclusive, para sustentar uma condenação, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (**RHC 115.554**).

[12] Art. 16, CPP

[13] Art. 10, §2°, CPP.

[14] Art. 19, §1°, Lei 11.340/06 e aplicação supletiva do art. 182, §3°, CPP.

[15] Art. 12, III, Lei 11.340/06.

[16] Art. 12, §1°, Lei 11.340/06.

[17] Art. 12, §2°, Lei 11.340/06.

[18] Art. 18, I a IV, Lei 11.340/06.

[1] Delegado de Polícia (PCRS). Pós-graduado com Especialização em Direito Penal e Processo Penal. Professor de Direito Criminal na graduação e na pós-graduação da Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA) e em cursos preparatórios para concursos públicos (Ad Verum/CERS e Casa do Concurseiro). Autor de artigos jurídicos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

NEGATIVA DE AUTORIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

OSNY BRITO DA COSTA JUNIOR: Advogado criminalista, graduado pela universidade federal do Amapá, especialista em penal e processo penal-FAMAP-ESTACIO, especialista em docência no ensino superior-IESAP, ex-membro comissão direitos humanos OAB-AP, Professor de Processo Penal, Curso Buraslan, Professor Direito Constitucional, Curso Equipe, Professor de Direito Penal, Projeto Concurseiros Unidos.

RESUMO: Trata-se de artigo jurídico sobre a tese defensiva da negativa de autoria e o princípio do *indubio pro reo* aplicado no tribunal do júri.

PALAVRA-CHAVE: Tribunal do Júri, negativa de autoria.

INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo sobre a tese defensiva da negativa de autoria aplicada no âmbito do tribunal do júri.

No presente trabalho apresentaremos o conceito da negativa de autoria, fundamento jurídico, origens e jurisprudência pátria sobre o princípio do *in dubio pro réu,* bem como suas aplicações práticas.

DESENVOLVIMENTO

Uma das mais teses defensivas mais comuns de ocorrer no tribunal do júri é a negativa de autoria, onde o acusado nega ter sido o autor do crime.

Para que o réu enfrente ao plenário do júri, o acusado passa pela primeira fase do juízo de admissibilidade, ocasião em que o juiz-presidente verificar se há indícios de autoria e materialidade, após pronuncia o réu para a segunda fase do plenário do júri.

Quando o réu nega a autoria, afirmando que não foi ele que praticou o crime, temos a negativa de autoria, verificamos o interrogatório desde a fase policial e judicial, para trabalhar na versão apresentada pelo réu.

O fundamento jurídico da negativa de autoria está no art 386, do Código de Processo Penal. Senão vejamos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
>
> I - estar provada a inexistência do fato;
>
> II - não haver prova da existência do fato;
>
> III - não constituir o fato infração penal;
>
> IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
>
> V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
>
> VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1ºdo art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
>
> VII – não existir prova suficiente para a condenação.

As duas hipóteses que usamos na negativa de autoria com mais eficácia, são: e**star provado que o réu não concorreu para a infração penal ou não existir prova suficiente para a condenação,** no primeiro caso, a defesa apresenta provas contundentes de que o réu não foi o autor do crime, como depoimento de testemunha que imputa a autoria a terceiro, já no segundo caso, temos o princípio do *in dubio pro réu*, quando não existem provas suficientes para condenação, na dúvida, deve-se absolver o réu, como forma de evitar injustiça e condenar um inocente.

Esta tese é o segundo quesito na votação, sendo perguntado **"O réu foi o autor do disparo que ocasionou o óbito da vítima"**, se respondido sim, o acusado encontra-se automaticamente condenado por homicídio simples, com pena de 6 a 20 anos, se respondido não, o réu é absolvido e a votação é encerrada.

O *Indubio pro reo*, tem suporte na Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada pela Organização das Nações Unidas, em 1948, também assegurou tal garantia ao referir que:

> "Art. XI. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa."

Já na atual Constituição da República Federativa do Brasil, está insculpido no art. 5º, inciso LVII:

> "Ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória".

A jurisprudência pátria é mais que unânime que no caso de dúvida, deve-se absolver o réu:

> PENAL E PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO FUNDADA SOMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS OBTIDOS NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL NÃO CORROBORADOS EM JUÍZO. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AÇÃO PENAL IMPROCEDENTE. 1. A presunção de inocência exige, para ser afastada, um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal. No sistema acusatório brasileiro, o ônus da prova é do Ministério Público, sendo imprescindíveis provas efetivas do alegado, produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, para a atribuição definitiva ao réu, de qualquer prática de conduta delitiva, sob pena de simulada e inconstitucional inversão do ônus da prova. 2. **Inexistência de provas produzidas pelo Ministério Público na instrução processual ou de confirmação em juízo de elemento seguro obtido na fase inquisitorial e apto a afastar dúvida razoável no tocante à culpabilidade do réu.** 3. Improcedência da ação penal. (AP 883, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 20/03/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 11-05-2018 PUBLIC 14-05-2018)
>
> PENAL. PROCESSO PENAL. ART.289, § 1º, CÓDIGO PENAL. PERÍCIA TÉCNICA. APTIDÃO DA NOTA FALSA PARA ENGANAR TERCEIROS. TESTEMUNHA. EXPERIÊNCIA NO MANUSEIO DE DINHEIRO. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. RECURSO IMPROVIDO. (...). A mera e simples menção de declaração de testemunha contida no Boletim de Ocorrência, indicando ser o autor do crime "GENILSON, filho de

> Chapéu Preto" não basta para se afirmar a culpabilidade do réu, sobretudo no caso em que posteriormente a testemunha disse não conhecer o acusado até o dia do fato, necessitando que seja corroborado com outros elementos de informação processual produzidos no curso da instrução judicial contraditória, sob pena de ser violado o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. 4. **Mostra-se inviável a condenação apenas com base em indícios e conjecturas desprovidos de provas mais consistentes, sendo certo que, existindo dúvida razoável a respeito da responsabilidade penal do acusado, incide a máxima do in dubio pro reo. 5. Recurso improvido**.(TRF1 –APELAÇÃO CRIMINAL 0007687-15.2010.4.01.4300/TO RELATOR(A) CONVOCADA : JUIZA FEDERAL ROGERIA MARIA CASTRO DEBELLI APELANTE : JUSTICA PUBLICA PROCURADOR : JOAO GABRIEL MORAIS DE QUEIROZ APELADO : JENILSON SILVA ALENCAR DEFENSOR COM OAB : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO – DPU. Decisão: 19/9/2017

O princípio do *in dubio pro réu*, tem uma das orgiem na Grécia, quando o conselho de aristocratas se reunia em votação de pedras, e após a leitura dos votos, se desse empate o réu era consagrado vencedor, em Roma tinha-se o non liquet, no caso de incerteza do caso, podia abster-se de emitir sua opinião, favorecendo o réu. Na idade média, filósofos cristãos defendiam que condenar um homem inocente, implicaria em condenar a alma do próprio julgador.

Portanto, no tribunal do júri, o defensor deve expor o princípio do *in dubio pro rúu*, para que cada jurado leve em consideração na hora da votação, por ser um órgão colegiado, proclama-se o resultado com uma maioria simples, logo, de sete jurados, com a maioria de 4, tem-se a condenação ou absolvição.

Os jurados por serem leigos e não possuírem conhecimento jurídico, o *in dubio pro reú* é um princípio de difícil acepção na prática, mas que se bem explicado e comprovado através das provas dos autos, ganhará força e poderá levar a vitória.

CONCLUSÃO

Dessa forma, a negativa de autoria no tribunal do júri, deve ser sustentada em conjunto com o princípio do *in dubio pro réu*, pois em face da plenitude de defesa, pode-se sustentar várias teses defensivas.

Assim, para que não ocorra a nulidade do julgamento é sempre bom consignar na ata de julgamento pelo menos duas teses defensivas, negativa de autoria e *in*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dubio pro reú, pois caso os jurados reconheçam a autoria, ainda poderão absolver no quesito obrigatório "o jurado absolve o réu".

REFERÊNCIAS BIOGRÁFICAS

Disponível em:

<https://https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2014/01/Rafael-Pandolfo.pdf> Acesso em: 11 abril 2020.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 11 abril 2020.

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/ > Acesso em: 11 abril 2020.

Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/pagina-inicial.htm> Acesso em: 11 abril 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O CONTEXTO DA MUTABILIDADE DA PRISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO EFEITO DA DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI FUNDADA NA NOVA REDAÇÃO DO ART. 492, CPP ALTERADO PELA LEI 13.964/19

ANNA MARTHA LIMA DE ARAÚJO:
Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA.

ALEKSANDRA VITÓRIA DA CUNHA SANTOS[1]
(Coautora)
ME. **MARCUS VINICIUS DO NASCIMENTO LIMA**[2]
(Orientador)

RESUMO: A prisão de 2º instância é um tema de grande repercussão pelo o viés que atrai. Isso ocorre em virtude da confluência que há em separar o público do privado, assim como o estudo preciso juridicamente. Diante disso, variadas decisões foram tomadas pela Corte Suprema a fim de que houvesse um entendimento sucinto. No mais, tais decisões prejudicaram em massa os indivíduos, assim como a nova decisão trouxe para os presos o reconhecimento de que haviam burlado o que a Constituição preconiza. Dentro disso, alguns habeas corpus foram explanados para que houvesse uma análise do motivo da aplicação da lei para cada caso concreto, sendo que a lei é somente uma e não deve haver distinção entre os demais. Sendo assim, a leitura dos votos dos relatores como as doutrinas fez-se imprescindível para um melhor estudo diante das diversas situações. Conclui-se, pois que, a partir do momento que várias decisões são tomadas dentro de um curto espaço de tempo, a rigidez que é característica peculiar da Constituição torna-se confrontada. Nesse liame, as outras esferas jurídicas devem seguir a Constituição sem quaisquer titubeações, sem infringir o que as normas postulam por adversidades privadas.

Palavras-chave: prisão de 2º instância, habeas corpus, supremo tribunal federal, votos dos relatores, tribunal do júri.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breve Reflexão Sobre A Postura do Judiciário no Atual Quadro de (IN) Constitucionalidade das Normas e Condutas Relativas À "Prisão" No Estado Brasileiro. 2.1 Manifestações polarizadas do Supremo Tribunal Federal. A guarda contingencial da Constituição em matéria de "prisão". 2.1.1 HC 86.884 (Caso Maluf – ano 2005). 2.1.2 HC 113.611 (ano de 2012). 2.1.3 HC 152.752 (Caso Lula – ano 2018). 3 A (IN) Constitucionalidade do Efeito Da Decisão Do Tribunal Do Júri Fundada Na Lei 13.964/19, Art. 492 Do CPP. 4 Conclusão. 5 Referências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUÇÃO

Tantas foram as vezes que o bastião implacável da jurisdição realizou o império do Estado. Sob o pretexto de reestabelecimento da paz social violada ou sofrendo graves ameaças de violação, por vezes o Magistrado tomou assento no posto do carrasco responsável por empurrar o condenado para que ele contasse seus últimos momentos.

O lugar de fala[3] dos jurisdicionados brasileiros têm sido este quando tem que experimentar o amargo sabor de uma demanda processual penal. A situação já não é das mais confortáveis levando-se em conta que a sua liberdade está em xeque. Ainda por cima, fator mais massacrante, as regras do jogo além de polissêmicas são profundamente manipuláveis pelo Magistrado que incorpora a posição de justiceiro ou se sente responsável por fazer segurança pública. Ledo e irresponsável engano!

A prisão de 2º instância foi um tema que repercutiu cotidianamente nos telejornais. Diante disso, o poder judiciário ganhou uma notoriedade inusitada. Dessa maneira, há de ser proferido que muitas mudanças ocorreram sobre o assunto mencionado. No entanto, as controvérsias ainda permeiam o âmbito jurídico. Nessa vereda, fora de salutar a importância que houvesse uma decisão concreta.

Indiscutivelmente, o fenômeno prisão sempre despertou na sociedade uma curiosidade além do normal e quando se trata de grandes figuras no cenário social, a publicidade se dá em maior escala. Haja vista, a prisão de 2º instância vislumbra muitos pontos a serem discutidos no sentido da constitucionalização das leis que são positivadas com base na constituição, mas apresentam incompatibilidade com o que está conceituado na Constituição Maior.

Neste azo, Lenio Streck (2006, p.251) fundamenta que: "a "alusão ao concreto" transformou-se em álibi teórico, a partir do qual se pode atribuir qualquer sentido ao texto e qualquer decisão pode ser reproduzida". Nesse sentido, é importante salientar que as interpretações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal ou outros juízos tomam uma amplitude que gera reprodução seja em jurisprudências ou normas, sem analisar profundamente o viés de tais interpretações.

Nesse ambiente de tamanha discussão, relevante crise das fontes e polissemia dos textos, surge em face da instituição do Tribunal do Júri, com a aprovação do pacote anticrime o questionamento da nova redação dada ao art. 492, I, "e" do CPP, se é constitucional ou não a prisão imposta. Diante disso, analisaremos os efeitos dessa decisão com o viés sempre favorável ao que está previsto na Constituição e ao princípio da presunção de inocência.

Assim, o presente estudo inicia-se com a análise das condutas atuais do Judiciário focando a atuação do STF em casos polêmicos alertando para as conclusões binárias extraídas dos excertos proferidos em casos extremamente semelhantes. Em seguida, discorrer-se-á sobre a nova redação do art. 492. CPP resultado do pacote anticrime (Lei 13.964/19), desvelando à luz da sistemática do ordenamento jurídico brasileiro se existe compatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

No artigo utilizar-se-á o método dedutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, legislação e jurisprudência brasileira atinente à temática. A pesquisa tem o intuito meramente laudatório, sem intenção de esgotar o assunto, que merece atenção crescente da academia tendo em vista o atual cenário que se desenha, com a utilização e quiçá manutenção de um processo penal de matriz autoritária e utilitarista.

2 BREVE REFLEXÃO SOBRE A POSTURA DO JUDICIÁRIO NO ATUAL QUADRO DE (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS E CONDUTAS RELATIVAS À "PRISÃO" NO ESTADO BRASILEIRO

As espécies de prisões/condenações no direito brasileiro permanecem no imaginário do operador jurídico brasileiro. A prisão em segunda instância ainda continua sendo debatida nas mais diversas confrarias jurídicas. Nesse sentido, a manifestação do Supremo Tribunal Federal vem consolidando a manutenção do padrão expresso da presunção de inocência, o que não foi suficiente para aplacar a ânsia de alguns grupos sociais e políticos guiados pela ideologia de que punir a qualquer custo é civilizatório.

Na lição de Lopes Jr.[4] punir é civilizatório, punir é necessário, mas acima de tudo o procedimento adotado é o que realmente é mais significativo. A forma deve ser entendida como uma garantia de que a punição realmente pode acontecer. Não se pode relegar a um segundo plano o fato de que a matriz jurídica processual brasileira segue a batuta da legalidade e da supremacia da Constituição Federal.

Esses aspectos apenas fortificam a lógica de que uma suposta condenação se não definitiva sob o manto que reza a Constituição Federal, deve ser tratada como algo cautelatório e, sobretudo, provisória em sua execução. Por estarmos encravados numa conjuntura que privilegia ou que deve privilegiar a técnica jurídica como instrumento de afirmação dos direitos e deveres do cidadão, não há que se falar em resposta social majoritária por parte do Judiciário. A função judicante deve ser, na sua essência, contramajoritária. Não é a sociedade que deve traçar os rumos do Estado e sim o Estado que deve traçar os rumos da sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Tal condução é mister extremamente complexo e de altíssima responsabilidade do Judiciário, especialmente do STF, quando se depara com demandas socialmente sedutoras e marcadas por forte apelo punitivista. Não custa lembrar que essas demandas são as que produzem uma ampla e irrestrita visibilidade e projeção pública. Algumas vezes até imprimindo impulsos antes reprimidos pelo Ego das autoridades.

Ocorre, contudo, reverberando entendimento secular de Lacordaire[5], extremamente atual e apropriado para o momento, que a liberdade é alcançada através da lei e do respeito à lei. Noutras palavras a liberdade escraviza enquanto a lei liberta, sendo esta respeitada em seus contornos fundamentais.

No caso brasileiro como o referencial é a Constituição Federal, outro não poderia ser o desfecho senão elevá-la à condição de base fundamental da qual as demais normas ou espécies normativas viessem a colher seus elementos primários.

A Constituição Federal prevê no art. 5, inciso LVII que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Dessa maneira, é importante salientar que o acusado terá todos os direitos garantidos a fim de que tenha se esgotado todos os recursos cabíveis até que transite em julgado. Sendo assim, após ao que fora aludido, sua prisão pode ser efetivada.

Ora, face a consideração aduzida é forçoso mencionar o que preceitua o art. 283 do CPP:

> Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Tanto a Constituição quanto a lei processual penal frisam a pertinência da prisão após o esgotamento de todos os recursos garantidos por direito ao indivíduo. Não obstante, tais positivações vêm de encontro ao que os aplicadores da lei estão exercitando, sob o pálio de que há dualidade quanto as decisões diante dos casos apresentados. Levando consequentemente, a sociedade a indagar se a Constituição Brasileira é de fato suficiente para assegurar os direitos dos cidadãos ou se os guardiões da Constituição apresentam mais poderes do que a própria.

Considerando os ensinamentos da Lopes Jr (2014, p.865): "Nesse momento, evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais".

Desse modo é importante frisar que as medidas tomadas recentemente pelos órgãos induzem que há conotação de influências midiáticas e partidárias, o que leva a comprometer a seriedade da Constituição e das leis, assim como aqueles que são incumbidos de assegurar a equidade diante dos casos existentes.

Pensando em evolução, regressando a 1941, o advento da Lei nº 3.689 tratou de preconizar que "a prisão preventiva seria decretada nos crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos". Nesta toada, é perceptível que a presente positivação perdurou por um longínquo tempo até que fosse substituída.

Outra amostra poderia ser vista na lei 5.941/73 ou Lei Fleury inovando ao admitir que o réu primário e com bons antecedentes pudesse recorrer em liberdade. Pode-se dizer que essa lei teve um cunho político decisivo. Dando assim, maior abertura ao réu durante a fase processual e as garantias que veriam pouco depois a serem positivadas pela nova Constituição (NOGUEIRA, 2018).

A Constituição em 1988 disse que ninguém seria preso até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tal dispositivo vigora até os dias atuais. Todavia, algumas decisões proferidas têm sido contrárias ao que elege a Carta Magna e, em certa medida, também ao Código de Processo Penal.

É o que demonstra o HC 68.726 no ano de 1991, logo após a promulgação da Constituição. Constata-se que o habeas corpus com pedido de medida liminar fora indeferido pelo STJ com o embasamento de que o acusado oferecia perigo ao participar de organização criminosa altamente especializada em roubo de caminhão, oferecendo assim perigo a ordem pública. Dito isso, os ministros votaram e computou-se a regularidade daquela prisão, mesmo infringindo ao que a Constituição de 1988 acabou de postular. (NOGUEIRA, 2018).

No ano de 2009 houve a decisão acerca do HC nº 84.078 (NOGUEIRA, 2018) onde houve a prevalência do princípio da presunção de inocência sendo deferido pela maioria dos votos, tendo validade a sintetização dos fundamentos arrolados pelos ministros: "Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade para se transformarem em objetos processuais".

Posto isso, é fatídico distar que a Constituição de 1988 vigora até os dias atuais. No entanto, as sentenças são diferentes quando se trata de prisão de 2º instância. Demonstrando assim uma irregularidade ao tratar dos casos ou o erro da própria Constituição ao não ser conciso em suas afirmações.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, é válido adentrar no art. 283 do CPP que adveio da reforma de 2011 da lei 12.403 ao colocar que ninguém será preso até que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

haja a sentença condenatória transitada em julgado, consolidando o que a Constituição de 1988 pontuou no art. 5, inciso LVII.

Ora, face às considerações aduzidas o HC nº 126. 292 fora consolidado sobre a garantia da presunção de inocência com a apreciação liminar da ADC´s n. 43 e 44 no ano de 2016 com o entendimento que "a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória. Verifica-se, pois, o mecanismo que serve para embasamento de uma mesma situação é apenas um artigo. No entanto, as suas decisões ora prevalecem para o lado do réu e outra para o bem-estar social. O que conclui a perda de direcionamento dos aplicadores da lei ao não equilibrar a situação (NOGUEIRA, 2018).

Na sequência são elencados casos relevantes cuja marca fundamental seria a dicotomia de entendimentos. O fortalecimento da dúvida coloca em xeque o princípio fundante que é o da Supremacia da Constituição sobre as demais espécies normativas bem como a necessidade de uma hermenêutica capaz de não refutar preceitos significativos como o da legalidade. O que poderia representar a falência de todo o sistema penal com a perda de prestígio e respeito às regras do jogo. Caso as alternativas subjacentes pudessem ganhar protagonismo, o risco de interpretações abertas e obsequiosas transformaria o processo num fim em si mesmo e não em um meio capaz de promover a pacificação social.

2.1 Manifestações polarizadas do supremo tribunal federal. A guarda contingencial da Constituição em matéria de "prisão"

2.1.1 HC 86.884 (Caso Maluf – ano 2005)

O HC 86.884 fora de extrema relevância para as decisões acerca do tema em questão. Dito isso, é importante considerar que até o ano de 2009, o STF adotava a conduta da prisão em segunda instância. Não obstante, a deliberação sobre o caso Maluf contrariou a postura adotada pelo guardião da Constituição Brasileira.

O caso em questão obteve uma grande repercussão pelo Brasil e ainda hoje apresenta uma base para a discussão do tema. Diante disso, durante a votação pelo deferimento do habeas corpus com pedido de liminar, o ministro relator Carlos Veloso (2005, p. 10) no relatório proferiu o seguinte: "Penso que a hipótese aqui versada enquadra-se na ressalva pela qual sempre propugnei: se há flagrante violência à liberdade de locomoção, deve o habeas corpus ser conhecido".

Ora, face as considerações aduzidas, é importante frisar que o entendimento do STF muda conforme os impetrantes que participam do processo. Não há,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

portanto, um seguimento estrito decretado pela turma, mas sim privilégios que são concebidos a determinadas classes sociais.

Viceja grande discussão, pois durante a votação, o ministro Eros Grau vislumbrou o contrário ao permanecer com a súmula 691 do STF no julgamento do Habeas Corpus nº 86.884 (p. 779): "O STJ poderá examinar a alegação de ofensa ao princípio do juízo natural e certamente o fará - quando considerar o mérito do habeas corpus lá impetrado".

Assim, importa dizer que a divergência deste tribunal se encontrava longe de ser resolvida. Tendo a grande resolução sendo enfrentada novamente no ano de 2019, para que de fato pudesse haver uma decisão plausível que venha a decidir este mérito. E porventura não viesse a ter decisões opostas sobre a concessão ou a não concessão do habeas corpus.

O ministro Joaquim Barbosa concluiu seu voto da seguinte maneira no julgamento do Habeas Corpus nº 86.884 (2005, p.783): "Do exposto, voto pelo não-conhecimento da impetração, lembrando que a Súmula 691 tem aplicação a todos os habeas corpus impetrados, não importando quem figure como paciente, ressalvada, é claro, a hipótese de decisão teratológica".

É mister esclarecer que a Constituição de 1988 contraria o cabimento da prisão em 2º instância. No entanto, as interpretações aludidas são equivocadas ainda que sejam eles os responsáveis por serem guardiões da Constituição. A fala do ministro Joaquim Barbosa mencionada acima configura o entendimento da consolidação do que está positivado acima de quaisquer privilégios vincendos na sociedade.

Todavia, em que pese a orientação fora concedida a liminar, demonstrando claramente a inconstância das decisões sobre prisão de segunda instância. Outrossim, a justiça que é garantida constitucionalmente aos cidadãos há de ser igualitária, sem qualquer distinção. No mais, vê-se claramente que há violação do princípio da isonomia.

2.1.2 HC 113.611 (ano de 2012)

Em data de 26 de junho de 2012 (p. 01) fora votado o caso do habeas corpus em questão. A ementa trouxe a vertente de que era uma ação penal com a prisão preventiva do réu. No entanto, a custódia perdurou durante 1 (um) ano e 4 (meses) ferindo assim o princípio da dignidade humana encontrado no art. 5º, LXXVIII, da CF.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o artigo mencionado pondera que a todos são assegurados a razoável duração do processo. Ou seja, não faz distinção ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

indicar os indivíduos que são capacitados para tal questão. Apenas predispõe a todos a mesma condição para que usufruam de seus direitos intrínsecos.

O autor Luís Roberto Barroso (2017, p.115) vislumbra sobre o princípio da dignidade o seguinte: "Esse princípio integra a identidade política, ética e jurídica da Constituição e, como consequência, não pode ser objeto de emenda tendente à sua abolição, por estar protegido por uma limitação material implícita ao poder de reforma".

Diante do exposto, é intrínseco afirmar que os princípios constitucionais possuem a vênia de prevalecer na criação de leis, pois são verdadeiros embasamentos. No que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana, o mesmo deve estar presente durante toda a fase processual, estando assim em consonância constituição e lei. Todavia, a constituição abranda com esse princípio e a lei acentua com a gravidade do crime.

Os crimes elencados pelo Ministério Público foram contra o vereador de Duque de Caxias – RJ com supedâneo no arts. 158, § 1º, c/c o art. 71 e 288, parágrafo único, c/c o art. 62, I, todos do Código Penal. Dessa maneira, teve o acolhimento e consequentemente, a prisão preventiva fora decretada. Passados 11 meses desde a prisão não houve oferecimento de denúncia. Dessa forma, os advogados do réu pediram o afastamento da súmula 691 do STF (STF, 2012, p. 04)

Os ministros do STF (2012, p. 01) mantiveram a votação unânime em relação ao caso que teve como ministro relator Cezar Peluso ensejando a exceção da súmula 691 do STF quando houver constrangimento ilegal. Assevera-se que o rigor se depreende de cada caso, não sendo mantido uma isonomia quanto as sentenças.

2.2.3 HC 152.752 (Caso Lula – ano 2018)

No dia 04 de abril do ano de 2018, o STF julgou o pedido de liminar impetrado pelo ex-presidente Lula para que a ordem de prisão em decorrência de execução provisória da pena até que o presente habeas corpus fosse concluso durante o julgamento. Os crimes atrelados ao processo em trâmite são de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, conforme relato de Celso de Melo (STF,2018).

O caso em tela ganhou grande repercussão midiática em virtude da figura que está representando o polo passivo da relação processual. No mais, a conotação dada fora de extrema euforia pelo desconhecimento de que postura seria adotada pelo STF para o caso em si, já que ao longo dos anos o mesmo tribunal adotou vertentes opostas de acordo com cada caso, como já fora explanado no presente trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em razão disso, o Ministro Celso de Mello (2018, p. 05) pontuou sobre a concessão da liminar em seu voto:

> Na realidade, a Constituição traduz documento político-jurídico da maior importância, cuja superioridade impõe-se à observância de todos, notadamente daqueles que exercem o poder político, destinando-se a proteger as liberdades, a tutelar os direitos e a inibir os abusos do Estado e daqueles que em seu nome atuam.

A outro tanto, a Constituição salvaguarda o direito de todos, independentemente de qual posição ocupa o indivíduo que está sendo julgado. Claro está, portanto, que a soberania atrelada à Constituição não se vincula a fatores externos como circunstâncias alheias. Dando a todos tratamento igualitário para que haja a prevalência da isonomia acima de quaisquer situações que vierem a surgir.

Assevera ainda o ministro Celso de Melo (2018, p.10) que há quase 3 (três) décadas tem mantido sua posição quanto a presunção de inocência:

> Vê-se, desse modo, que há quase 29 (vinte e nove) anos tenho julgado a controvérsia ora em exame sempre no mesmo sentido, ou seja, reconhecendo, expressamente, com fundamento na presunção de inocência, que as sanções penais somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, em razão de as penas impostas ao condenado, a qualquer condenado, dependerem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou, eis que o postulado constitucional do estado de inocência consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de comportar-se, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário.

Nesse sentido, vale enfatizar que o direito do indivíduo em passar por todas as instâncias anteriormente a execução da pena é imprescindível para que não venha ferir o que está positivado na Constituição Maior sem fazer distinção com o cidadão que se encontra nesta situação. Limitando assim a esfera judicial de condenar o réu antes de todas as possibilidades que lhe são auferidas.

À luz do que fora consagrado, o Ministro Celso de Melo (2018, p.50) concedeu a liminar que deferiu o habeas corpus para o Luís Inácio Lula da Silva, alegando em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

seu voto que se presume inocente até que ocorra o trânsito em julgado. Frente a isto, é de se distar que está alinhado com o que se encontra no art. 5, LVII, da CF/88.

Viceja grande discussão o caso em tela, o ministro Edson Fachin (2018, p.06) fundamentou que não há presença de divergência do que fora proferido pelo TRF-4 e a jurisprudência que a Suprema Corte adota desde o ano de 2016, mantendo assim fidelidade com as imposições legais adotadas.

Nesta oportunidade, o Ministro Edson Fachin frisou ainda (2018 p.06/07) que até que fosse julgado o mérito da ADC 43 e 44, o entendimento compreende-se pelo cumprimento da prisão em 2ª instância. Todavia, em que pese a orientação é fatídico distar que a posição adotada pelo STF no ano de 2016 ia de encontro ao que está fundamentado no art. 5º, LIV, da CF/88 que vigora até o presente momento. Sendo assim, o ministro Edson Fachin (2018 p.14) votou pela a denegação da ordem, sob a não constatação de ilegalidade, abusividade ou teratologia.

O ministro Dias Toffoli aludiu no julgamento (2018, p.05) como norma probatória, que o ônus da prova de inocência está ligado a quem está acusando mostrando assim os devidos fundamentos que se coadunam com o pedido. No mais, informa também que a norma de tratamento atrelado ao réu se justifica pela não condenação e nem a equiparação. Não podendo assim antecipar a concretude do que não fora julgado.

Ainda em sua deslinde, o ministro Dias Toffoli elucida que (2018, p.08) não tem prisão que suporte os indivíduos aqueles que cumprem execução provisória. Sendo, portanto, injusto ficarem à mercê de cadeias públicas ou até mesmo as delegacias. Importante assim demonstrar que:

> O quadro é dramático, haja vista que o Estado, ao não cumprir a exigências legais de alojamento do condenado em cela individual e os requisitos mínimos de salubridade da unidade celular (art. 88 da Lei nº 7.210/84), acaba por fomentar a atuação de organizações criminosas no sistema prisional.

Infere-se que ao ser preso, o cidadão já estará lá por motivo contrário ao que a constituição estabelece. Ao par que, o encarceramento brasileiro não é capaz de comportar a quantidade de pessoas que são condenados em 2ª instância. Nem mesmo terá as condições básicas imprescindíveis para a sua sobrevivência. Originando assim montantes dentro das prisões e consequentemente, causando rebeliões.

É oportuno consignar que o Ministro Dias Toffoli (2018, p.27) decidiu acerca do pedido com a vênia de que o paciente (Luís Inácio Lula da Silva) aguardasse em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

liberdade até o trânsito em julgado, com base no que é postulado no código penal assim como a jurisprudência adotada pela Suprema Corte.

O Ministro Ricardo Lewandowski (2018, p. 02) entende sobre a mutação que: "Independentemente da maneira como se dá a mutação do texto constitucional, esta jamais poderá vulnerar os valores básicos que lhe dão sustentação". Ou seja, as mutações decorrem da precisão de mudanças, conforme a sociedade vai progredindo. Não obstante, o texto constitucional carece em se adequar, contanto que não venha a agredir os princípios basilares que regem os direitos compreendidos aos cidadãos.

Discorreu também que a condenação da prisão em 2ª instância é um erro cometido pelos magistrados responsáveis pela primeira e segunda instâncias. Nesse sentido, deve-se mencionar que 700 (setecentas) pessoas vivem em condições insalubres dentro das prisões e 40% aguardam decisão sobre o seu quadro. Dito isso, há de se perceber que é um completo equívoco por parte dos representantes de instâncias estabelecerem esse tipo de situação contrariando a Constituição Maior. E assim veio a conceder o habeas corpus ao paciente (LEWANDOWSKI, 2018, STF).

O ministro Gilmar Mendes (2018, p.07) afirmou: "Em outros termos, diante das decisões do STJ, os réus cumpriram penas indevidamente e foram presos ilegalmente". O que vem a corroborar pelo entendimento que a prisão antes do trânsito em julgado afeta intrinsecamente os indivíduos que guarnecem de princípios que asseguram a sua liberdade, a sua vida. Demonstrando assim a deficiência dos tribunais frente aos direitos que regem à vida.

O ministro Gilmar Mendes (2018, p.17) fundamentou sobre situações excepcionais acerca da prisão de 2ª instância:

> Situações excepcionais, para hipóteses de crimes graves, em que normalmente se impõe o regime fechado, pode-se dar início ao cumprimento da pena a partir do segundo grau de julgamento. Haveria cautelaridade na aplicação imediata da pena, em hipóteses tais, como para a garantia da ordem pública ou da aplicação da lei penal.

Nesse sentido depreende-se que a prisão em 2ª instância só deverá ocorrer quando tiver alguma hipótese de ser perigoso para com a sociedade. Dito isso, é imperioso distar que a ordem pública é primordial. Todavia, os direitos atrelados ao indivíduo que é réu no processo não podem ser deixados em adjacência. O equilíbrio da análise do que carece a sociedade e o que pertence ao cidadão condenado em 2ª instância é fundamental para a manutenção da Constituição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ora, face as considerações aduzidas (KHALED, 2016):

> E a história não termina aí, já que aparentemente uma "Caixa de Pandora" foi aberta: os pressupostos mais básicos de práticas punitivas minimamente respeitosas dos limites legais estão sendo dilacerados com espantosa velocidade. Magistrados de todos os recantos do país repentinamente adquirem confiança para ultrapassar a literalidade de leis e institutos e fazer do Direito um simples reflexo de sua subjetividade autoritária.

A deliberalidade com que os magistrados ministraram suas decisões que tomaram frente ao caso em tela tomou uma proporção divergente ao que postula a Constituição Maior, o Código de Processo Penal. Inferindo assim que as decisões vêm a depender de cada caso, não mantendo dessa forma a imparcialidade. O habeas corpus 152.752 fora negado, por 6 votos a 5. Mostrando novamente que há distinções ao longo do tempo acerca de cada caso.

O afrouxamento ou relativização dos pilares constitucionais pode ser extremamente prejudicial ao ordenamento como um todo e um indício bem seguro de que novas deliberações da Suprema Corte podem trilhar caminhos divergentes dos que a semântica constitucional apresenta. A possibilidade de extensão do significado do texto constitucional não pode ser correspondida em igual proporção à restrição do mesmo.

3 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO EFEITO DA DECISÃO DO TRIBUNAL DO JURI FUNDADA NA LEI 13.964/19, art. 492 do CPP

Vários questionamentos sempre foram veiculados em face da instituição do Tribunal do Júri. Ausência de fundamentação pelo conselho de sentença, leitura de elementos do inquérito policial prejudicados por não serem submetidos ao contraditório ou ao direito do confronto – controle defensivo, enfim, situações jurídicas que produzem uma série de divergências de entendimentos.

Com a manifestação da Suprema Corte atestando a execução da prisão apenas em caráter definitivo, permitindo que o réu responda em liberdade até que se obtenha o ditado final, surge o questionamento em torno do art. 492, I, "e", do CPP com redação dada pela Lei 13.964/19 se é constitucional ou não a prisão imposta.

O Tribunal do Júri traz para si a competência de julgar crimes dolosos contra a vida que acometem valores importantes, seja ele moral ou ético, afetando a conduta dos seres humanos em sociedade, gerando assim uma inquietação pelos vários acontecimentos de delitos e infrações criminosas que são de conhecimento de todos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Logo, os efeitos decorrentes de um fato criminoso e seus desdobramentos acarretam a busca pelo esclarecimento a fim da reivindicação por justiça. Ademais, é devida uma análise, pois quando não há o cumprimento do dever legal do processo, inocentes são condenados e culpados absorvidos, muitas vezes em virtude do quadro de jurados do Tribunal do Júri que são pessoas do povo, que toma decisões próprias sem a devida fundamentação legal.

O Tribunal do Júri está previsto no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal assegurando-se: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. A disciplina legal do Tribunal do Júri está desenhada nos arts. 406 a 497 do CPP, tendo sido substancialmente alterada pela Lei n. 11.689/2008.

Diante disso, o denominado "Pacote anticrime" aprovado recentemente pela Lei 13.964/19 traz para o ordenamento jurídico brasileiro mudanças relevantes, contudo, algumas são passíveis de bastante crítica, sendo uma delas a inovação da execução provisória da pena em condenações no Tribunal do Júri à sanção igual ou superior a 15 anos de reclusão, prevista no art. 492 do Código de Processo Penal.

Verificando tal dispositivo, a decisão dos jurados deverá ser executada, entretanto, existe a exceção prevista no parágrafo terceiro do artigo, que aduz "o presidente poderá deixar de autorizar a execução provisória das penas, se houver questão substancial pelo tribunal ao qual competir o julgamento para que possa plausivelmente levar à revisão da condenação".

Ademais, existe outra exceção prevista no parágrafo quinto, em que o relator no Tribunal, em recurso não considerado protelatório, atestar "questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão".

Hodiernamente, tal dispositivo se encontra em debate sendo preciso analisar as inconstitucionalidades presentes. Primeira delas é a Violação a Presunção de Inocência, pois o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou que prisão automática em 2º grau viola tal presunção, imagine uma prisão em 1º grau, já que o Júri é um órgão da jurisdição de 1º grau, e o fato de ser um órgão colegiado não afeta em nada.

Nesse sentido, Geraldo Prado (2020, p. 01) problematiza se o júri tutela direito fundamental do acusado e se existe um "direito fundamental coletivo" a impor a imediata prisão do condenado pelo júri:

> Caso a tese correta pudesse ser a de uma "soberania do júri" domesticadora dos poderes de correção dos tribunais, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> dar origem a um "direito fundamental coletivo" à execução imediata da pena imposta ao condenado no júri, a solução eliminaria qualquer possibilidade de concordância normativa com a presunção de inocência, que ao exigir o esgotamento dos recursos para a execução da pena considera os efeitos do controle da legalidade do processo, da acusação, da obtenção das provas, da garantia do contraditório, etc. sobre toda e qualquer decisão criminal. Não haveria concordância normativa, mas pura e simples exclusão da incidência de normas constitucionais asseguradoras de direitos fundamentais

Além disso, em que pese o Tribunal do Júri ser um órgão de extrema importância e relevância na sociedade, existe, contudo, uma série de defeitos em seu trâmite, sendo um deles, os jurados decidem por uma intima convicção, sem a obrigatoriedade de fundamentar.

Ainda mais, resta demonstrado que o julgamento se resume em uma mera exposição de folhas contidas nos autos. A maioria dos jurados "selecionados" desconhecem o Direito e o próprio processo, na medida em que se limitam ao trazido pelo debate, ainda que, em tese tenham acesso a "todo" o processo.

Assim, tem-se uma decisão final gravada pelo "sim" e pelo "não", gerando uma prisão automática sem nenhuma necessidade cautelar. Logo, se o réu apresentar perigo a sociedade e ao processo ao qual está inserido, tem o viés da prisão preventiva que pode ser decretada no término do júri, sendo ela devidamente fundamentada.

Nessa mesma linha, Aury Lopes Jr e Alexandre de Morais da Rosa (2020), argumenta sobre a prisão cautelar:

> Ao não se revestir de caráter cautelar, sem, portanto, analisar o *periculum libertatis* e a necessidade efetiva da prisão, converte-se em uma prisão irracional, desproporcional e perigosíssima, dada a real possibilidade de reversão já em segundo grau (sem mencionar ainda a possibilidade de reexame e anulação do júri em sede de recurso especial e extraordinário).

Portanto, só reafirmamos que o art. 492, do Código de Processo Penal traz uma prisão sem cautelaridade alguma, sendo mais uma vez inconstitucional no nosso ordenamento. Sendo assim, é importante mencionar que tal dispositivo é totalmente contrário com que está previsto no art. 313, § 2º do CPP, que expressamente prevê

que "não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena. "

Ainda assim, da decisão do Tribunal do Júri cabe o recurso de Apelação, com base no art. 593, III, alíneas "a, b, c e d" do Código de Processo Penal. É possível perceber que existe uma devolução completa da matéria, discutindo as questões formais que pode inclusive, gerar a anulação do Júri, gerando um novo júri.

Temos ainda, de acordo com a alínea "c", a possibilidade de o Tribunal corrigir a pena, retifica-la sem precisar instituir um novo júri, e se esta for reduzida a pena abaixo de 15 (quinze) anos, essa prisão acaba sendo injusta ao sofrimento inconstitucional que foi causado.

O Tribunal pode ainda dar provimento ao apelo com base na alínea "d" e determinar que seja feito um novo Júri, porque a decisão foi manifestamente contrária às provas dos autos, assim, pode haver uma grande subjetividade, por parte dos julgadores e dos tribunais e entender da forma que quiser, a depender do contexto, e por fim, poderá haver uma reavaliação da prova, portanto, gera mais um absurdo da prisão em primeiro grau.

Nesse sentido, Paulo Queiroz (2020), faz uma análise com argumentos bem precisos:

> Semelhante previsão (prisão preventiva obrigatória), além de incoerente e ilógica, é claramente inconstitucional, visto que: 1) ofende o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5°, LVII), razão pela qual toda medida cautelar há de exigir cautelaridade, especialmente a prisão preventiva; 2) viola o princípio da isonomia, já que condenações por crimes análogos e mais graves (v.g., condenação a 30 anos de reclusão por latrocínio) não admitem tal exceção, razão pela qual a prisão preventiva exige sempre cautelaridade; 3) estabelece critérios facilmente manipuláveis e incompatíveis com o princípio da legalidade penal, notadamente a pena aplicada pelo juiz-presidente; 4) o só fato de o réu sofrer uma condenação mais ou menos grave não o faz mais ou menos culpado, já que a culpabilidade tem a ver com a prova produzida nos autos e com os critérios de valoração da prova, não com o quanto de pena aplicado; 5) a gravidade do crime é sempre uma condição necessária, mas nunca uma condição suficiente para a decretação e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> manutenção de prisão preventiva. Como é óbvio, a exceção está em manifesta contradição com o novo art. 313, §2º, que diz**:** Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena**.**

Em síntese, o posicionamento que deve prevalecer e vencer, é que não deve haver prisão obrigatória no Tribunal do Júri, sendo uma vez, inconstitucional e totalmente incoerente, porque o que justifica essa escolha por "15 anos"? Não há nada que ligue isso ao nosso sistema penal.

Dito isso, Geraldo Prado (2020) enfatiza que diante da tese e da lei recém aprovada há de se falar que viola a constitucionalidade por irem de encontro ao que é positivado pela presunção de inocência, o que por consequência acaba por infringir a Carta Magna de 1988, prevalecendo até os dias atuais.

A ADC 43 fora instituída pelo Partido Ecológico Nacional – PEN, tendo em vista as adversidades encontradas pela interpretação hesitante quanto ao artigo 283, do CPP frente a prisão de 2ª instância. Desta feita, fez-se necessário o posicionamento do Supremo Tribunal Federal para que houvesse de fato uma decisão concreta.

O relator Min. Marcos Aurélio da presente ADC vislumbrou em seu relatório que a prisão de 2ª instância é considerada inconstitucional perante ao que fora positivado na Constituição Maior, precisamente no art. 5, inciso LVII. No entanto, ele só ocorrerá em casos de importante iminência para o Estado como consta no art. 312, do CPP (STF, 2018).

Assim importa dizer, o Min. Marcos Aurélio (2019, p.06) que:

> Alega mostrarem-se nulos os pronunciamentos judiciais que, sem a declaração de inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, implicam a execução provisória de decisão condenatória, ante a inobservância do artigo 97 da Constituição Federal. Destaca a necessidade de o Supremo declarar, em sede de controle concentrado, a conformidade, ou não, do dispositivo com a Constituição Federal.

Neste passo, a imposição para com o STF fora imprescindível para que mais casos não viessem a sofrer nulidade, diante das diferentes decisões sofridas ao longo do tempo. Claro está portanto, que se o STF posicionar-se contrário a prisão, os casos serão considerados nulos. Outro ponto a salientar-se nesta questão diz respeito aos direitos auferidos aos indivíduos que tiveram seus direitos violados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A outro tanto é enfatizado no relato do Min. Marco Aurélio (2019, p.09) como fundamento que:

> Segundo destaca, "a presunção de inocência é direito fundamental", surgindo a prisão como exceção. Diz ter este Tribunal adotado, em 2009, entendimento no sentido de o princípio da não culpabilidade mostrar-se incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

Destarte, é imprescindível distar que a presunção de inocência é um importante direito garantido pela Constituição Federal no art. 5º, inciso LVII. Sendo assim, não há distinção quanto a quem deva ser garantido tal direito, portanto é de todos. Diante disso, é perceptível que ao longo das diversas decisões houve contradição tanto com relação ao que está postulado na Constituição como também aos indivíduos que tiveram seus direitos violados com base na má interpretação.

O princípio da presunção de inocência é norteador do processo penal. Nesse sentido, a doutrina majoritária defende que ele garante eficiência durante o trâmite do processo. Dessa forma, o juiz que é responsável pelo julgamento e que possui o poder de investigar as vértices do que circunda a situação ao mesmo tempo é garantido ao réu o contraditório (Lopes Jr, 2019).

Por sua vez, compreende-se que a solução para resolver as óbices do cotidiano surgem automaticamente, a depender da situação. No entanto, este tipo de ideia é completamente errôneo, pois as leis servem justamente para nortear os casos. Sendo assim, depreende-se que para cada problema terá um processamento diferente, o que vem a contrariar a igualdade entre os indivíduos (STRECK; FREITAS, 2020).

É forçoso mencionar que (STRECK; FREITAS, 2020):

> É importante que se mencione, ademais, o altíssimo índice de presos provisórios no país. Com efeito, no último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), divulgado pelo Ministério da Justiça, revelou-se que 40% dos encarcerados no Brasil representam presos provisórios, os quais se encontram em estabelecimentos prisionais, mas ainda não foram julgados.

Assim, importa dizer que há uma quantia exorbitante de presos sem um julgamento definitivo, o que contradita todos os direitos intrínsecos aos indivíduos positivados pela Constituição Maior. Aglomerando e consequentemente, expondo esses cidadãos a situações peculiares como doenças e até mesmo a morte. Nessa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

vereda, é importante distar que os ministros não podem alterar para com os casos que simpatizam, mas sim julgar igualitariamente.

A outro tanto, relativizar o princípio da presunção de inocência é uma atitude que amplifica a outras vertentes e consequentemente, resulta no autoritarismo. Nesse sentido, acaba que o Brasil se torna um dos países da América Latina considerado punitivista, o que contraria o pior inimigo do direito processual penal por várias décadas (KHALED, Jr, 2019).

Assevera ainda, (KHALED, Jr, 2019):

> Dessa herança de ódio decorrem infinitos problemas, como o desamor pelo contraditório, a inversão do ônus da prova, a flexibilidade da forma e a consequente relativização das nulidades, o primado das hipóteses sobre os fatos, a interferência do magistrado na gestão da prova, um insaciável apetite cautelar e a ambição de verdade que rotineiramente mata o *in dubio pro reo,* como se depreende da obra do professor de Processo Penal da PUC/RS Aury Lopes Jr.

Cuida-se de analisar que os juízes são responsáveis por julgarem parcialmente, independentemente de quem esteja na situação apresentada, inclusive é baseado num dos princípios que norteiam o direito processual penal. No entanto, é perceptível que o modelo italiano fascista ainda é muito presente e levado adiante pelos magistrados, contradizendo o que é postulado para garantir os direitos intrínsecos a quem se encontra em julgamento (KHALED, Jr, 2019).

Tecendo comentários acerca da matéria, é importante observar que o preso provisório encontra-se em um estado de qual ambiente seria adequado para a sua permanência, enquanto não houver todos os recursos esgotados. Com isso, não há respeito para com o que a lei prontifica que é de ficar em cela individual, gerando assim aglomerações e possíveis organizações criminosas (TOFFOLI, p. 08, 2019).

Por conseguinte, leva-se a compreender que durante todas essas alterações ao longo do tempo houve descumprimento com a lei e com os envolvidos, pois o indivíduo não poderia ter sido tratado como um preso, resultando assim numa punição antecipada. Violando mais uma vez todos os direitos garantidos em lei tanto pela Constituição como pelo processo penal.

Sob o pálio do julgamento da ADC 43, o presidente Dias Toffoli decidiu pela suspensão das execuções provisórias e que sejam deflagradas novas execuções provisórias. Indubitavelmente, o que contraria a Constituição como o direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

processual penal serão suspensos e que novas medidas serão adotadas com base na nova interpretação (TOFFOLI, p. 16 e 17, 2019).

Convém pôr em relevo que (KHALED, Jr, 2019):

> Mais de trinta e um anos depois, a promessa da Carta Magna brasileira permanece irrealizada. A República que fundamos com ela se encontra abalada em seus alicerces, por força da tentação autoritária que tem comprometido, nos últimos anos, o funcionamento das nossas instituições, muitas vezes movidas por propósitos alheios aos interesses públicos para os quais foram concebidas.

Neste ínterim, é importante frisar que a Constituição Brasileira de 1988 é a norteadora das fragmentações do direito brasileiro. Sendo assim, julgadores não podem ultrapassar aquilo que já está positivado, mas sim consolidá-la. Atenuando os casos concretos com a Lei Maior, os ensinamentos adquiridos e consequentemente, mantendo a sua parcialidade, sem distinção.

Laboram em erro quanto a casa legislativa querer alterar a presunção de inocência por PEC, porque consta no art. 60, § 4, IV, da Constituição Federal que não poderá ser objeto de emenda a deliberação quanto aos direitos e garantias individuais. Nesse sentido, percebe-se que há limites para serem cumpridos, não podendo assim prosperar tal ato (KHALED, 2019).

Levando-se em conta o que fora exposto, é imprescindível adentrar no mérito de que a Constituição é o norteador de todas as esferas e com isso tem-se o dever de seguir o que nela consta. Sem a presença de vícios que virão a incidir e prejudicar os indivíduos que por ventura encontrarão nesse tipo de situação. Tendo também os políticos que avaliarem as suas condutas antes de tomarem atitudes que não irão prosperar, visto que contradiz o que a Constituição positiva.

4 CONCLUSÃO

Diante dos fatos que foram expostos é fundamental distar que as décadas se passam e consequentemente, as normas vão se adaptando as mudanças recorrentes. No entanto, a partir do momento da feitura da Constituição e a adoção da mesma, os processos para alteração ou inclusão tornaram-se mais inflexíveis em decorrência da sua característica marcante, a rigidez.

Não obstante, a prisão em si sofreu alterações que vieram a impactar no poder judiciário assim como na sociedade. Dessa maneira, as influências sofridas por legislações internacionais e até mesmo o poder que muitos indivíduos detêm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

resultaram em situações de prejudicialidade e outros saíram beneficiados, o que provocou a mutabilidade e a violação do que consta na Constituição.

Infere-se que são inúmeros os casos, mas a lei é clara e precisa quanto a não prisão de 2º instância e há diferenciação quanto as decisões dependendo de quem esteja na posição. Outrora, fora preciso esse tema de extrema importância chegar ao Supremo Tribunal Federal e haver uma análise visceral para desencadear numa decisão que não violasse mais a Constituição tanto pelo o que ela profere quanto a não prisão de 2º instância quanto pela sua rigidez que necessita ser preservada.

Claro está, portanto, que tais mudanças levam os indivíduos a averiguarem se a lei que é a mesma para todos de fato é aplicada. Outro fato relevante é que muitos cidadãos que se encontravam como réu nos processos cumpriam pena sem ter todos os trâmites finalizados, causando assim violação nos princípios que salvaguardam os indivíduos bem como a superlotação nos presídios brasileiros. Forçoso concluir que a mutabilidade causa incerteza e violações ao sistema brasileiro.

Por conseguinte, em que pese a instituição do tribunal do júri ser tão importante no nosso ordenamento jurídico, ainda é passivo de indagações. E diante disso, o efeito e a decisão de uma prisão automática com pena igual ou superior 15 anos é de fato inconstitucional, e cabe ao Supremo Tribunal Federal garantir a eficácia ao Sistema Recursal. Pois, prisão cautelar deverá ser decretada, já antecipação da pena não.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo/Luís Roberto Barroso. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso: 17 out 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar 2020.

BRASIL. Lei Nº 3.689/41, de 03 de outubro de 1941. Instituiu o Código de Processo Penal. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso: 17 out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Lei Nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 fev 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43. Ministro: Dias Toffoli, 07 de nov de 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf. Acesso: 19 mar 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43. Ministro Relator: Marco Aurélio, 17 de nov de 2019. Disponível em:http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf. Acesso: 18 mar 2020.

BRASIL. STF concede salvo-conduto ao ex-presidente Lula até julgamento final de habeas corpus. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373249. Acesso: 28 nov 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 113.611. Paciente: Jonas Gonçalves da Silva. Relator: Min. Cesar Peluso. Rio de Janeiro, 26 de junho de 2012. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2848333. Acesso: 24 out 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.752. Paciente: Luís Inácio Lula da Silva: Min. Edison Fachin. Paraná, 04 de abril de 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf. Acesso: 01 dez 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.752. Paciente: Luís Inácio Lula da Silva: Min. Edison Fachin. Paraná, 04 de abril de 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf. Acesso: 02 jan 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.752. Paciente: Luís Inácio Lula da Silva: Min. Edison Fachin. Paraná, 04 de abril de 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf. Acesso: 28 nov 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.752. Paciente: Luís Inácio Lula da Silva: Min. Edison Fachin. Paraná, 04 de abril de 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752VotoMinEF.pdf. Acesso: 01 dez 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.752. Paciente: Luís Inácio Lula da Silva: Min. Edison Fachin. Paraná, 04 de abril de 2018. Disponível

em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HABEASCORPUSHC152752VotoMinRL.pdf. Acesso: 02 dez 2019.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 86.884. Paciente: Flávio Maluf. Relator: Min. Carlos Velloso. São Paulo, 20 de outubro de 2005. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80231. Acesso: 24 out 2019.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Decreto Lei nº3689 de 3 de outubro de 1941. In: Vade Mecum Saraiva Compacto. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 619, 628-638.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Delaçao Premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil. Florianópolis: EMais, 2018. p. 21.

CRIMINAL PLAYER. Ep. 68 Prisão obrigatória no júri com pena maior de 15 anos com Aury e Alexandre. Locução de: Alexandre Morais e Aury Lopes Jr. Spotify, 30 de Janeiro, de 2020. Podcast. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/46eBcyFtnITUWZ3Vh4Amub. Acesso em: 10 fev 2020.

FOUCALT, Michel. A ordem do discurso. 19. Ed. São Paulo: Loyola, 2009

FREITAS; STRECK. Restringir Habeaus Corpus significa ignorar caos prisional brasileiro. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-fev-19/streck-freitas-restringir-hc-ignorar-caos-prisional-brasileiro. Acesso: 18 mar 2020.
KHALED, Salah. A morte do remédio heroico: prisão decretada de ofício em habeas corpus. Disponível em: http://www.justificando.com/2016/06/10/a-morte-do-remedio-heroico-prisao-decretada-de-oficio-em-habeas-corpus/. Acesso: 04 dez 2019.

KHALED, Salah. Coragem para fazer valer a Constituição: eis o que se espera do STF. Disponível em:https://www.cartacapital.com.br/opiniao/coragem-para-fazer-valer-a-constituicao-eis-o-que-se-espera-do-stf/. Acesso: 19 mar 2020.

KHALED, Salah. Não é possível alterar a presunção de inocência por PEC. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/opiniao/nao-e-possivel-alterar-a-presuncao-de-inocencia-por-pec/. Acesso: 20 mar 2020.

LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Prisão obrigatória no júri é mais uma vez inconstitucional. Disponível: https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional. Acesso em: 06 abr 2020.

LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 11ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
NOGUEIRA, Thúlio. Afinal, qual o alcance da garantia da presunção de inocência no processo penal brasileiro?. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/afinal-qual-o-alcance-da-garantia-da-presuncao-de-inocencia-no-processo-penal-brasileiro. Acesso: 17 out 2019.
PRADO, Geraldo. O estatuto jurídico da prisão processual no júri e a tese da soberania dos vereditos. Disponível: https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/geraldo-prado-estatuto-juridico-prisao-processual-juri. Acesso: 29 abr 2020

QUEIROZ, Paulo. A nova prisão preventiva – Lei nº 13.964/2019. Disponível: https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/. Acesso em: 13 abr 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Ensino Jurídico e Pós - Graduação no Brasil: Das Razões Pelas Quais o Direito Não é Uma Racionalidade Instrumental. Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3266/2048. Acesso: 17 out 2019.
STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias **Discursivas/** Lenio Luiz Streck. – 1 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NOTAS:

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. Email: aleksandrav06@gmail.com

[2] Orientador. Professor do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA, Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN. E-mail: marcus_n_lima@hotmail.com

[3] FOUCALT, Michel. A ordem do discurso. 19. Ed. São Paulo: Loyola, 2009.

[4] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Delaçao Premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil. Florianópolis: EMais, 2018. p. 21.

[5] Professor do Liceu Henri-IV em Paris, ao tempo que defende a liberdade religiosa no início o século XIX, assume o projeto de restabelecer a Ordem na França. Nesse intuito utilizará uma estratégia que se poderá qualificar de "moderna", na medida em que se baseava sobretudo no apoio da opinião pública, bem como na defesa dos direitos do homem e da liberdade de associação.

www.conteudojuridico.com.br

O ART. 10 DO NOVO CPC: VEDAÇÃO DE DECISÃO SURPRESA NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

LEONARDO CORRÊA DOS SANTOS:
Defensor Público do Distrito Federal. Anteormente, Analista Judiciário na Justiça Eleitoral. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2004). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes/Praetorium (2008).

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar que o art. 10 do novo Código de Processo Civil representa a positivação legal de mais uma regra que integra as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. O método utilizado para tanto é o dialético-dedutivo. O resultado encontrado foi a confirmação de que o referido dispositivo legal, ao impossibilitar que seja proferida qualquer decisão *"(...) com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício"*, positivou, no processo civil brasileiro, mais um corolário dos referidos princípios, contribuindo para a ampliação e o fortalecimento das referidas garantias constitucionais.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO. 2 – DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E DA RELAÇÃO DESSES PRECEITOS COM A REGRA QUE VEDA DECISÕES SURPRESAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. 3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 – INTRODUÇÃO

O presente artigo visa demonstrar que o art. 10 do novo Código de Processo Civil representa a positivação legal de mais uma regra que integra as garantias fundamentais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

2 – DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E DA RELAÇÃO DESSES PRECEITOS COM A REGRA QUE VEDA DECISÕES SURPRESAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O devido processo legal (due process of law) teve suas origens na Magna Carta, editada por João Sem Terra, no séc. XIII. No Brasil, possui o status de garantia fundamental expressamente prevista no art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), nos termos abaixo.

> Art. 5º . (...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Essa garantia se manifesta sob dois aspectos: o formal (procedural due process) e o substancial / material (substantive due process) (GONÇALVES: 2017, p. 61).

O procedural due process "...**diz respeito à tutela processual**. Isto é, ao processo, às garantias que ele deve respeitar e ao regimento legal que deve obedecer" (idem. p. 61) (destaques do texto original).

Do referido aspecto formal derivam todos os outros princípios processuais, mesmo porque, para que o processo tramite da forma devida, ele deve respeitar não apenas as regras de procedimento aplicáveis ao caso, mas – sobretudo – os princípios e garantias que norteiam a atividade jurisdicional.

O substantive due process, por sua vez, representa uma "(...) autolimitação ao poder estatal, que não pode editar normas que ofendam a razoabilidade e afrontem as bases do regime democrático" (O sentido formal e material do devido processo legal: Considerações acerca do Devido Processo Legal. Observação: não se encontrou a autoria do referido artigo) (destaques do texto original).

Por esse aspecto, "(...) a decisão oriunda do provimento jurisdicional deve fazer prevalecer, sempre, a supremacia das normas, dos princípios e dos valores constitucionais". O que leva a constatação de que "(...) não basta à prestação judicial a mera regularidade formal, é-se necessário que esta seja substancialmente razoável e correta. Daqui, então, emergem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nos quais se ponderam os interesses em jogo, visando à justiça do caso concreto" (**O sentido formal e material do devido processo legal:** Considerações acerca do Devido Processo Legal) (destacou-se).

> O ***devido processo legal formal*** ou ***processual*** exige o respeito a um conjunto de garantias processuais mínimas, como o contraditório, o juiz natural, a duração razoável do processo e outras.
>
> O ***devido processo legal substancial*** ou ***material***, por outro lado, é uma forma de controle de conteúdo das decisões. Se o processo tem seu trâmite garantido por impulso oficial até o provimento final com uma sentença ou acórdão, daí é de se concluir que há devido processo legal se esta decisão é devida / adequada, leia-se: proporcional e razoável. (GOMES. Devido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> processo legal formal e devido processo legal substancial) (destaques presentes no texto original)

Somente mediante o respeito dos dois aspectos do due process of law, o processo garantirá a efetivação e a concretização dos princípios constitucionais materiais no caso concreto.

Aliás, para se chegar a uma decisão devida / adequada, deve-se defendê-la de quaisquer suspeitas de arbítrio. Para tanto, exige-se, dentre outro fatores, o respeito às garantias mínimas que constituem o devido processo legal.

Por isso, correto o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que

> " (...) O exame da garantia constitucional do "due process of law" permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); e (l) direito à prova (...)"
>
> (MS 34180 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 01/07/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 05/07/2016 PUBLIC 01/08/2016) (grifo nosso)

Tal ideia está claramente presente no próprio texto constitucional, o qual deixa claro, em seu art. 5º, inc. LIV, que o devido processo é uma garantia que visa atingir um objetivo maior, qual seja: proteger outros bens e valores constitucionais como a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade e a propriedade.

Portanto, não se trata de uma garantia que exige apenas o cumprimento de formalidades, pois o devido processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento / garantia da efetivação de outros princípios / objetivos constitucionais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Logo, se por um lado, as formalidades processuais e procedimentais são essenciais para se coibir o arbítrio; a observância dessas formalidades deve ter o objetivo maior garantir a concretização dos princípios constitucionais em jogo, mediante processos judiciais e administrativos razoáveis e corretos. Caso contrário, o mero respeito às regras se torna vazio e irrelevante.

Nesse ponto, as garantias da ampla defesa e do contraditório são as duas garantias processuais mais importantes e conhecidas do devido processo legal.

Essas duas garantias são expressamente previstas no inc. LV do art. 5º da Constituição da República, nos seguintes termos:

> Art. 5º. (...)
>
> (...)
>
> LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Logo, à luz do texto constitucional, pode-se afirmar que

> "'(...) as garantias do contraditório e da ampla defesa desdobram-se hoje em três planos: a) no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente como tais, para o processo penal e para o não-penal; b) no plano das acusações em geral, em que a garantia explicitamente abrange as pessoas objeto de acusação; c) no processo administrativo sempre que haja litigantes. (...) É esta a grande inovação da Constituição de 1988'."
>
> (MS 34180 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 01/07/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 05/07/2016 PUBLIC 01/08/2016) (grifo nosso; cumpre esclarecer também que essa parte da decisão parece ser parte de uma citação, não se sabendo se o texto supostamente citado é um excerto de uma outra decisão judicial ou de uma doutrina).

Importante notar que a garantia da ampla defesa implica (I) no respeito à garantia do contraditório e (II) no respeito aos direitos à produção de provas, ao acompanhamento dos atos processuais, à vista do processo, à interposição de recurso, dentre outros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em suma, essa garantia permite que a parte adote todas as intervenções necessárias para provar as alegações dela, desde que não proibidas pelo ordenamento jurídico.

Nesse ponto, cumpre destacar que tais proibições podem ser expressas ou tácitas – como, por exemplo, quando não aceitável certo comportamento processual por contrariar um princípio jurídico ou por afrontar diretrizes / objetivos do ordenamento.

Portanto, a garantia da ampla defesa é mais abrangente e engloba a do contraditório. Por isso, o contraditório é corolário do princípio da ampla defesa.

Por contraditório se entende o direito da parte – em processos judiciais ou administrativos – de contestar, redarguir acusações e impugnar atos e atividades que lhe sejam desfavoráveis, praticados pela parte contrária ou pelo(a) próprio(a) Magistrado(a) ou por uma autoridade administrativa.

> "(...) o contraditório é natural corolário da ampla defesa. Esta, sim, é que constitui o princípio fundamental e inarredável. Na verdade, dentro da ampla defesa já se inclui, em seu sentido, o direito ao contraditório, que é o direito de contestação, de redargüição a acusações, de impugnação de atos e atividades. Mas outros aspectos cabem na ampla defesa e também são inderrogáveis, como é caso da produção de prova, do acompanhamento dos atos processuais, da vista do processo, da interposição de recursos e, afinal, de toda a intervenção que a parte entender necessária para provar suas alegações. (...).'"
>
> *(MS 34180 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 01/07/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 05/07/2016 PUBLIC 01/08/2016)* (grifo nosso; cumpre esclarecer também que essa parte da decisão parece ser parte de uma citação, não se sabendo se o texto supostamente citado é um excerto de uma outra decisão judicial ou de uma doutrina).

Cumpre destacar que *"'(...) O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (...)'"* (RTJ 191/922, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES *apud* MS 34180 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 01/07/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 05/07/2016 PUBLIC 01/08/2016) (destacou-se)

> Do contraditório resultam duas exigências: a de se dar ciência aos réus, executados e interessados, da existência do processo, e aos litigantes de tudo o que nele se passa; e a de permitir-lhes que se manifestem, que apresentem suas razões, que se oponham à pretensão do adversário. O juiz tem de ouvir aquilo que os participantes do processo têm a dizer, e, para tanto, é preciso dar-lhes oportunidade de se manifestar e ciência do que se passa, pois, sem tal conhecimento, não terão condições adequadas para se manifestar.
>
> (GOLÇALVES: 2017, p. 62) (grifo nosso)

Tal garantia, além de ser prevista de forma expressa no inc. LV do art. 5º da CRFB, também está resguardada pelo novo CPC, especialmente em seus arts. 9º e 10.

Com efeito, o caput do art. 9º do novo Código afirma que "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida". Tal regra é complementada pela do art. 10, que será adiante estudado.

Em suma, o princípio do contraditório é um dos elementos do princípio da ampla defesa, o qual, por sua vez, integra o princípio do devido processo legal. Logo, nesse estudo do art. 10 do CPC, quando se fala em garantia do contraditório, também se está falando – ainda que implicitamente – nas garantias do devido processo legal e da ampla defesa.

A norma que será estudada a partir de agora, como se verá adiante, traça alguns contornos das garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dando-lhes concretude ao estabelecer o modo pelo qual tais regras serão respeitadas em situações processuais específicas. Tal fato é suficiente para dar especial relevo ao tema.

Todavia, uma prova de que não existe qualquer supervalorização do tema reside na observação de que, quando do Seminário *"O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL"*, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados (ENFAM) em 2015, aprovou-se 62 (sessenta e dois) enunciados, sendo que os 6 (seis) primeiros dizem respeito ao mencionado art. 10.

> ENUNCIADOS APROVADOS
>
> 1) Entende-se por "fundamento" referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 2) Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanação daquele princípio.
>
> 3) É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.
>
> 4) Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015.
>
> 5) Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório.
>
> 6) Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório."
>
> (fonte: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf. Acesso em 18/12/2018)

Claro que tais enunciados representam apenas uma perspectiva doutrinária inicial sobre o tema e, portanto, não estão isentos de erros. Nesse aspecto, constata-se que, infelizmente, ao menos os verbetes n. 1, 3 e 4 representam uma negação da regra do art. 10, fruto, ao que parece, de uma análise prematura e precipitada do instituto. Tais enunciados, conforme se verá adiante, são flagrantemente ilegais e violam as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, o fato de o estudo do art. 10 representar quase 10% (dez por cento) desses verbetes demonstra uma clara preocupação com o estudo do tema, sendo um indício claro da relevância da questão.

Outro dado objetivo que reforça a relevância do assunto é a constatação de que o Fórum Permanente de Processualistas Civis aprovou ao menos em 3 (três) enunciados a respeito do aclamado art. 10, os quais estão abaixo reproduzidos.

> Enunciado 235: Aplicam-se ao procedimento do mandado de segurança os arts. 7º, 9º e 10 do CPC [numeração preservada no novo CPC].

> Enunciado 259: A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio [art. 190, parágrafo único].
>
> Enunciado 282: Para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta, previsto no art. 10 [numeração preservada no novo CPC]."
>
> (Bueno: 2015, p. 48)

Dito isso, o art. 10 do novo Código de Processo Civil (CPC) assim dispõe:

> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Essa norma representa a positivação de uma garantia processual consistente na vedação de decisões-surpresas.

Tal regra está presente nas legislações francesa e portuguesa (NEVES: 2016, p. 27). No Brasil, antes da expressa previsão legislativa no art. 10 do novo Código de Processo Civil, a doutrina já defendia a necessidade que se estabelecesse o contraditório antes de o(a) Juiz(a) ou de o Tribunal decidir a respeito de matérias e temas sobre os quais o Poder Judiciário tenha o poder-dever de decidir de ofício.

Ocorre que *"infelizmente os membro do Poder Judiciário, em sua esmagadora maioria, não percebiam a diferença basilar entre decidir de ofício e decidir sem a oitiva das partes"* (NEVES: 2016, p. 26).

Por isso, foi importante a positivação da questão: A regra impede que, nos casos concretos, seja adotado o entendimento de que, por determinado tema se tratar de matéria a ser decidida de ofício, seria desnecessário o contraditório prévio a respeito do tema.

Atualmente, a regra do contraditório prévio, mesmo em temas que possam ser decididos de ofício, é inafastável – em razão de expressa disposição legal. Logo, para se respeitar a garantia do contraditório, ao menos no processo civil, deve-se respeitar a regra do art. 10.

Em suma, com a positivação, a questão do contraditório prévio obrigatório – mesmo para questões que estão dentro do poder-dever dos Magistrados de agirem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de ofício – não mais está sujeita a interpretações subjetivas, pois se trata de um mandamento legal.

Portanto, não respeitar a referida regra implica em desrespeitar frontalmente o princípio constitucional do contraditório e, portanto, incorrer em nulidade processual, isto é, em proferir decisão judicial nula.[1]

A preocupação específica com as matérias sobre as quais os Juízes ou Tribunais possam decidir de ofício se justifica porque se tratam de questões jurídicas que são capazes de surpreender as partes, isto é, influenciar no resultado do processo sem que as partes sequer as tenham antevisto. Daí a pertinência da previsão legal de se dar às partes a oportunidade de se manifestar previamente sobre essas questões.

Nesse ponto,

> Em matérias que o juiz só possa conhecer mediante a alegação das partes, realmente parece não haver possibilidade de a decisão surpreender as partes.
>
> Os problemas verificam-se no tocante às matérias de ordem pública, na aplicação de fundamentação jurídica alheia ao debate desenvolvido no processo até o momento da prolação da decisão, e aos fatos secundários levados ao processo pelo próprio juiz.
>
> (NEVES: 2016, p. 26) (grifo nosso)

Essas questões de ordem pública e esses fatos secundários que o(a) Magistrado(a) levam ao processo *"são matérias e temas que o juiz pode conhecer de ofício, havendo, entretanto, indevida ofensa ao contraditório sempre que o tratamento de tais matérias surpreender as partes"* (NEVES: 2016, p. 26).

Portanto, tal regra deixa claro que as partes jamais poderão ser tratadas como meros objetos do processo. Ao contrário, elas sempre devem ter a possibilidade de tentarem interferir ativamente na decisão judicial a ser tomada, não podendo ser surpreendidas com decisões judiciais alicerçadas em aspectos processuais e/ou materiais desfavoráveis a respeito dos quais não foram dados as partes o direito de, se o quiserem, defenderem-se ativamente.

Nesse aspecto, o novo CPC trouxe um avanço inegável no sentido de impedir que decisões desfavoráveis às partes sejam tomadas de forma arbitrária, ainda que se tratem de decisões que o(a) Juiz(a) possa tomar ser qualquer requerimento prévio das partes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por esse motivo, essa regra acaba por ser uma garantia da efetiva incidência das garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório nas relações processuais regradas pelo novo Código de Processo Civil.

Logo, tal sistemática, além de possibilitar o respeito ao contraditório, evitando-se possíveis nulidades decorrentes do desrespeito a tal princípio, apresenta duas vantagens: (I) *"nenhuma das partes terá sido surpreendida"* e (II) o(a) Magistrado(a) decidirá *"...com mais segurança, depois de ouvidas as partes, já que elas terão fornecido subsídios para isso"* (GONÇALVES: 2017. P. 63).

Cumpre ressaltar que a regra não impede que o(a) Juiz(a) aplique a lei que entender adequada à solução do conflito, ainda que essa norma sequer seja invocada. Entretanto, *"...para que as partes não sejam surpreendidas, o juiz deverá antes dar oportunidade de que elas se manifestem a respeito"* (GONÇALVES: 2017. P. 64).

> "Enunciado 282: Para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta, previsto no art. 10 [numeração preservada no novo CPC]." (Bueno: 2015, p. 48)

Em outras palavras, o(a) Magistrado(a) não pode se valer *"...de fundamento cognoscível de ofício, que não havia sido anteriormente suscitado, sem dar às partes oportunidade de manifestação"* (GONÇALVES: 2017, p. 63).

Deve-se destacar que a necessidade de contraditório prévio não mitiga o poder-dever do(a) Magistrado(a) de agir de ofício quando se caso assim o exigir, isto é, quando configurada uma hipótese de atuação de ofício.[2] Ao contrário, confere maior legitimidade a essa atuação, pois, ao ouvir previamente as partes, fulmina qualquer futura e eventual alegação de arbitrariedade, bem como confere ao processo um caráter mais democrático ao dar mais oportunidade às partes de contribuir efetivamente na formação da convicção judicial.

Na prática, a regra prevista no novo Código de Processo faz com que o trâmite processual se desenvolve da seguinte forma:

(I) *"Se a questão de ordem pública não foi suscitada pelas partes, o próprio juiz, antes de decidir com base nela, deverá previamente suscitá-la, para, a respeito, colher a manifestação das partes"* (GONÇALVES: 2017, p. 63);

(II) *"após sua discussão específica, segue-se a decisão"* (BUENO: 2015, p. 48).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Tal sistemática encaixa-se perfeitamente com o entendimento do STF no sentido de que *"'(...) o exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (...)'"* (RTJ 191/922, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES *apud* MS 34180 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 01/07/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 05/07/2016 PUBLIC 01/08/2016) (destacou-se).

Diante de tal entendimento do STF, fica claro que o art. 10 do CPC não padece de qualquer inconstitucionalidade. Ao contrário, de fato é uma regra que dá concretude à garantia do contraditório em situações jurídicas nas quais, infelizmente, era frequente o entendimento no sentido de que não se fazia necessário estabelecer o contraditório.

Assim, na prática, ainda que se trate do reconhecimento da prescrição ou decadência, por exemplo, o(a) Juiz(a) pode reconhecê-las de ofício. Porém, antes, deve oportunizar às partes e aos terceiros que possam ser prejudicados pela decisão se manifestarem sobre a questão.

Cumpre observar que o art. 10 está intimamente interligado com a regra prevista *caput* do art. 9º do novo Código, que assim dispõe: *"não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida"*. Ora, como a parte a que diz respeito a regra do art. 10 é aquela que pode ser prejudicada pela decisão judicial, a regra do art. 10 representa uma garantia de observância da regra estabelecida no art. 9º.

Também se faz necessário entender que o art. 10, apesar de mencionar o termo "partes", é extensível a terceiros e ao Ministério Público quando atua como fiscal da ordem jurídica (nesse sentido: BUENO: 2015, p. 48).

Não se pode entender de forma diferente, pois não há justificativa alguma para se reduzir os sujeitos processuais que devem ser abrangidos por esse aspecto do contraditório por intermédio de uma intepretação restritiva e literal de um dispositivo que visa justamente garantir o contraditório pleno. Em outras palavras: não se pode apegar à literalidade para rechaçar o espírito, o objetivo da norma.

Ademais, o termo "fundamento", presente no art. 10, não autoriza a alteração da causa de pedir, devendo ser compreendido *"(...) de forma ampla, a título de 'argumento' ou de 'razões' aptas para justificar a decisão a ser tomada pelo magistrado. É sobre esse argumento (ou essas razões) que as partes devem ser ouvidas"* (BUENO: 2015, p. 48).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(...)

1. "O 'fundamento' ao qual se refere o art. 10 do CPC/2015 é o fundamento jurídico - circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação -, não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria). A aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa. O conhecimento geral da lei é presunção jure et de jure" (EDcl no Resp n° 1.280.825/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017.) 2. O art. 933 do CPC/2015, em sintonia com o multicitado art. 10, veda a decisão surpresa no âmbito dos tribunais, assinalando que, seja pela ocorrência de fato superveniente, seja por vislumbrar matéria apreciável de ofício ainda não examinada, deverá o julgador abrir vista, antes de julgar o recurso, para que as partes possam se manifestar.

(...)

(STJ. REsp 1755266/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 20/11/2018. Fonte: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia. Acesso em 17/02/2020) (destacou-se)

(no mesmo sentido: STJ. AgInt no REsp 1695519/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 29/03/2019. Fonte: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia. Acesso em 17/02/2020)

De fato, não se está falando aqui de mera indicação prévia de dispositivos legais, mas da necessidade de indicação prévia de que, diante do caso concreto apresentado, pode estar configurada determinada consequência jurídica, tal como a prescrição ou a decadência.

Ademais, não se trata de decisão surpresa quando um Tribunal entende que não foi atendido um pressuposto recursal. Ora, os pressupostos recursais são previstos em lei e devem ser de domínio dos profissionais que manejam tais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

instrumentos processuais. Ademais, já é também previsto em lei que os Tribunais fazem esse juízo de admissibilidade.

Nesse sentido:

> (...)
>
> IV. A proibição da denominada decisão surpresa, que ofende o princípio previsto nos arts. 9º e 10 do CPC/2015, ao trazer questão nova, não aventada pelas partes em Juízo, não diz respeito aos requisitos de admissibilidade do Recurso Especial, já previstos em lei e reiteradamente proclamados por este Tribunal. Não há, neste caso, qualquer inovação no litígio ou adoção de fundamentos que seriam desconhecidos pelas partes, razão pela qual inexiste a alegada nulidade da decisão agravada, à míngua de intimação acerca dos fundamentos utilizados para o não conhecimento do Recurso Especial, o qual deixou de preencher os pressupostos constitucionais e legais do apelo.
>
> (...)
>
> (STJ. AgInt no AREsp 1329019/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 11/04/2019. Fonte: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia. Acesso em 17/02/2020) (destacamos)

Cabe destacar também a alegação de violação ao art. 10, para ser apreciada em sede de Recurso Especial, exige pré-questionamento.

Nesse ponto:

> 1. A questão referente à ofensa ao princípio da não surpresa, contida no artigo 10 do CPC/2015, não foi objeto de apreciação pela Corte de origem, e a recorrente não opôs Embargos de Declaração, a fim de provocar o necessário prequestionamento.
>
> (STJ. AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.381.965 - PR (2018/0269977-1), Rel. Ministra Assusete Magalhães, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019. Fonte: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia. Acesso em 17/02/2020)
>
> ---

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> IV. Não tendo o acórdão hostilizado expendido juízo de valor sobre os arts. 10 do CPC/2015 e 1º e 6º do Decreto-lei 4.657/42, a pretensão recursal esbarra em vício formal intransponível, qual seja, o da ausência de prequestionamento – requisito viabilizador da abertura desta instância especial –, atraindo o óbice da Súmula 211/STJ, na espécie.
>
> (STJ. AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.399.603 - RS (2018/0301891-3). Rel. Ministra Assusete Magalhães, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2019. Fonte: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia. Acesso em 17/02/2020)

Outro aspecto a ser mencionado é que as precauções do art. 10 devem ser tomadas *"...em todas as hipóteses de improcedência liminar"* da demanda, pois elas não estão previstas entre aqueles casos do p. único do art. 9º do novo CPC, nas quais o contraditório é postergado (conforme GONÇALVES: 2017, p. 63). Nesses casos de improcedência liminar, há necessidade de citação prévia apenas dos autores, porque tais decisões não são proferidas contra os réus e, ademais, estes ainda nem integraram as demandas (Idem, p. 64).

Cumpre registrar também que o Fórum Permanente de Proc*essualistas Civis* fixou entendimento de que o mencionado art. 10 deve ser aplicado mesmo no rito do Mandado de Segurança (MS).

> Enunciado 235: Aplicam-se ao procedimento do mandado de segurança os arts. 7º, 9º e 10 do CPC [numeração preservada no novo CPC].
>
> (Bueno: 2015, p. 48).

Nesse ponto, deve-se atentar para o fato de que o Mandado de Segurança é uma ação prevista na própria Constituição da República (art. 5º, incs. LXIX e LXX) e que possui rito próprio regulado por lei especial, qual seja: a Lei n. n. 12.016/2009.

Esse entendimento – com o qual se concorda – é uma prova de que o art. 10 traz consigo mais do que uma simples regra processual. Trata-se de uma norma que ajuda a estabelecer a extensão, os contornos da garantia constitucional do contraditório, isto é, ajuda a definir como essa garantia se manifesta nas lides de um modo geral – ao menos nas lides de cíveis.

Relevante observar também a perspectiva de DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES no sentido o art. 10 *"...não terá vida fácil nas mãos da magistratura nacional"*,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

porque (muitos) Juízes entendem que *"...quando eles decidem de ofício estão sempre certos, e por isso não precisam ouvir previamente as partes, que em nada contribuirão na formação de um convencimento já formado"* (NEVES: 2016, p. 27).

O doutrinador parece alicerça essa afirmação nos Enunciados n. 1, 3 e 4 do Seminário "O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL", ocorrido em 2015, realizado pela ENFAM, acima reproduzidos.

Entretanto, obviamente tais enunciados não representam a ideia externada no art. 10 do novo CPC, o qual, ao contrário, estabelece que o(a) Magistrado(a), mesmo quando, em uma primeira análise, entenda que deva decidir de ofício, deve antes oportunizar às partes se manifestarem a respeito da questão, o que, além de garantir o contraditório, possibilita que os magistrados tenham outras perspectivas a respeito da questão, proferindo assim uma decisão mais acertada.

Tal ideia deve ser aplicada mesmo quando o magistrado venha a visualizar possível incompetência absoluta não alegada pelas partes. Por isso, o verbete n. 4 se mostra equivocado.

Ademais, o enunciado n. 1 trilha o mesmo caminho da ilegalidade ao permitir que o(a) Magistrado(a) adote enquadramento jurídico não trazido ao processo pelas partes sem ouvir antes as partes a respeito do assunto.[3]

O enunciado 3 consegue ser pior que os dois anteriores ao dizer que é desnecessário ouvir as partes quando o que elas forem dizer não puderem influenciar na solução da causa.

Ora, não há como saber se o que alguém vai dizer influenciará ou não nas nossas decisões antes de ouvir aquela pessoa. Então, o enunciado só teria sentido se os Julgadores tivessem o poder de adivinhar o que as partes iriam dizer.

Por isso se afirmou anteriormente que os verbetes 1, 3 e 4 são flagrantemente ilegais, pois negam vigência ao art. 10 e, portanto, violam as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório.

Entretanto, tais enunciados foram produzidos em 2015, representando apenas uma primeira percepção doutrinária da questão.

Ademais, apesar dos equívocos presentes nesses três verbetes, não se concorda com a ideia do doutrinador acima reproduzida porque se entende que no máximo uma pequena minoria dos(as) Magistrados(as) adotavam a perspectiva equivocada de não escutar as partes motivados pela certeza do convencimento previamente formado a respeito de matérias e questões a serem decididas de ofício.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ao que parece, o que preponderava antes do novo CPC era o equívoco de achar que, por se tratar de matéria a ser decidida de ofício, seria desnecessário estabelecer o prévio contraditório.

Por tal motivo, acredita-se que existe uma disposição quase unânime dos Juízes no sentido de seguirem as garantias. A questão é que a interpretação dos preceitos legais evolui e o art. 10 do novo CPC veio para consagrar tal evolução – antes difundida em sede doutrinária.

Cumpre ressaltar que não se nega aqui que, em situações excepcionais, o contraditório pode ser postergado / diferido para momento posterior a uma decisão judicial, como, por exemplo, quando o(a) Magistrado(a) entende ser necessário conceder tutela provisória de urgência em caráter liminar sem ouvir a parte contrária em razão das peculiaridades do caso concreto. Tais possibilidades são tratadas no parágrafo único do art. 9º do CPC.

> Art. 9° (...)
>
> Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
>
> I - à tutela provisória de urgência;
>
> II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
>
> III - à decisão prevista no art. 701.

Todavia, esse contraditório jamais poderá ser suprimido.

3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 10 do novo CPC positivou, no processo civil brasileiro, mais um corolário das garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, qual seja: Antes de qualquer decisão judicial, as partes, terceiros e o Ministério Público quando atua como fiscal da ordem jurídica devem ter a oportunidade de se manifestarem a respeito dos argumentos e das razões que possivelmente servirão de fundamento para a decisão judicial a ser prolatada, ainda que tais fundamentos se refiram a questões que o(a) Juiz(a) ou Tribunal possa decidir de ofício.

Isso porque, ao impedir que sejam proferidas as indesejadas decisões-surpresas, assegura que os sujeitos processuais sejam efetivamente ouvidos, podendo influenciar no resultado do processo, bem como permite aos Órgãos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Julgadores decidam com mais assertividade, por estarem alicerçados com os subsídios específicos fornecidos pelas partes.

Não bastasse isso, esse contraditório amplo mitiga a possibilidade de que as decisões judiciais venham a ser apontadas como arbitrárias, atribuindo, assim, um caráter mais democrático ao processo.

A determinação legal decorre diretamente da interpretação doutrinária das garantias constitucionais acima mencionadas. Entretanto, a positivação foi extremamente importante para tornar cristalino o fato de que é nula qualquer decisão judicial que não respeite essa regra processual.

Razões pelas quais devem ser combatidas interpretações que visam criar exceções à aplicabilidade da regra do art. 10 sem qualquer respaldo constitucional e legal.

Logo, o preceito em estudo, ao atribuir contornos precisos para se lidar com situações processuais específicas, contribui para a ampliação e o fortalecimento – no mundo dos fatos – das garantias constitucionais devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI N. 13.105/2015).

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI N. 12.016/2009).

BRASIL. Site do Superior Tribunal de Justiça: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Direito Constitucional Objetivo: *Teoria & Questões.*** 5 ed. Editora *Alumnus:* São Paulo, 2016.

Enunciados do Seminário "O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL" (fonte: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf. Acesso em 18/12/2018)

GOMES, Luiz Flávio. **Devido processo legal formal e devido processo legal substancial**. Fonte: https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121916992/ devido-processo-legal-formal-e-devido-processo-legal-substancial**.** Acesso: em 23.11.2018.

GOLÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2017, 8ª ed.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

O sentido formal e material do devido processo legal: Considerações acerca do Devido Processo Legal. Fonte: https://ebradi.jusbrasil.com.br/ artigos/420892266/o-sentido-formal-e-material-do-devido-processo-legal. Acesso em 11/12/2018 (Observação: não se encontrou a autoria do referido artigo)

NOTAS:

[1] Nesse sentido, *"o descumprimento da determinação dos arts. 9º e 10 do CPC implicará* ***a nulidade da decisão, por ofensa ao princípio do contraditório****"* (GONÇALVES: 2017, p. 64).

[2] DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES bem explica que *"determinadas matérias e questões devem ser conhecidas de ofício"*. Isso significa que, mesmo que as partes não levem ao conhecimento do Juízo tais matérias e questões*, "...elas devem ser conhecidas, enfrentadas e decididas no processo. Mas o que isso tem a ver com a ausência de oitiva das partes? Continua a ser providência de ofício o juiz levar a matéria ao processo, ouvir as partes e decidir a respeito delas."* (NEVES: 2016, p. 26/27)

[3] Nesse ponto, correta a observação de DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES no sentido de que *"não é preciso muito esforço para se notar a impropriedade do Enunciado 01 da ENFAM, que na realidade, ao menos no tocante à fundamentação jurídica, pretende pura e simplesmente revogar o art. 10 do Novo CPC"*. (NEVES: 2016, p. 28).

www.conteudojuridico.com.br

A RESERVA DO DOMÍNIO E SUA EFETIVIDADE NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA

CAROLINA ZANDONAI:
Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali e advogada, OAB/SC 56.399

RESUMO: O presente artigo tem como objeto o estudo sobre a cláusula da reserva do domínio e a sua efetividade no contrato de compra e venda. Para isso, foram abordados aspectos gerais do contrato, sendo um negócio jurídico entre duas ou mais pessoas capazes, gerando obrigações para ambas ou para uma, pontos relevantes acerca da proposta e da aceitação e princípios do direito contratual. Tratou-se da cláusula da reserva do domínio no contrato de compra e venda, sendo uma cláusula especial aplicada na compra e venda de bem móvel, onde o vendedor poderá escolher entre a retomada do bem ou o pagamento forçado em caso de inadimplemento do comprador, desde que o notifique previamente mediante protesto ou interpelação judicial, foi realizado pesquisa jurisprudencial perante os tribunais brasileiros para se verificar a efetividade da cláusula. Na metodologia foi utilizado o método indutivo. Ao final constatou-se que a reserva do domínio é eficaz, pois os tribunais estão decidindo executa-la desde que feita a notificação do devedor, inclusive, um dos julgados dispensou tal requisito e deferiu a execução, podendo aplicar-se a teoria do adimplemento substancial, desde que já tenham sido pagas mais da metade das parcelas, não se aplicando aos contratos em alienação fiduciária.

Palavras-chaves: Contrato. Compra e Venda. Reserva do Domínio. Bem Móvel.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the domain reserve clause and its effectiveness in the purchase and sale contract. For this, general aspects of the contract were addressed, being a legal business between two or more people capable, generating obligations for both or one, relevant points about the proposal and acceptance and principles of contractual law. This was the domain reserve clause in the purchase and sale contract, being a special clause applied in the purchase and sale of movable property, where the seller may choose between the resumption of the property or the forced payment in the event of the buyer's default, provided that the seller notifying him in advance through protest or judicial questioning, a jurisprudential research was conducted before the Brazilian courts to verify the effectiveness of the clause. The inductive method was used in the methodology. In the end it was found that the reservation of the domain is effective, because the courts are deciding to execute it since the debtor was notified, including one of the judges dismissed such a requirement and granted the execution, and the theory of

the adimplemento may apply. provided that more than half of the parcels have already been paid, not applying to contracts in fiduciary disposal.

Keywords: Contract. Buy and Sell. Domain Reservation. Well Mobile.

SUMÁRIO: Resumo; Introdução; 1. Aspectos Gerais Acerca dos Contratos; 1.1 Conceito de Contrato; 1.2 Da Proposta e Aceitação; 1.3 Função Social do Contrato; 1.4 Pressupostos de Validade do Contrato; 2. Princípios Aplicáveis ao Direito Contratual; 2.1 Princípio da Autonomia da Vontade; 2.2 Princípio do Consensualismo; 2.3 Princípio da Boa-fé Contratual; 2.4 Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos; 2.5 Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato; 3. Da Cláusula da Reserva do Domínio; 3.1 Contrato de Compra e Venda com Cláusula da Reserva do Domínio; 3.2 Da Execução da Cláusula da Reserva do Domínio; 3.3 A Efetividade da Cláusula da Reserva do Domínio Perante os Tribunais Brasileiros; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objeto o estudo da reserva do domínio e a sua efetividade no contrato de compra e venda, e seu objetivo é analisar se a cláusula da reserva do domínio vem sendo eficaz nos contratos de compra e venda.

Para tanto, abordou-se primeiramente aspectos gerais relacionados aos contratos, sendo este um negócio jurídico celebrado por duas ou mais pessoas, podendo estabelecer obrigações para todas as partes (denominado bilateral ou plurilateral) ou para apenas uma das partes (denominado unilateral), pontos acercas da proposta entre pessoas presentes e ausentes bem como a aceitação, os casos que esta poderá ser expressa ou tácita e o prazo para que seja manifestada (se expressa), além de mencionar a função social de contrato que deverá observar os interessas de toda a coletividade, e os pressuposto da validade de um contrato, sendo estes: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei.

Em seguida tratou-se de alguns princípios que regem o direito contratual, a começar pelo princípio da autonomia da vontade onde ninguém será obrigado a pactuar, mas se pactuarem, poderão formular o contrato da maneira que melhor lhes convierem desde que respeitando a função social do contrato, o princípio do consensualismo que dispõe que basta o consenso entre as partes para contratar, salvo estipulação da Lei em contrário, o princípio da boa-fé contratual, que será a objetiva sendo uma conduta externa de lealdade dos envolvidos, o princípio da obrigatoriedade dos contratos que dispõe que o contrato faz Lei entre as partes, devendo estas cumprirem rigorosamente e o princípio da relatividade dos efeitos do contrato onde negócio jurídico celebrado terá efeitos somente aos contratantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por fim, abordou-se a cláusula da reserva do domínio no contrato de compra e venda, destacando requisitos do referido contrato, sendo eles: a coisa, o consentimento e o preço, bem como que a reserva do domínio só será aplicada aos bens móveis, que deve ser escrita e levada a registro no domicílio do comprador para valer contra terceiros, e que para executá-la deverá o vendedor optar pela retomada do bem ou a cobrança dos valores inadimplidos, devendo primeiramente constituir o comprador em mora mediante protesto do título ou interpelação judicial, e dependendo do número de parcelas pagas poderá o comprador alegar a teoria do adimplemento substancial, salvo nos contrato em alienação fiduciária que tal alegação não será permitida.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a reserva do domínio e a sua efetividade no contrato de compra e venda.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação[1] foi utilizado o Método Indutivo[2], na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano[3], e, o Relatório dos Resultados expresso no presente artigo científico é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente[4], da Categoria[5], do Conceito Operacional[6] e da Pesquisa Bibliográfica[7].

1. ASPECTOS GERAIS ACERCA DOS CONTRATOS:

1.1 CONCEITO DE CONTRATO

O contrato nada mais é do que um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, que cria, modifica ou extingue direitos ou obrigações em conformidade com a ordem jurídica, ou seja, é a soma de interesses que, juntos, formam um negócio jurídico, podendo se desenvolver em várias searas do direito, como por exemplo, no direito de família, o casamento é considerado um contrato (*sui generis*), no direito administrativo, uma concessão de serviço público igualmente também será um contrato.

Acerca do assunto, leciona Carlos Roberto Gonçalves[8]:

> O contrato é uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Com efeito, distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os unilaterais, que se aperfeiçoam pela manifestação de vontade

de apenas uma das partes, e os bilaterais, que resultam de uma composição de interesses. Os últimos, ou seja, os negócios bilaterais, que decorrem de mútuo consenso, constituem os contratos. Contrato é, portanto, como dito, uma espécie do gênero negócio jurídico.

O Código Civil elenca diversas espécies de contratos, tais como: compra e venda, empreitada, doação, empréstimo, corretagem, etc., sendo classificados como contratos bilaterais, plurilaterais ou unilaterais, gratuitos ou onerosos, comutativos ou aleatórios, personalíssimos, solenes ou não solenes, paritários, de execução instantânea, diferida ou de trato sucessivo, individuais ou coletivos, principais ou acessórios, nominados ou inominados, típicos ou atípicos, mistos ou coligados, preliminares ou definitivos, mútuo ou comodato, consensuais e reais.

O contrato pode ser feito de forma verbal entre os envolvidos – apesar de não ser o recomendado, em virtude da dificuldade de se provar ou fazer valer alguma coisa caso haja algum conflito entre os contratantes – ou por escrito, este por sua vez, pode ser realizado de forma particular entre as partes, é o popularmente conhecido como "contrato de gaveta", ou mediante uma escritura pública, como no caso da obrigatoriedade da compra e venda de imóveis de valores superiores à trinta salários mínimos que será necessário o referido instrumento público.

Destaca-se que, como uma modalidade de contrato, temos o distrato que possui como finalidade extinguir os direitos ou obrigações anteriormente pactuados mediante contrato entre as partes. Este distrato, deverá seguir as mesmas formalidades que seguiu o contrato, ou seja, se o contrato fora feito mediante escritura pública, o distrato também deverá ser realizado mediante escritura pública, e assim por diante, bem como será necessário a anuência de todos os contratantes para fazê-lo, caso não haja esta concordância, aquele que deseja rescindir o contrato deverá recorrer à justiça a fim de extinguir o que havia sido pactuado anteriormente.

1.2 DA PROPOSTA E ACEITAÇÃO

Antes da celebração do contrato, é preciso que alguém tome o impulso para iniciar a negociação, é a chamada proposta, feita pelo proponente ao aceitante. Esta proposta obrigará o proponente se o oposto não resultar dos termos desta, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso, sendo considerado celebrado o contrato no lugar onde este foi proposto.

A proposta pode ser feita tanto à pessoa ausente quanto presente, salienta-se, no entanto, que, considera-se pessoa presente aquela que contrata por telefone ou outro meio de comunicação similar, como por exemplo o whatsapp, vídeo conferência, ou seja, meios de conversa instantânea. Ressalta-se que, a proposta feita

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

via e-mail, será considerada feita entre ausentes, isso porque, se equipara a uma carta.

Apesar de a proposta obrigar o proponente, esta obrigatoriedade não é definitiva, deixando de vincular o proponente, conforme estabelece o Código Civil, se feita à pessoa presente e esta imediatamente não aceita, se feita sem prazo para resposta à pessoa ausente, tiver decorrido prazo suficiente para que esta se manifeste, se feita à pessoa ausente com prazo de resposta e esta não se manifesta no prazo estabelecido, se antes da proposta ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte uma retratação (situação que a aceitação será considerada inexistente).

A aceitação que tiver sido dado prazo para ser manifestada, e esta chegar ao proponente após este prazo, por circunstâncias imprevisíveis, deverá o proponente comunicar ao aceitante imediatamente, sob pena de responder por perdas e danos, bem como a aceitação fora do prazo que houver qualquer tipo de modificação, restrição ou adição, será considerada uma nova proposta, também denominada contraproposta.

Os sujeitos do contrato devem manifestarem a proposta e a aceitação de maneira séria, uma vez que, a falta de seriedade configuraria ato ilícito pela inobservância da boa-fé naquele negócio jurídico, inclusive, podendo responder por perdas e danos, aquele que vier a causar prejuízos à outra parte que estava imbuída de boa-fé.[9]

Nos casos em que não houver costume à aceitação expressa, ou o proponente tiver a dispensado, será considerado concluído o contrato caso não chegue a tempo a recusa.

s contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, salvo nos casos de retratação (que a aceitação será considerada inexistente), se o proponente houver se comprometido a esperar a resposta, ou, se a resposta não chegar dentro do prazo estipulado.

Destaca-se por fim que, a oferta ao pública será equiparada a proposta quando encerra os requisitos fundamentais do contrato, exceto se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos, podendo revogar a oferta pela mesma via de divulgação em que esta fora feita, desde que tal situação tenha sido ressalvada na oferta realizada.

1.3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função social do contrato é uma limitação de contratar entre as partes e está prevista no art. 421 do Código Civil, que assim dispõe[10]:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Isso porque, as partes, ao celebrarem qualquer espécie de contrato, devem observar não apenas os seus interesses particulares, mas, também, os interesses da coletividade, bem como respeitar a ética, a moral, a boa-fé dos envolvidos. É, pois, uma cláusula geral.

Considera-se cláusula geral aquela norma de caráter abstrato, como é o caso do art. 421 do Código Civil, cabendo ao juiz segui-la e enquadra-la no caso concreto.

A função social do contrato é uma limitação à autonomia da vontade de contratar, gerando desta forma um equilíbrio, uma vez que ao mesmo tempo que as partes podem livremente contratar objetivando alcançar seus interesses (autonomia da vontade), devem observar os limites a fim de resguardar toda uma coletividade (função social do contrato).

> Nos ensinamentos do Carlos Roberto Gonçalves[11]:
>
> É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser enfocado sob dois aspectos: um, individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nessa medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade — distribuição de riquezas — for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.

Desta forma, tem-se que a função social do contrato é um dos princípios basilares do direito contratual, tendo sido criado pelo Estado a partir do momento que este deixou de ser liberal para intervir nas relações entre os particulares, de modo a assegurar os interesses de toda uma coletividade (sociedade).

1.4 PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DO CONTRATO

Para que um contrato produza seus efeitos no mundo jurídico é necessário que este cumpra alguns requisitos. Desse modo, o art. 104 do Código Civil estabelece como condições de validade do contrato agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei.

Entende-se por agente capaz a pessoa com capacidade civil para realizar os atos da vida civil – aqui deve-se observar as regras dos absolutamente e relativamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

incapazes -, já o objeto lícito, possível, determinado ou determinável é aquele cabível nos limites legais, sociais e morais, como por exemplo vender meu carro a um terceiro, no entanto, não posso vender o carro de outra pessoa, sem a autorização desta, e a forma prescrita ou não defesa em lei diz respeito a forma que será realizado o contrato, se a lei exige alguma solenidade ou não.

Os requisitos acima mencionados podem ser divididos em requisitos subjetivos: agentes capazes, acrescido da manifestação de vontade e consentimento destes, bem como aptidão específica para contratar, pois, em certos casos é necessário possuir certas condições como na doação que só poderá doar quem tem o poder de disposição do bem; requisitos objetivos: objeto lícito, possível, determinado ou determinável e, requisitos formais: forma prescrita ou não defesa em lei.[12]

Também é possível mencionar como pressupostos de validade de um negócio jurídico (contrato) a teoria criada pelo jurista Pontes de Miranda, denominada de escada ponteana, composta pelos planos da existência, validade e eficácia.

A existência está ligada aos pressupostos mínimos do negócio jurídico, ou seja, deve ter agente, vontade, objeto e forma, já a validade é um complemento do plano da existência, uma vez que não pode ser qualquer agente a celebrar um contrato, é necessário que seja um agente capaz, bem como que a vontade seja livre, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não deseja em lei, e a eficácia diz respeito as consequências e aos efeitos do negócio jurídico, como por exemplo: multas e perdas e danos, ou ainda, condição, termo ou encargo, respectivamente.[13]

A falta de algum dos requisitos mencionados poderá gerar a nulidade ou a anulabilidade, a depender do caso, estando estas hipóteses elencadas nos artigos 166 e 171 do Código Civil, a título de exemplo cita-se a situação de um absolutamente incapaz celebrar um contrato, este será nulo, no entanto, se a celebração do contrato se der por um relativamente incapaz passará a ser anulável.

2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO CONTRATUAL:

2.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

O princípio da autonomia da vontade, no direito dos contratos, diz respeito ao poder que os contratantes possuem de pactuar da forma que melhor lhes convierem, atendendo seus interesses pessoais, no entanto, tal liberdade não é plena, uma vez que é preciso observar certos limites, como mencionado anteriormente, a função social do contrato.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira[14]:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Este princípio não é absoluto, nem reflete a realidade social na sua plenitude. Por isso, dois aspectos de sua incidência devem ser encarados seriamente: um diz respeito às restrições trazidas pela sobrelevância da ordem pública, e outro vai dar no dirigismo contratual, que é a intervenção do Estado na economia do contrato.

Por este princípio é possível contratar tanto as espécies contratuais previstas na Lei, quanto celebrar contratos atípicos, observadas as normas gerais, bem como os limites acima mencionados.

Salienta-se que, considera-se contrato atípico aquele que não está previsto na Lei, mas que, por interesse ou necessidade dos contratantes tornou-se necessário a sua realização, desde que possua agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável bem como que o acordo de vontades estabelecido não esteja proibido por Lei.

Pela autonomia da vontade as pessoas podem escolher com quem contratar e se querem ou não contratar, podem formular cláusulas contratuais com conteúdo de seus interesses, e ao final ou durante o contrato se algum dos contratantes não cumprir com o pactuado, o outro que teve seu direito lesado, poderá, caso queira, fazer valer o negócio jurídico pela via jurisdicional, posto que o contrato faz Lei entre as partes, ou seja, uma vez pactuado o contrato, as partes estarão obrigadas a cumpri-lo, é o denominado *pacta sunt servanda.*

2.2 PRINCÍPIO DO CONSENSUALISMO

Pelo princípio do consensualismo temos que, em regra, para a celebração de um contrato basta o consenso entre as partes envolvidas no negócio jurídico, dispensando-se maiores formalidades, ou seja, basta a manifestação da concordância de ambos os contratantes para o contrato começar a vigorar, salvo algumas exceções trazidas pela Lei que deverão atender certas solenidades, é o caso dos contratos reais e formais.

Conforme Caio Mário da Silva Pereira[15] "[...] o contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que é a vontade a entidade geradora. [...]".

Atualmente, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é que os contratos sejam não solenes, bastando como já dito anteriormente, o consenso entre as partes contratantes que poderão realiza-los de forma escrita - pública ou particular -, ou ainda verbalmente, razão pelo qual o princípio em apreço se contrapõe aos moldes contratualistas da antiguidade, uma vez que naquela época o formalismo era a regra, contudo, hoje em dia, é a exceção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Destaca-se que, para o consensualismo entre os contratantes é necessário que estes manifestem suas vontades, devendo estas serem manifestadas de forma exata de acordo com os reais interesses dos contratantes, posto que, o que vale é o que é exteriorizado, o que se pensa mas não se fala – denominado no direito como reserva mental – não terá validade, salvo os casos de coação ou outro vício do negócio jurídico, devidamente comprovado, poderá invalidar aquele contrato.

2.3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL

O princípio da boa-fé contratual está previsto no art. 422 do Código Civil e é de fundamental importância no negócio jurídico pois diz respeito a lealdade, honestidade das partes contratantes, tanto nas tratativas e realização do contrato quanto na execução deste.

Nos ensinamentos do Caio Mário da Silva Pereira[16]:

> O princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infraconstitucional, incide sobre todas as relações jurídicas na sociedade. Configura cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso.

A boa-fé pode ser dividida em subjetiva e objetiva. A subjetiva está ligada ao conhecimento ou ao não conhecimento da pessoa à algum fato que lhe faz acreditar estar tudo nos conformes, ou seja, é uma convicção interna, já a objetiva, é uma conduta externa, onde as pessoas devem sempre agir de forma leal e reciprocamente.

A boa-fé subjetiva possui maior relevância no direito de posse, já no direito dos contratos, o que vigora é a boa-fé objetiva, no entanto, nem sempre foi assim, uma vez que na vigência do Código Civil de 1916 a regra no direito dos contratos era a boa-fé subjetiva, mas, desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002 tal situação foi alterada para fazer valer a boa-fé objetiva que, inclusive, já estava prevista no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.

Deste modo, tem-se que, o princípio da boa-fé objetiva (contratual) estabelece que as partes devem, num negócio jurídico, estarem munidas de uma boa intenção – chamada de boa-fé objetiva – prestando sempre informações claras e verdadeiras para que o contrato se realize da melhor forma a todos os envolvidos.

2.4 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Pelo princípio da autonomia da vontade, as pessoas contratam se assim quiserem, não sendo obrigadas a pactuar nada, no entanto, uma vez realizado o contrato, necessário será observar o princípio da obrigatoriedade dos contratos, este por sua vez, estabelece que as partes estão obrigadas a cumprir com o que fora pactuado entre elas no negócio jurídico. É que o contrato faz lei entre os contratantes, não podendo estes se escusarem de cumpri-lo, salvo por motivos de caso fortuito ou força maior.

Neste sentido, leciona Carlos Roberto Gonçalves[17]:

> O aludido princípio tem por fundamentos: a) a necessidade de segurança nos negócios, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada, gerando a balbúrdia e o caos; b) a intangibilidade ou imutabilidade do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes, personificada pela máxima pacta sunt servanda (os pactos devem ser cumpridos), não podendo ser alterado nem pelo juiz [...].

Ressalta-se que, da mesma forma que um dos contratantes não pode se escusar de cumprir o contrato, também não poderá altera-lo unilateralmente - salvo nos casos admitidos na Lei, como por exemplo: a administração pública -, devendo ter a anuência da outra parte para realizar modificação no acordo, caso não haja anuência da outra parte ou esta não cumpra com o estabelecido no contrato será necessário se valer da tutela jurisdicional.

Caso a parte que se sinta prejudicada necessite se valer do judiciário em relação ao contrato celebrado, esta poderá requerer a revisão do contrato – quando queira modificar algumas cláusulas, juros abusivos, etc – ou a resolução do contrato – quando queira por fim ao negócio jurídico – ou ainda requerer que a outra parte contratante cumpra com a obrigação pactuada, bem como poderá pleitear perdas e danos.

Por este princípio temos que as pessoas devem ter muita cautela na hora de celebrar um contrato para que não se arrependam depois, uma vez que celebrado o negócio jurídico, nascerá a obrigação das partes envolvidas que deverão cumprir à risca o que outrora haviam convencionado.

2.5 PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato estabelece que o contrato apenas vincula aqueles que o celebraram, ou seja, somente as pessoas que manifestaram

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

suas vontades e pactuaram o negócio jurídico estarão obrigadas a cumprir o determinado na avença, não vinculando terceiros.

Salienta-se que, há contratos que obrigam ou beneficiam terceiros, como é o caso de contrato de promessa de fato de terceiro e estipulação em favor de terceiro, respectivamente.

O primeiro alguém promete ao outro contratante que terceira pessoa irá fazer algo para ele, por exemplo, realizo um contrato com uma rádio prometendo a esta que levarei um cantor famoso para lhe dar uma entrevista, veja: o cantor não se comprometeu com nada, desta forma, caso ele não apareça no dia acordado, quem responderá perante a rádio será quem prometeu, uma vez que o contrato continuará obrigando apenas os contratantes.

Já no segundo caso, alguém realiza um contrato beneficiando um terceiro que de igual modo não participou da avença, como por exemplo, contrato de seguro de vida, onde é estipulado em caso de sinistro – morte do contratante – que o terceiro indicado receberá uma indenização em virtude do ocorrido, ou seja, aqui o terceiro também não pactuou nada, mas em decorrência da estipulação em favor de terceiro, terá um crédito a receber, contudo, caso não queira receber, não será obrigado.

O princípio em comento não é absoluto, uma vez que é atenuado pela função social do contrato – já explicitada neste artigo – onde o interesse da coletividade prevalece aos interesses dos contratantes, razão pela qual em certos casos será admitido a interferência de terceiros na relação contratual a fim de se preservar os interesses da coletividade, é o que dispõe o enunciado 21 da 1ª Jornada de Direito Civil.

3. DA CLÁUSULA DA RESERVA DO DOMÍNIO:

3.1 CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM CLÁUSULA DE RESERVA DO DOMÍNIO

O contrato de compra e venda nada mais é do que a transferência de um bem – móvel ou imóvel – feita do vendedor para o comprador, mediante o pagamento de um valor certo e ajustado entre os contratantes.

Este contrato em específico, exige alguns elementos para a sua validade, sendo eles: a coisa, o preço e o consentimento. A coisa diz respeito ao bem objeto do contrato, que deverá ser determinada ou determinável, a fim de que não se reste dúvidas quanto ao objeto contratual, o preço é o valor ajustado em troca da transferência da coisa a ser pago pelo comprador, e o consentimento é a vontade das partes de contratarem bem como estarem de acordo com o preço e a coisa a ser vendida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A venda com reserva de domínio, no entanto, constitui cláusula especial do contrato de compra e venda, apenas podendo ser aplicada aos bens móveis, onde o vendedor terá como garantia de pagamento da coisa, a própria coisa, transferindo-lhe apenas a posse e somente após a quitação do preço ajustado é que será transferida a propriedade ao comprador.

Deste modo, caso o comprador venha a ficar inadimplente, o vendedor poderá retomar o bem, sendo uma cláusula que traz segurança ao vendedor de que não irá ficar no prejuízo, um exemplo comum da cláusula da reserva de domínio é os contratos em alienação fiduciária de carros financiados pelo banco, onde a instituição financeira, ao tomar conhecimento do inadimplemento, ingressa com ação de busca e apreensão do automóvel.

Destaca-se que, o bem móvel objeto da cláusula da reserva do domínio deve ser certo e determinado, e na dúvida quanto a este, será decidido em favor do terceiro adquirente de boa-fé, bem como para que a referida cláusula valha contra terceiros deverá ser estipulada por escrito e levada a registro no Cartório de Títulos e Documentos da Comarca do domicílio do comprador.

Quando a compra e venda vem acompanhada da cláusula da reserva do domínio, tem-se que há uma condição suspensiva, posto que para a transferência da propriedade é necessário, primeiramente, que se pague integralmente o preço ajustado, tendo como evento incerto o pagamento, que poderá ou não vir a ser realizado.[18]

Contudo, o comprador – possuidor da coisa até que a pague integralmente – poderá se valer das ações possessórias para defender a coisa, bem como é possível realizar uma cessão do bem objeto do contrato (assunção de dívida), desde que haja anuência do vendedor, cessão de crédito (troca do proprietário/vendedor), ou ainda realizar penhora ou sequestro em relação ao direito em condição suspensiva em casos de dívidas do comprador, no entanto, tais restrições não poderão recair diretamente sobre a coisa enquanto pendente a condição suspensiva.[19]

Sobrevindo a quitação total do preço pactuado no contrato de compra e venda com cláusula de reserva de domínio, automaticamente se transfere a propriedade do bem, sem a necessidade se de estabelecer qualquer outro instrumento dispondo acerca do domínio, bastando apenas, e se for o caso, proceder-se a transferência da titularidade do bem perante o órgão competente, todavia, pelos riscos da coisa, quem responderá é o comprador, desde o momento em que lhe for entregue.

3.2 DA EXECUÇÃO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO DOMÍNIO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Vindo o comprador a ficar inadimplente com a sua obrigação – pagamento de quantia certa –, poderá o vendedor executar a cláusula da reserva do domínio, no entanto, primeiramente, deverá o vendedor constituir o comprador em mora, mediante protesto do título (contrato de compra e venda) ou interpelação judicial.

Constituído o comprador em mora, esta por sua vez, devidamente comprovada, poderá o vendedor escolher se pretende cobrar as parcelas vencidas e vincendas, ou se pretende recuperar a posse da coisa para si.

Ressalta-se que, para o ingresso da ação de execução será necessário cumprir alguns requisitos: contrato de compra e venda assinado por duas testemunhas bem como que não esteja prescrito, faltando um destes critérios estabelecidos pela Lei, não será possível a ação de execução, podendo o vendedor se valer, no entanto, da ação monitória, além da ação de cobrança, busca e apreensão, etc.

Caso o vendedor opte por retomar a coisa para si, este poderá reter a importância paga pelo comprador para cobrir a depreciação do bem, e quaisquer outras despesas que por ventura houver a possuir, e se ainda assim, o valor pago até então não for capaz de suportar todas as despesas, poderá o vendedor cobrar o remanescente, observando-se os procedimentos da lei.

Se o vendedor vier a receber a totalidade da quantia mediante financiamento bancário, o banco se sub-rogará nos seus direitos, contudo, se o pagamento vier a ser realizado por terceira pessoa, deverão ser observadas as regras acerca do pagamento e a possibilidade não ou de sub-rogação previstas no Código Civil.

Destaca-se por fim que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foram revogadas as disposições da execução de busca e apreensão de bens móveis nas vendas com cláusula de reserva do domínio, que era considerado procedimento especial, posto que, atualmente, a execução da referida cláusula se dá pelas vias ordinárias da execução de título extrajudicial ou dos processos de conhecimento (ação de cobrança, busca e apreensão, etc).

3.3 A EFETIVIDADE DA CLÁUSULA DA RESERVA DO DOMÍNIO PERANTE OS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Conforme já exposto, a cláusula da reserva do domínio serve como uma garantia ao vendedor de coisa móvel, onde havendo inadimplência do comprador, aquele poderá retomar a coisa para si ou cobrar o valor inadimplido, desde que constitua o comprador em mora, nos termos estabelecidos na Lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Diante disto, realizou-se uma pesquisa jurisprudencial perante os Tribunais Brasileiros, a fim de se verificar a efetividade da cláusula em comento, expondo a seguir algumas das jurisprudências encontradas:

> Ação declaratória de rescisão de contrato de compra e venda com reserva de domínio – tutela de urgência deferida – requisito do artigo 525 do Código Civil preenchido – possibilidade de execução da cláusula de reserva de domínio antes de rescindido o contrato – agravo de instrumento não provido.[20]

Deste julgado extrai-se que o vendedor ingressou com ação declaratória de rescisão contratual com pedido de tutela de urgência para executar a cláusula da reserva do domínio mediante a busca e apreensão da coisa, tendo sido deferido o pedido liminar, pois, conforme a referida decisão, o autor da demanda (vendedor) além de ter demonstrado a propriedade do bem, cumpriu o requisito exigido para a execução da referida cláusula, qual seja: a constituição em mora de comprador.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. *RESERVA* DE *DOMÍNIO*. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Demonstrada a constituição do devedor em mora, nos termos do artigo 525 do Código Civil, viável a imediata retomada, por parte do credor, do bem objeto do contrato de compra e venda com *cláusula* de *reserva* de *domínio* celebrado entre as partes. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.[21]

No mesmo sentido, o agravo de instrumento acima colacionado também julgou desprovido o recurso, uma vez que descabida a alegação do agravante de que não há urgência no pedido liminar de reintegração de posse da coisa, tendo em visto que o requisito trazido pelo art. 526 do Código Civil é apenas que esteja comprovada a mora do comprador, o que neste caso, fora devidamente realizada e comprovada nos autos do processo.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. INADIMPLEMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR DEFERIDA. REQUISITOS PRESENTES. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.
> - Celebrado entre as partes contrato de compra e venda com cláusula de reserva de domínio e não pago o preço pelo adquirente, a reintegração de posse é medida adequada e

> necessária à satisfação do direito do alienante. - Para o deferimento de liminar na ação de reintegração de posse, cabe ao autor provar a sua posse; a turbação ou o esbulho praticado pelo Réu; a data da turbação ou do esbulho; e a perda da posse, no caso de reintegração, ou a continuação da posse, embora turbada, no caso de manutenção. - Satisfeitos os requisitos exigidos pelo art. 561 do CPC de 2015, indispensáveis à concessão de liminar reintegratória, forçosa a manutenção da decisão que a deferiu.[22]

Já no julgado acima, também fora deferida liminarmente a execução da cláusula da reserva do domínio, por ter entendido o magistrado da primeira instância estar presentes os requisitos para a concessão da medida, sendo estes: a constituição da mora do devedor, bem como os requisitos elencados no art. 561 do Código de Processo Civil, no que tange às exigências para a reintegração de posse.

Ressalta-se ainda que, o agravado invocou a teoria do adimplemento substancial para afastar a concessão da reintegração de posse deferida liminarmente, no entanto, tal alegação não prosperou, posto que conforme mencionado no julgado, para que seja possível a aplicação da teoria do adimplemento substancial é necessário que o valor pago pelo comprador esteja próximo do valor total, o que não era o caso, pois havia sido pago apenas a metade do valor, não estando assim tão próximo do total, bem como a teoria em comento não afasta o direito do agravado de se valer dos meios condizentes para o pagamento da dívida que continua a existir.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE BEM MÓVEL COM CLÁUSULA ESPECIAL DE RESERVA DE DOMÍNIO. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA, CONSISTENTE NA BUSCA E APREENSÃO DO BEM OBJETO DO NEGÓCIO. MORA DA COMPRADORA QUE NÃO FOI DEVIDAMENTE COMPROVADA POR MEIO DE NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENCAMINHADA POR CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. CONTUDO, CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO JUSTIFICA A REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR SE A AÇÃO TEM POR OBJETO A RESCISÃO DO PACTO E SE A COMPRADORA SEQUER MANIFESTOU O INTERESSE NA MANUTENÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL. ALÉM DO MAIS, VENDEDORA QUE DESEMBOLSOU VALORES EXPRESSIVOS PARA A APREENSÃO DO BEM. MANUTENÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA QUE SE MOSTRA RAZOÁVEL. PEDIDO DE REUNIÃO DE AÇÕES EM FACE DA ALEGADA CONEXÃO. PROVIDÊNCIA

> ATENDIDA NO PRIMEIRO GRAU APÓS A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE RECURSAL. PRETENDIDA DISCUSSÃO DE MATÉRIA AINDA NÃO EXAMINADA NA ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.[23]

Neste julgado extrai-se uma situação bem peculiar, onde a constituição em mora do devedor não foi feita conforme determina a Lei, razão pela qual o agravante requereu no recurso a revogação da medida liminar que determinou a busca e apreensão da coisa – pois entende que faltou um requisito legal para a concessão –, no entanto, a decisão de primeiro grau foi mantida posto que nos autos do processo o agravante deu a entender que também não queria retomar o contrato ao realizar uma reconvenção acerca dos valores já pagos, bem como o agravado havia tido uma grande despesa para a retomada do bem.

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE APREENSÃO E DEPÓSITO. CONTRATO DE VENDA A CRÉDITO DE BEM MÓVEL. CLÁUSULA DE RESERVA DE DOMÍNIO. MORA DO COMPRADOR. COMPROVAÇÃO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE. 1. Ação ajuizada em 23/06/2014. Recurso especial interposto em 26/04/2016. Autos conclusos em 30/09/2016. 2. A mora do comprador, na ação ajuizada pelo vendedor com o intuito de recuperação da coisa vendida com cláusula de reserva de domínio, pode ser comprovada por meio de notificação extrajudicial enviada pelo Cartório de Títulos e Documentos. 3. Recurso especial provido, para reestabelecer os efeitos da decisão interlocutória que deferira o pedido liminar de apreensão e depósito do bem.[24]

Por fim, apresenta-se um julgado do Superior Tribunal de Justiça, onde em sede de primeiro grau fora deferida tutela de urgência para a apreensão e deposito da coisa, no entanto o Tribunal de Justiça, ao analisar o agravo de instrumento revogou a referida decisão por entender que a constituição da mora do devedor não havia sido realizada da forma correta, contudo, o Superior Tribunal de Justiça reformou o acórdão, para restabelecer a decisão de primeira instância, por entender que tal notificação é válida, feita por meio do Cartório de Títulos e Documentos.

Registra-se que, é possível em alguns casos alegar a teoria do adimplemento substancial a fim de se evitar que o vendedor consiga retomar o bem móvel, desde que a maior parte das prestações ajustadas pelas partes já tenha sido quitada, no entanto, tal teoria não se aplica aos contratos em alienação fiduciária, sendo este um entendimento do Superior Tribunal de Justiça posto que os referidos contratos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

possuem legislação específica - Decreto-Lei 911/1969 -, a qual prevê a busca e apreensão do bem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em princípio foi abordado pontos relevantes acerca dos contratos em geral, trazendo sua definição, questões relacionadas a proposta entre pessoas presentes e ausentes, sendo consideradas pessoas presentes além não apenas em "corpo físico", mas todas aquelas que de algum modo podem responder instantaneamente como é o como do whatsapp, e pessoas ausentes são aquelas que não podem manifestar-se no mesmo instante, como no caso do e-mail, bem como aspectos acerca da aceitação.

Também tratou-se da função social do contrato sendo esta uma limitação à autonomia das partes na hora de uma contratação, uma vez que conforme a função social do contrato é necessário observar não apenas os interesses dos contratantes, mas também de toda uma coletividade, respeitando a moral, a ética, os bons costumes reciprocamente, após, foi explanado acerca dos pressupostos de validade dos contratos, sendo estes: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em Lei.

Em seguida abordou-se princípios inerentes ao direito contratual, como a autonomia da vontade onde os contratantes possuem liberdade para contratar com quem e como quiserem, desde que observados os limites da Lei, seguido do princípio do consensualismo que dispõe que para o contrato se realizar basta o consenso entre as parte, posto que a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a não solenidade dos contratos – mas existe as exceções –, o princípio da boa-fé contratual (objetiva) devendo as partes estarem imbuídas de lealdade, respeito, etc, princípio da obrigatoriedade dos contratos, uma vez que, celebrado, obrigará as partes a cumprirem suas avenças, e o princípio da relatividade dos efeitos do contrato que estabelece que os efeitos dos contratos apenas atingirá os contratantes.

Por fim, explanou-se acerca da cláusula da reserva do domínio no contrato de compra e venda, sendo esta uma cláusula especial que somente pode ser aplicada na compra e venda de bens móveis, trazendo garantia ao vendedor que diante do inadimplemento do comprador poderá optar por retomar o bem para si ou cobrar os valores inadimplidos, desde que notifique-o previamente nos termos da Lei, no entanto, é possível em alguns casos aplicar a teoria do adimplemento substancial e dar continuidade ao contrato, desde que, mais da metade das parcelas ajustadas já tenham sido pagas, não se aplicando a presente teoria apenas aos contratos em alienação fiduciária, posto que deve observar legislação própria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Desta forma, conclui-se com base na pesquisa jurisprudencial realizada nos sites dos Tribunais Brasileiros que a cláusula da reserva do domínio tem se mostrado eficaz, uma vez que o judiciário vem deferindo-a, em regra, quando cumprido o seu requisito – constituir o comprador em mora mediante protesto ou interpelação judicial –, trazendo desta forma segurança ao vendedor na realização dos negócios jurídicos de bens móveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acessado em: 13 de novembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Recurso Especial nº 1.629.000**. Relatora Nancy Andrighi, Julgado em: 28/03/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1629000&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acessado em: 29 de novembro de 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: Contratos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA9>. Acessado em: 11 de novembro de 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>. Acessado em: 09 de novembro de 2019.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Décima Sexta Câmara de Direito Civil, Comarca de Monte Sião. **Agravo de Instrumento nº 1.0434.18.001147-1/001**. Relator José Marcos Vieira, Julgado em: 20/03/2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=BDCF2E37DBF90E22D2BF86B693E291D3.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0434.18.001147-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acessado em: 29 de novembro de 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Contratos. 18. ed. Revisado e Atualizado por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 3. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>. Acessado em: 15 de novembro de 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décima Quarta Câmara de Direito Civil, Comarca de Ijuí. **Agravo de Instrumento nº 70082402629**. Relator Márcio Crespo Brum, Julgado em: 26/09/2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acessado em: 29 de novembro de 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quinta Câmara de Direito Comercial, Comarca de Joinville. **Agravo de Instrumento nº 4021376-67.2019.8.24.0000**. Relator Jânio Machado, Julgado em: 24/10/2019. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acessado em: 29 de novembro de 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, Trigésima Terceira Câmara de Direito Civil, Comarca de Santa Bárbara do Oeste. **Agravo de Instrumento nº 2148275-90.2019.8.26.0000**. Relator Eros Piceli, Julgado em: 28/10/2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acessado em: 29 de novembro de 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. 9. ed. São Paulo: editora Método, 2014. v. 3. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>. Acessado em: 15 de novembro de 2019.

NOTAS:

[1] "[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87.

[2] "[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]". PASOLD, Cesar Luiz**. Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 91.

[3] Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

[4] "[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 58.

[5] "[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 27.

[6] "[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 39.

[7] "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 215.

[8] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 21. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>. Acessado em: 09 de novembro de 2019.

[9] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: Contratos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3. p. 64. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA9>. Acessado em: 11 de novembro de 2019.

[10] BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acessado em: 13 de novembro de 2019.

[11] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 24. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>. Acessado em: 13 de novembro de 2019.

[12] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 28-31. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>. Acessado em: 15 de novembro de 2019.

[13] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. 9. ed. São Paulo: editora Método, 2014. v. 3. p. 26. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

<https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>. Acessado em: 15 de novembro de 2019.

[14] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Contratos. 18. ed. Revisado e Atualizado por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 3. p. 40. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>. Acessado em: 15 de novembro de 2019.

[15] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Contratos. 18. ed. Revisado e Atualizado por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 3. p. 37. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>. Acessado em: 18 de novembro de 2019.

[16] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Contratos. 18. ed. Revisado e Atualizado por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 20194. v. 3. p. 37. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>. Acessado em: 19 de novembro de 2019.

[17] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 37. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>. Acessado em: 20 de novembro de 2019.

[18] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 172. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>. Acessado em: 26 de novembro de 2019.

[19] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 172. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>. Acessado em: 26 de novembro de 2019.

[20] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, Trigésima Terceira Câmara de Direito Civil, Comarca de Santa Bárbara do Oeste. **Agravo de Instrumento nº 2148275-90.2019.8.26.0000**. Relator Eros Piceli, Julgado em: 28/10/2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acessado em: 29 de novembro de 2019.

[21] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décima Quarta Câmara de Direito Civil, Comarca de Ijuí. **Agravo de Instrumento nº 70082402629**. Relator Márcio Crespo Brum, Julgado em: 26/09/2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acessado em: 29 de novembro de 2019.

[22] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Décima Sexta Câmara de Direito Civil, Comarca de Monte Sião. **Agravo de Instrumento nº 1.0434.18.001147-1/001**. Relator José Marcos Vieira, Julgado em: 20/03/2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=BDCF2E37DBF90E22D2BF86B693E291D3.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0434.18.001147-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acessado em: 29 de novembro de 2019.

[23] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quinta Câmara de Direito Comercial, Comarca de Joinville. **Agravo de Instrumento nº 4021376-67.2019.8.24.0000**. Relator Jânio Machado, Julgado em: 24/10/2019. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acessado em: 29 de novembro de 2019.

[24] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Recurso Especial nº 1.629.000**. Relatora Nancy Andrighi, Julgado em: 28/03/2017. Disponível em:<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1629000&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acessado em: 29 de novembro de 2019.

www.conteudojuridico.com.br

O INQUÉRITO POLICIAL COMO PRIMEIRO INSTRUMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL

CAROLINE TORRES: Bacharelanda do Curso de Direito, Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. Ademir Sanches Gasques e Prof. Me. Érica Cristina Molina dos Santos.

RESUMO: O inquérito policial é um procedimento administrativo informativo, destinado a apurar a existência de infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos suficientes para promovê-la. O inquérito policial não se confunde com ação penal. Por ter natureza elucidativa, em regra, não se aplicam ao inquérito alguns princípios do processo penal, é o que ocorre, por exemplo, com o contraditório. Isso não significa dizer que o investigado e seu defensor, não possam tr acesso ao Inquérito Policial, sendo-lhes vedadas apenas o conhecimento de diligências por lei revestidas de sigilo. O arquivamento do inquérito policial, ainda ocorre por meio de decisão da autoridade judicial ante a requerimento do Ministério Público. O arquivamento não faz coisa julgada, pois enquanto não prescrever a infração penal, diante de fatos novos ele pode ser desarquivado.

Palavras-chave: Inquérito Policial; Ministério Público; Delegacia de Polícia.

ABSTRACT: The police investigation is an informative administrative procedure, aimed at ascertaining the existence of a criminal offense and its authorship, so that the holder of the criminal action has sufficient elements to promote it. The police investigation is not to be confused with criminal action. As it has an explanatory nature, as a rule, some principles of criminal procedure do not apply to the investigation, this is the case, for example, with the adversary. This does not mean to say that the investigated person and his / her defender cannot access the Police Inquiry, being only allowed to be aware of legal proceedings covered by secrecy. The archiving of the police investigation is still taking place by decision of the judicial authority at the request of the Public Ministry. The filing does not make res judicata, because until it prescribes the criminal offense, in the face of new facts it can be unarchived.

Keywords: Police Inquiry; Public ministry; Police station.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INQUÉRITO POLICIAL COMO PRIMEIRO INSTRUMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL ONCEITO DE LEGITIMA. 2.1 Conceito. 3. CARACTERISTICAS. 3.1 Escrito. 3.2 Dispensável. 3.3 Sigiloso. 3.4 Inquisitório. 3.5 Discricionário. 3.6 Informativo. 4. QUANTO AO RELATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL. 5. PROVIDÊNCIAS A SEREM TOMADAS PELA AUTORIDADE POLICIAL. 6. SUA REPRESENTAÇÃO. 7. PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. 7.1 Solto. 7.2 Preso por prisão preventiva ou flagrante. 8. DO INDICIAMENTO. 9. INSTRUÇÃO. 9.1 Oitiva da vítima. 9.2 Reconhecimento e acareação. 9.3 Exame de corpo de delito. 9.4 Simulação dos fatos. 9.5 Identificação do acusado. 9.6 Interrogatório do indiciado. 10. INCOMUNICABILIDADE. 11. DEVERES DA AUTORIDADE POLICIAL. 12. FORMAS DE INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. 12.1 Oficioso. 12.2 Por requisição do juiz ou do MP. 12.3 Em razão do requerimento do ofendido. 12.4 Por auto de prisão em flagrante. 13. DENÚNCIA ANÔNIMA. 14. TRANCAMENTO. 15. ARQUIVAMENTO DO IP. 16. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa tratar sobre o Inquérito Policial, conceituando e abordando de forma detalhada todas as suas características.

A partir do momento em que o Estado retira dos cidadãos o poder de resolver por si só seus conflitos, insere na sociedade um instrumento eficaz para realização de uma investigação preliminar, como meios idôneos para punir eventual autor de um delito, instrumentalizado pelo processo penal.

Antes, porém, de um processo criminal ser instaurado efetivamente, deve haver um lastro probatório mínimo em que constem indícios de autoria e prova da materialidade da infração penal praticada, para que o processo possa seguir seu curso natural sem que haja eventuais injustiças.

Dentre as diversas formas de investigação preliminar, com o fito de se obter a justa causa para que seja deflagrada a persecução criminal, há à disposição do Estado o inquérito policial, podendo ser definido como um procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo Delegado de Polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado.

O Inquérito Policial, portanto, é um procedimento administrativo e possui características e regras próprias que o diferem do processo criminal. Dentre elas, há a inobservância do contraditório e da ampla defesa. Além do mais, no inquérito não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

há sujeitos processuais e dele não resulta diretamente uma sanção, não descaracterizando assim o atual sistema acusatório.

E com base nessas peculiaridades é que se desenvolve o presente trabalho.

2. O INQUÉRITO POLICIAL COMO PRIMEIRO INSTRUMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL

2.1 Conceito

O inquérito policial tem essa denominação que por sua vez, surgiu da Lei 2.033/1871, regida pelo Decreto 4.824, encontrando-se no art. 42 do citado decreto a seguinte definição: "O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito". Passou a ser função da polícia judiciária a sua elaboração. Apesar de seu nome ter sido mencionado pela primeira vez na referida Lei 2.033, suas funções, que são da natureza do processo criminal, existem de longa data e tornaram-se especializadas com a aplicação efetiva do princípio da separação da polícia e da judicatura. É trazido pelo Art. 4º do Código de Processo Penal:

> A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Ressaltando então, é a realização do procedimento administrativo constituído por diligências investigativas em que se almeja a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, sendo, o principal instrumento que se vale o Estado para apuração de um ato delituoso, como o exercício da pretensão punitiva por ele perante o sujeito que praticou uma infração penal. Perfaz-se em duas fases: a investigação criminal e a ação penal.

O Inquérito Policial consiste na fase pré-processual, em que ocorre a investigação criminal, de caráter preliminar e preparatório para a fase processual.

Possui natureza instrumental, logo que investiga os fatos descritos na notícia de crime, fornecendo elementos necessários para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal. O inquérito policial diverge da instrução processual visto que enquanto a investigação criminal tem por objetivo a obtenção de dados informativos para que o órgão acusatório examine a viabilidade de propositura da ação penal, a instrução em juízo tem como intenção colher provas para demonstrar a legitimidade da pretensão punitiva ou do direito de defesa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme menciona Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 110), do caráter instrumental do Inquérito Policial, duas funções são predominantes:

> a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, esguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado; b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo.

3. CARACTERÍSTICAS

3.1 Escrito

Conforme o artigo 9º, do CPP: "Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade".

3.2 Dispensável

Pelo próprio Código de Processo Penal, em diversos dispositivos. De acordo com o artigo 12 do CPP, "o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra". Acerca da indispensabilidade do Inquérito Policial, Renato Brasileiro de Lima discorre:

> Por sua vez, o art. 27 do CPP dispõe que qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. Ora, se qualquer pessoa do povo for capaz de trazer ao órgão do Ministério Público os elementos necessários para o oferecimento da denúncia, não haverá necessidade de se requisitar a instauração de inquérito policial. (LIMA, p.1941, 2015)

3.3 Sigiloso

Encontra-se esta característica, nos termos do art. 20 do Código de Processo Penal, que dispõe que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94) prevê em seu artigo 7º, III, que o sigilo não impede que o advogado do indiciado tome conhecimento do teor do inquérito aludindo-se, assim, o contraditório e a ampla defesa, desde que o inquérito esteja concluso pela autoridade policial. "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa". Há casos também que o sigilo é absoluto, como: Na infiltração de agentes de polícia ou inteligência em tarefa de investigação (art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.034/95); No caso de interceptação telefônica (art. 8º, da Lei n. 9.296/96).

3.4 Inquisitório

É um procedimento inquisitorial, ou seja, não há a presença do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF). Por se tratar de procedimento de natureza administrativa. Tal característica consubstancia-se na eficiência das diligências investigatórias realizadas durante o inquérito policial. Presume-se que se os atos investigatórios fossem precedidos de prévia comunicação à parte contrária, tornar-se-ia inviável a localização de fontes de prova acerca do delito, obstando à investigação policial.

3.5 Discricionário

De forma que não há um rigor procedimental a ser observado, como ocorre na fase judicial. A fase preliminar de investigações é conduzida de maneira discricionária pela autoridade policial, que deve determinar o rumo das diligências de acordo com a singularidade do caso concreto. Importante salientar que a discricionariedade da autoridade policial implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei, ao serem ultrapassados a atuação passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei, não sendo permitido a autoridade policial a adoção de diligências investigatórias contrárias à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional.

3.6 Informativo

Pode-se influir assim, que auxilia a instrução penal, logo que fornece aos titulares da ação penal, o Ministério Público nos crimes de Ação Penal Pública, ou o particular nos delitos de ação privada, elementos inidôneos que o autorizem a ingressar em juízo com a denúncia ou queixa, dando início ao processo.

4. QUANTO AO RELATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL

De acordo com o Código de Processo Penal (art. 10, § 1 °), o inquérito policial deverá ser concluído com a elaboração, por parte da autoridade policial, de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

minucioso relatório do que tiver sido apurado, com posterior remessa dos autos do inquérito policial ao juiz competente. O relatório trata-se de peça elaborada pela autoridade policial, de conteúdo descritivo, em que é necessário um esboço das principais diligências levadas a efeito na fase investigatória.

A autoridade policial deverá abster-se de fazer qualquer juízo de valor no relatório, já que a *opinio delicti* é concernente ao titular da ação penal: Ministério Público, nos crimes de ação penal pública; ofendido ou seu representante legal, nos crimes de ação penal de iniciativa privada.

Importante destacar que a Lei de Drogas prevê expressamente que a autoridade policial relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão.

5. PROVIDÊNCIAS A SEREM TOMADAS PELA AUTORIDADE POLICIAL

Apesar do Inquérito policial não apresentar uma ordem prefixada para a prática dos atos, o artigo 6º do CPP elenca algumas providências que em regra deverão ser seguidas pela autoridade policial na elucidação do crime e de sua autoridade.

Primeiramente, a autoridade policial deverá dirigir-se ao local do fato, providenciando para que não se altere o estado das coisas, enquanto necessário. Nos casos de acidente de trânsito essa regra sofrerá exceção, logo que a autoridade ou agente policial que primeiro tomar ciência do fato, poderá autorizar a imediata remoção das pessoas e veículos do local, independente de exame do local.

Os instrumentos que tiverem relação com o fato deverão ser apreendidos, acompanhando os autos do inquérito. Os instrumentos utilizados na prática da infração serão periciados a fim de se lhes verificar a natureza e eficiência (art. 175, CPP). O ofendido e as testemunhas poderão ser conduzidos coercitivamente sempre que deixarem de atender as intimações da autoridade policial, sem justificativa (arts. 201 e 218, CPP).

Poderão ser realizados acareações e reconhecimento de pessoas e coisas, conforme as formalidades dispostas no art. 226 ao 228 do CPP. Deverá ser determinada a realização do corpo de delito, sempre que a infração deixar vestígios, ou de qualquer outra perícia que se mostrar necessária à elucidação dos fatos. A reprodução simulada dos fatos poderá ser realizada contanto que não ofenda a moralidade ou a ordem pública. O indiciado poderá ser obrigado a comparecer, mas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

não será forçado a participar da reconstituição dos fatos (prerrogativa garantida pelo art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, 1988).

Regra geral, os crimes se processam mediante ação penal pública incondicionada, motivo pelo qual o inquérito policial poderá ser instaurado de ofício por força do princípio da obrigatoriedade, estendendo-se tal princípio à fase investigatória3. Logo, caso o delegado de polícia tome conhecimento do fato delituoso a partir de suas atividades rotineiras (p.ex. notícia veiculada na imprensa, registro de ocorrência, etc.) surge o dever de instaurar o inquérito policial, independentemente de provocação, nos termos do art. 5º, I, do Código de Processo Penal.

6. SUA REPRESENTAÇÃO

Nos crimes de ação penal pública, o Código de Processo Penal prevê, seu artigo 5°, que poderá o inquérito policial também ser instaurado mediante requerimento do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, devendo o requerimento, neste caso, conter, sempre que possível:

No caso de requerimento do ofendido, se prevê os elementos:

a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;

b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;

c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

A requisição de instauração, por sua vez, embora não haja previsão expressa no CPP, deve conter a descrição dos fatos a serem investigados, bem como documentos que a instruam minimamente, como diligências realizadas na esfera administrativa, cópias de procedimentos fiscais etc.

Ocorre que nem todos os crimes se procedem mediante ação penal pública incondicionada. A própria legislação penal traz exceções, dando ao ofendido o direito de ver o seu algoz perseguido e punido criminalmente, caso assim entenda. É o que ocorre com as ações penais públicas condicionadas à representação/requisição do Ministro da Justiça e com os crimes cuja a ação seja de natureza privada.

Sem nos distanciarmos do tema abordado, os crimes processados mediante ação penal pública também podem ter a persecução penal iniciada por meio de requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público. Segundo Guilherme de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Souza Nucci (2014), a requisição é a exigência para a realização de algo fundamentada em lei. Assim, não deve confundir requisição com ordem, pois nem o representante do Ministério Público, nem tampouco o juiz, são superiores hierárquicos do delegado, motivo pelo qual não lhe podem dar ordens. Requisitar a instauração do inquérito é diferente, pois é um requerimento lastrado em lei, fazendo com que a autoridade policial cumpra a norma e não a vontade particular do promotor ou do magistrado.

Extrai-se das lições de Nucci (2014) que a "requisição" se trata de uma atribuição exclusiva dos juízes e membros do Ministério Público da área criminal, uma vez que é um desdobramento natural do controle e da fiscalização da Polícia Judiciária no que toca à obrigatoriedade de apuração de um delito cuja ação penal seja pública incondicionada.

Logo, se outras autoridades e promotores de justiça atuantes em outras esferas (cível, meio ambiente, por exemplo) tomar conhecimento de crimes que sejam processados mediante ação penal pública incondicionada, deverão comunicá-los ao delegado de polícia, que instaurará inquérito policial, se entender pela existência de elementos mínimos para tanto, como consequência do recebimento de uma notitia criminis, não havendo o caráter requisitório em tais informações.

Tais autoridades em exercício na esfera extrapenal também poderão oficiar diretamente aos juízes e promotores de justiça criminais para que tomem as medidas cabíveis, os quais poderão requisitar a instauração de inquérito policial se assim entenderem pertinentes, ou, até mesmo, oferecerem a denúncia, nos casos em que entendam pela existência de justa causa.

De uma simples análise da lei e com fundamento no princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, tal expressão pode demonstrar imperatividade, fazendo com que o delegado de polícia tenha o dever jurídico de instaurar o inquérito nos crimes de ação penal pública que lhe forem encaminhados com requisições judiciais ou ministeriais.

É de se ressaltar que não há hierarquia entre juízes de direito, promotores de justiça e delegados de polícia, mas sim há, por força do princípio da obrigatoriedade e da força da lei, o dever imposto aos delegados de polícia de apurar fatos quando da ciência de um crime cuja ação penal seja pública incondicionada.

Sabemos que as requisições dirigidas ao delegado de polícia para que seja instaurado inquérito policial, em tese, devem conter dados suficientes que possibilitem a autoridade policial tomar as providências investigatórias iniciais e nortear a persecução criminal do fato.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por este motivo entendemos não ser cabível o encaminhamento de ofício genérico requisitando a instauração de inquérito, sob pena de a medida não ser eficaz, e tornar o inquérito policial um instrumento apático e ineficiente dentro do cenário jurídico.

Neste aspecto, temos em mente que o inquérito policial é a mais importante peça jurídica investigatória existente no sistema processual penal brasileiro, o qual somente deve ser iniciado caso as informações prestadas inicialmente sejam verificadas preliminarmente pela autoridade policial (ver art. 5°, § 3° do CPP), pelo órgão requisitante ou, até mesmo, pela possível vítima que procura o delegado de polícia, fazendo com que haja um lastro probatório mínimo para o início das investigações.

Deste modo, na hipótese de haver uma requisição genérica para instauração de inquérito policial, explica Fernando da Costa Tourinho Filho (2010) que deverá o delegado de polícia, invocando a sua independência funcional, oficiar à autoridade requisitante, mostrando-lhe, de modo fundamentado, a impossibilidade de iniciar qualquer investigação e, ao mesmo tempo, solicitando-lhe outras informações.

Trocando em miúdos, a ordem legal que vale para o delegado de polícia, também vale para a autoridade requisitante, não devendo a autoridade policial instaurar o inquérito apenas para satisfazer o magistrado ou o promotor de justiça. Neste sentido, ensina Tourinho (2010) que "se se tratar de atipicidade, deve a autoridade policial oficiar ao órgão requisitante mostrando-lhe a total impossibilidade de cumpri-la por se tratar de ordem manifestamente ilegal".

Além disso, muitas vezes no exercício de seu mister, o delegado de polícia tem se deparado com requisições que determinam a instauração de inquéritos policiais para apurar crimes que somente se processam mediante representação da vítima ou por meio de queixa crime. Tais requisições possuem base legal e estão previstas no artigo 5º, inciso II, do Código de Processo Penal.

Todavia, o referido artigo 5° do CPP se refere somente as ações penais públicas incondicionadas, havendo tratamento específico para os crimes que se procedem mediante ações penais públicas condicionadas e privadas, conforme estabelece o art. 5°, §§ 4° e 5° do Código de Processo Penal. Sobre o tema, Nucci (2013) ensina que:

> (...) O caput deste artigo refere-se, naturalmente, à ação pública incondicionada, uma vez que, conforme estipula o § 4°, a representação é indispensável para o início do inquérito policial nos casos em que a ação pública igualmente for condicionada a representação. Logo, não haverá instauração de oficio, nem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> por requisição do promotor ou do juiz, desprovida da iniciativa da vítima (...).

Quando se tratar de crime de ação privada, cuja iniciativa é do particular, não há representação, uma vez que o Ministério Público não é legitimado a agir. Assim, para que o inquérito seja instaurado, deve haver requerimento expresso do ofendido, que demonstra, então, o seu objetivo de, futuramente, ingressar com ação penal.

Logo, somente com a representação/requerimento da vítima, verificar-se-á presente a condição específica de procedibilidade para início da investigação. Especificamente no tocante à ação penal privada, apesar de o Ministério Público agir em tais casos apenas na condição de fiscal da lei, entendemos que este órgão não possui legitimidade para requisitá-la, uma vez que somente em crime de ação penal pública, incondicionada ou condicionada, possui tal prerrogativa.

Sobre o tema, Renato Brasileiro de Lima (2015), ensina que:

> Em se tratando de crime de ação penal de iniciativa privada, o Estado fica condicionado ao requerimento do ofendido ou de seu representante legal. Nessa linha, dispõe o artigo 5º, §5º, do Código de Processo Penal, que a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito nos crimes de ação privada a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la. No caso de morte ou ausência do ofendido, o requerimento poderá ser formulado por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (artigo 31 do CPP). (...)

Como se vê, esse requerimento é condição de procedibilidade do próprio inquérito policial, sem o qual a investigação sequer poderá ter início. Esse requerimento deve ser formulado pelo ofendido dentro do prazo decadencial de 6 (seis) meses, contado, em regra, do dia em que vier a saber quem é o autor do crime.

Assim, eventual instauração de inquérito policial por meio de requisição do Ministério Público em crime cuja ação penal seja de natureza privada, caracteriza uma ilegalidade, surgindo a possibilidade de ser o inquérito policial trancado por meio de habeas corpus. Este é o entendimento da jurisprudência:

> Habeas corpus - violência doméstica – difamação e injúria - ação penal privada - pedido de trancamento da ação- ausência de requerimento da vítima em inquérito policial – recebimento da denúncia - impossibilidade - condição específica de procedibilidade - ordem concedida. (HC 6073 MS 2010.006073734-9, relator: des. Romero Osme Dias Lopes,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> julgamento: 22/03/2010, órgão julgador 2ª turma criminal, publicação: 25/03/2010).

Vale ressaltar que a Polícia Judiciária, no desempenho de sua atividade, é órgão instrumental à propositura de ações penais, exercendo atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica.

Além disso, é assegurada independência funcional aos delegados de polícia pela livre convicção nos atos de polícia judiciária e, neste sentido, ensina Pedro Lenza que a independência funcional consiste na autonomia de convicção, na medida de que seu titular não se submete a qualquer poder hierárquico no exercício de seu mister, podendo agir da maneira que melhor entender. É trazido pelo art. 2º da Lei 12. 830/13, que diz:

> Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.
>
> § 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.
>
> § 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

Também pelo art. 140 da Constituição Estadual, que reza:

> Art. 140 – À Polícia Civil, órgão permanente, dirigida por delegados de polícia de carreira, bacharéis em Direito, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.
>
> § 2º No desempenho da atividade de polícia judiciária, instrumental à propositura de ações penais, a Polícia Civil exerce atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica.
>
> § 3º Aos Delegados de Polícia é assegurada independência funcional pela livre convicção nos atos de polícia judiciária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, vê-se que a atividade do delegado de polícia quanto aos atos de polícia judiciária é motivada pela sua livre convicção, respeitados os limites da legalidade.

Evidente que não pode o delegado de polícia agir fora dos parâmetros legais, porém, tampouco se pode dizer que sua atividade se restrinja à mera e fria subsunção dos fatos aos tipos penais. Pelo contrário, a atividade do delegado implica em verdadeira análise técnico-jurídica do fato que lhe é apresentado, a qual não se limita a um simples juízo de tipicidade, envolvendo certo grau de discricionariedade sempre de forma fundamentada.

Portanto, pode ser concluído que a requisição para instauração de inquérito policial é um imperativo legal que não se confunde com ordem, cabendo ao delegado de polícia, ao receber a requisição, analisar os fatos e fundamentos apresentados para que decida sobre a instauração, ou não, de inquérito policial, não sendo seu ato negativo entendido como ato ímprobo em razão da sua independência funcional, motivação e sujeição à legislação vigente.

7. PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

Depende se o indiciado estiver:

7.1 Solto

O inquérito policial conclui-se em 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado quando o fato for de difícil elucidação, sendo que o aumento de prazo será encaminhado da autoridade policial para o juiz, devendo ser ouvido o MP antes que o juiz decida, devendo discordar oferecendo a denúncia ou requerer o arquivamento do inquérito policial. Mas havendo a concordância do membro do MP, o juiz deferirá novo prazo fixado, ademais, caso indeferir o prazo, poderá ser interposta correição parcial, com o intuito de corrigir falhas. O prazo poderá ser repetido quantas vezes for necessário.

7.2 Preso por prisão preventiva ou flagrante

Será obedecido o prazo de 10 (dez) dias, quando o juiz receber a cópia do flagrante em 24 (vinte e quatro) horas a contar da prisão, converte-la em prisão preventiva a partir da efetiva prisão em flagrante.

Se entre a prisão em flagrante e sua conversão ultrapassar três dias, o inquérito terá mais 7 (sete) dias para que seja finalizado.

Na hipótese do juiz receber a cópia e, posteriormente, conceder a liberdade provisória, o prazo para que seja concluso o inquérito será de 30 (trinta) dias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Se o indiciado estava solto, quando decretada a prisão preventiva, o prazo de 10 (dez) dias contará à partir da data do cumprimento do mandado.

Conta-se o prazo como o primeiro dia, ainda que poucos minutos para meia-noite.

Se não for concluído e enviado para a justiça, conforme prazo estabelecido na lei, haverá a possibilidade de interposição de habeas corpus.

Exceções: Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06, artigo 51): 30 dias: se o indiciado estiver preso. 60 dias: se o indiciado estiver solto.

Os prazos poderão ser duplicados pelo magistrado conforme prevê o artigo 51, parágrafo único, da Lei de Drogas.

Justiça Federal (Lei n. 5.10/66, artigo 66): 15 dias, prorrogáveis por igual período.

Prisão preventiva: espécie de prisão provisória decretada durante o inquérito policial em que durará 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período.

8. DO INDICIAMENTO

Uma vez finda a fase de colheita dos elementos probatórios, que pode ser chamada de fase de "instrução" do inquérito policial, a autoridade policial, mediante análise técnico-jurídica dos fatos, poderá proceder ao ato de indiciamento do(s) investigado(s), quando presentes os indícios de autoria e materialidade, nos termos do parágrafo 6° do artigo 2° da Lei 12.830/2013.

O ato de indiciamento é o ato do delegado de polícia, enquanto presidente da investigação, via de regra praticado ao término da mesma, ao considerar concluída a fase de coleta de elementos probatórios do delito investigado, quando é possível concluir-se pela autoria de determinado crime, individualizando-se o autor.

Funciona, portanto, como uma das etapas da formação da culpa na investigação criminal, quando os elementos constantes no inquérito policial permitem ao delegado de polícia formar sua convicção de autoria e materialidade na investigação criminal, no processo de filtragem apontado por Lopes Jr (2012, p. 280), "purificar, aperfeiçoar, conhecer o certo".

Quanto à sua natureza, pode ser entendido como um ato administrativo com efeitos processuais, cujas consequências são bastante claras. Steiner (1998, p. 307) ressalta que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> O indiciamento formal tem consequências que vão muito além do eventual
>
> abalo moral que pudessem vir a sofrer os investigados, eis que estes terão o registro do indiciamento nos Institutos de Identificação, tornando assim público o ato de investigação. Sempre com a devida vênia, não nos parece que a inserção de ocorrências nas folhas de antecedentes comumente solicitadas para a prática dos mais diversos atos da vida civil seja fato irrelevante. E o chamado abalo moral diz, à evidência, com o ferimento à dignidade daquele que, a partir do indiciamento, está sujeito à publicidade do ato.

Saad (2004, p. 262-263) aponta ainda o indiciamento como condição para o exercício do direito de defesa na fase investigatória "a partir do qual se deve, necessariamente, garantir a oportunidade ou ensejo ao exercício do direito de defesa".

Deve ser destacado ainda que o ato de indiciamento no inquérito policial é privativo do presidente da investigação, sendo incabível, no caso, requisição por parte do Ministério Público ou do Poder Judiciário para que o faça, tendo em vista ser ato de seu juízo de valor. Dessa forma, requisições para indiciamento formuladas no bojo da investigação são ilegais e não carecem de cumprimento.

9. INSTRUÇÃO

9.1 Oitiva da vítima

A autoridade deve ouvir o ofendido, se possível (art. 6º, IV). Embora seja relativo o valor probatório das declarações da vítima, são informações muito úteis. O ofendido deve ser notificado para comparecer e prestar suas declarações e, diante do não atendimento sem motivo justo, ser conduzido à presença da autoridade (art. 201, §1º, do CPP), podendo esta determinar, caso necessário, a busca e apreensão (art. 240, § 1º, g).

9.2 Reconhecimento e acareação

Quando necessário, a autoridade deve "proceder o reconhecimento (arts. 226 a 228/CPP) de pessoas e coisas e a acareação" (art. 6º, VI). A acareação deverá ser efetuada quando houver divergências entre as declarações prestadas no interrogatório, depoimento de testemunhas, declarações da vítima etc. (arts. 229 a 230/CPP). É evidente que a acareação só poderá ser feita quando a divergência incidir sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

9.3 Exame de corpo de delito

A autoridade deve "determinar, se for o caso, que se proceda o exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias" (art. 6º, VII), de conformidade com os arts. 158 a 184/CPP. O exame é indispensável quando o crime deixa vestígios, constituindo-se na verificação dos elementos exteriores ou da materialidade da infração. Cabe ao perito o exame do fato delituoso, de suas causas, consequências etc.

9.4 Simulação dos fatos

A autoridade pode proceder a simulação dos fatos, desde que não contrarie a moralidade ou ordem pública (art. 7º/CPP). O indiciado, porém, não está obrigado a participar da reconstituição, ainda que tenha confessado o crime, pela mesma razão do direito que tem de permanecer calado (art. 5º, LXIII/CF).

9.5 Identificação do acusado

A autoridade deve ordenar a identificação do indiciado "pelo processo datiloscópico (impressão digital), se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes" (art. 6º, VIII).

A CF/88 (art. 5º, LVIII) estabelece que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (Lei nº 12.037/09 - Identificação criminal).

Sendo legal a identificação, a autoridade pode conduzir coercitivamente o indiciado para esse fim desejado, podendo autuá-lo em flagrante pelo crime de desobediência em caso de recusa injustificada. Da mesma forma, pode a autoridade policial enquadrá-lo no crime de falsa identidade quando, ao se identificar, o indiciado fornece dados falsos com a intenção de ocultar a sua verdadeira identidade (existe posicionamento jurisprudência contrário).

9.6 Interrogatório do indiciado

Indiciado o provável autor do fato delituoso, deve a autoridade ouvi-lo, ou seja, interrogá-lo, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura (art. 6º, V). No interrogatório promovido na fase de inquérito policial, não é necessária a presença de advogado, pois o inquérito é inquisitivo e não contraditório (na fase judicial, é imprescindível a presença do advogado no interrogatório).

O indiciado pode ser coercitivamente conduzido para ser interrogado, no entanto, poderá abster-se de responder perguntas (art. 5º, LVIII da CF).

Deve a autoridade de acordo com o artigo 6º, inciso IX do Código de Processo Penal:

> Art. 6º: Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
>
> (...)
>
> IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Quando necessária, poderá ser feita a tomada fotográfica do indicado, para reconhecimento em juízo quando o réu for revel.

10. INCOMUNICABILIDADE

A fim de impedir-se que o indiciado prejudicasse as investigações comunicando-se com amigos, comparsas do crime etc., previa o art. 21/CPP a incomunicabilidade, exceto com seu advogado.

Esse artigo foi revogado pela CF/88 que proclama: "É vedada a incomunicabilidade do preso" (art. 136, §3º, IV). Se até no estado de defesa (quando o governo deve tomar atitudes severas para preservar a ordem pública ou a paz social) se proíbe a incomunicabilidade, com mais razão não há que se falar em incomunicabilidade na fase de inquérito policial.

11. DEVERES DA AUTORIDADE POLICIAL

Além das providências dos arts. 6º e 7º/CPP, deve a autoridade se incumbir de outras providências referidas no art. 13. Deve:

> I - "fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos". Especialmente em seu relatório final, incumbe à autoridade prestar todas as informações e considerações que possam ter utilidade no esclarecimento do crime.
> II - "realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou MP".

Somente quando forem ilegais haverá oportunidade para a recusa ao cumprimento das requisições.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> III - "cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias". Mandados referentes às prisões provisórias ou decorrentes de condenação transitada em julgado a pena privativa de liberdade.
> IV - "representar acerca da prisão preventiva". Estando presentes os pressupostos dos arts. 312 e 313/CPP, a autoridade deve representar para a decretação da prisão preventiva, fundamentando o pedido sobre sua necessidade ou conveniência cautelar.

Concluídas as investigações, autoridade policial deve fazer minucioso relatório do que tiver sido apurado no inquérito policial (art. 10, §1º, 1ª parte/CPP). Não pode, em sua exposição, emitir nenhum juízo de valor, opiniões ou julgamento. Pode, porém, exprimir impressões deixadas pelas pessoas que intervieram no inquérito: indiciado, vítima, testemunhas etc.

Concluído o inquérito policial e elaborado o relatório, a autoridade deverá remeter os autos ao juiz competente (art. 10, §1º, do CPP), devendo os objetos de crime (provas) acompanhar os autos (art.11). Ao remeter os autos, a autoridade deve oficiar ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado (art. 23). A autoridade pode requerer ao juiz a devolução dos autos para realizar diligências ulteriores (quando o réu estiver solto), necessárias a conclusão do inquérito policial.

O Ministério Público também pode requerer a devolução do inquérito policial à autoridade para que se realize novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (art. 16, a contrario sensu). Proposta a ação penal, o Ministério Público e o querelante poderão requerer ao juiz que, em autos apartados, a autoridade realize diligências importantes para a instrução do processo.

O juiz, ao deferir o pedido de dilação do prazo, deve fixar outro, não podendo exceder 30 dias. A demora, porém, não causa nulidade nos autos, podendo causar apenas punição disciplinar da autoridade, quando o indiciado estiver solto.

Estando o indiciado preso, o prazo não pode ser prorrogado. Excedido tal prazo, haverá constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do indiciado, o que leva ao deferimento do habeas corpus, sem prejuízo do prosseguimento do inquérito policial. Tratando-se de prisão processual, o prazo deve ser contado nos termos do art. 798, § 1º, do CPP: começa a fluir do dia imediato à prisão, e os devem ser remetidos a juízo no dia imediato ao término do prazo.

12. FORMAS DE INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

12.1 Oficioso

Quando o delegado recebe a notícia do crime de ação penal pública incondicionada, é obrigado a agir de ofício, nos exatos termos do art. 5°, I, do Código de Processo Penal, independentemente de provocação da vítima e/ou qualquer outra pessoa, desde que haja indícios de autoria e materialidade delitiva. Assim, denomina-se portaria quando o delegado baixa tal ato devido ao conhecimento da prática delitiva.

É importante mencionar que a existência da *notitia criminis* pode chegar por diversas formas, como um boletim de ocorrência, informação prestada por conhecidos, ou mesmo por comunicação policial.

Delatio criminis: quando qualquer pessoa informa a autoridade policial da ocorrência da infração penal, conforme o art. 5º, § 3º, do CPP.

12.2 Por requisição do juiz ou MP

Quando o juiz ou promotor público, no exercício de suas funções, requisitam a instauração do inquérito policial, no qual será obrigado o delegado iniciar as investigações.

12.3 Em razão de requerimento do ofendido

Quando a vítima do delito endereça uma petição inicial à autoridade solicitando por via escrita (formalmente) para que sejam iniciadas as investigações.

Havendo indeferimento da petição pela autoridade policial, do despacho de indeferimento, cabe recurso para o chefe de polícia como o delegado-geral ou secretário de segurança pública.

12.4 Por auto de prisão em flagrante

Quando uma pessoa é presa em fragrante é lavrado na delegacia de polícia o auto de prisão em que consta qual o motivo da prisão e seu delito, assim, lavrado o ato, o inquérito será instaurado.

13. DENÚNCIA ANÔNIMA

O inquérito policial não pode ser instaurado com base em denúncia anônima, até porque o art. 5º, inciso IV, da CF, proíbe o anonimato, é inadmissível aceita-la como causa suficiente única para a instauração. Todavia, Nucci lembra que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Não nos esqueçamos de que a autoridade policial pode investigar algo de ofício e, para tanto, caso receba uma comunicação não identificada, relatando a ocorrência de um delito de ação pública incondicionada, pode dar início à investigação e, com o mínimo de elementos em mãos, instaurar o inquérito policial. (NUCCI, 2012, p.93)

Esse também é o entendimento da jurisprudência do STF, citada pelo autor acima mencionado na mesma obra.

14. TRANCAMENTO

O trancamento (extingue) do IP - Art. 648, I, CPP (coação ilegal com falta de justa causa que pode ser corrigida por um habeas corpus).

Admite-se que, por intermédio do habeas corpus, a pessoa eleita pela autoridade policial como suspeita possa recorrer ao Judiciário para fazer cessar o constrangimento a que está exposto, pela mera instauração de investigação infundada, desde que haja fundamento legal que sustente esse pleito.

Nucci (2012:124) adverte que se trata de medida excepcional, uma vez que investigar não significa processar, mas, essencialmente, apurar a materialidade, a autoria e as circunstâncias do fato tido como delituoso. A medida visa coibir eventuais abusos e não a atividade regular da polícia judiciária.

Posição do STJ:

> O trancamento de inquérito policial por ausência de justa causa, conquanto possível, cabe, apenas, nas hipóteses em que evidenciada, de plano, a atipicidade do fato ou a inexistência de autoria (ou tem um álibi ou documento q comprove que não é o autor) por parte do paciente (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso)" (RHC 15.761-RS, 5ª T., rel. Félix Fischer, 28.09.2004, v. U., DJ 08.11.2004, p. 249).

A tendência é que os tribunais deixem correr a investigação (regra).

15. ARQUIVAMENTO DO IP

Mesmo que não fique provada a existência ou autoria do crime, a autoridade policial não pode mandar arquivar o processo (art. 17). Tal providência cabe ao juiz, a requerimento do Ministério P, que deve formular um juízo de valor e fundamentar sua decisão (art. 28). Somente o Ministério público, como titular da ação penal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pública, pode requerer o arquivamento do Inquérito Policial, dando por encerradas as possibilidades investigatórias.

Neste caso, havendo pedido do MP, o juiz determina o arquivamento da peça investigatória. Todavia, Guilherme de Souza Nucci (in Código de Processo Penal Comentado, 11ª Edição, São Paulo: RT, 2012, p. 123), menciona que: "Não é atribuição da polícia judiciária dar por findo seu trabalho, nem do juiz, (...) concluir pela inviabilidade do prosseguimento da colheita de provas".

O autor salienta que, havendo pedido de arquivamento do Ministério Público, o juiz deve aplicar a regra do art. 28, do CPP, uma vez que cabe ao Procurador-Geral de Justiça dar a última palavra a respeito do caso.

Discordando o juiz da manifestação do MP, deverá encaminhar os autos ao Procurador-geral para preservar a titularidade da ação penal pública (art. 28/CPP por analogia).

O inquérito policial referente a crime de ação penal pública não pode ser arquivado pelo juiz, ou pelo tribunal, sem a manifestação do Ministério Público, cabendo correição parcial (do despacho) ou agravo ao tribunal.

Tratando-se de ação privada, os autos aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado. Se a vítima não oferecer a queixa dentro do prazo, extingue-se a punibilidade. Se pedir o arquivamento, renúncia tácita, também extinguirá a punibilidade.

O juiz não está obrigado a atender ao pedido de arquivamento do MP (art. 28/CPP). É o princípio da devolução, em que o juiz transfere a apreciação do caso ao chefe do MP (procurador-geral). O juiz atua, nesta hipótese, numa função anormal, a de velar e fiscalizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. A não apreciação do pedido de arquivamento enseja nulidade do processo a partir do momento em que deveria ser considerado pelo juiz.

O Procurador-geral do Ministério Público poderá oferecer a denúncia ou designar outro membro do MP para oferecê-la. Porém, insistindo, o Procurador no arquivamento do inquérito policial, o juiz é obrigado a atendê-lo. O mesmo ocorre com os tribunais, em competência originária. O despacho que arquiva o inquérito policial é irrecorrível: não cabe apelação, recurso em sentido estrito, mandado de segurança etc.

Segundo a Súmula 524/STF: depois de arquivado o inquérito policial, a ação penal não pode ser iniciada se não houver novas provas. O arquivamento do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

inquérito policial não cria preclusão. A nova prova há de ser substancialmente inovadora. Mas se o inquérito policial foi arquivado em decorrência da atipicidade do fato, é inadmissível a instauração da ação penal.

Com o surgimento do Pacote Anticrime, pela Lei 13.964/2019, foi alterada esta regra, onde o Juiz, não mais se manifesta sobre o arquivamento. O art. 28, ficou assim:

> Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

O STF suspendeu a validade desse artigo. Portanto, ainda, o arquivamento do IP é submetido ao crivo do Juiz.

16. CONCLUSÃO

O inquérito policial é um procedimento administrativo investigativo através da realização de diligências investigativas com a finalidade de apurar a autoria do delito e entender de que forma ocorreram os fatos. A investigação preliminar tem como objetivo subsidiar a apuração de condutas típicas. Na ação penal pública condicionada a representação faz-se necessário à requisição do Ministro da Justiça, por representação do ofendido ou de seu representante legal, sendo que sem a formalização da requisição ou da representação o inquérito policial não poderá ser iniciado. Ocorrerá a instauração do inquérito por requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, por requerimento da vítima ou de seu representante legal, a partir do auto de prisão em flagrante e também por qualquer do povo através do boletim de ocorrência. O inquérito policial poderá ser iniciado de duas formas através de uma portaria expedida pela autoridade policial ou pela lavratura de um auto de prisão em flagrante. O indiciamento foi compreendido como sendo a individualidade do investigado, permeando a transição entre a probabilidade e potencialização do suspeito. O arquivamento do inquérito policial não é uma decisão da autoridade policial, ele ocorrerá a requerimento do ministério público e por decisão judicial. O IP tramita na polícia judiciária e encerrado será remessado ao poder judiciário e posteriormente ao MP como destinatário final.

Dessa maneira, conclui-se que, a atuação das polícias jurídicas na realização do inquérito policial é realizada em conformidade com os procedimentos legais que buscam a averiguação dos fatos relacionados aos crimes, primando pela busca de provas do delito de maneira sigilosa, garantindo ao suspeito o direito da presunção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de inocência, até o fim das apurações, onde por meio do Ministério Público ou do juiz se instaura a ação criminal.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 124

BRANCO, Paulo Braga Castello. **A análise da antijuridicidade da conduta pelo delegado de polícia sob a perspectiva da teoria dos elementos negativos do tipo penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3609,19 maio 2013.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. **Código de processo penal comentado**. 1 ed. Ed. Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** 3 ed. Rev., atual e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal – Comentado.** 18° Edição. Editora Forense, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal.** 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STEINER, Sylvia. **O indiciamento em inquérito policial como ato de constrangimento – legal ou ilegal.** Revista Brasileira de Ciência Criminais, v.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** Vol. 1. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

www.conteudojuridico.com.br

A FLEXIBILIZAÇÃO NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA DIANTE DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO DIREITO DO TRABALHO

WESLEY LUCENA DE OLIVEIRA:
Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

JANAY GARCIA[1]

(Orientadora)

RESUMO: O Direito do Trabalho no Brasil nasceu com uma particularidade que não há em muitos países, a intervenção protetora do Estado, a fim de que se favoreça o elo hipossuficiente da relação trabalhista, o empregado. Para tanto, a legislação trabalhista erigiu um princípio que, inspirado nos fundamentos da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento do valor social do trabalho, rege todo o direito do trabalho brasileiro, a saber, o princípio da proteção ao trabalhador. A Reforma Trabalhista, porém, veio de encontro a toda essa proteção ao trabalhador, flexibilizando e até eliminando direitos antes concedidos à referida classe, de forma que se passou a discutir a respeito de sua constitucionalidade e harmonia com os fundamentos deste ramo do Direito. Nesse sentido, a atual produção acadêmica visa compreender de que forma as alterações na legislação trabalhista fere o princípio da proteção ao trabalhador.

Palavras-Chave: direito do trabalho; reforma trabalhista; flexibilização; princípio da proteção.

ABSTRACT: Labor Law in Brazil was born with a particularity that there is not in many countries, the protective intervention of the State, in order to favor the low-sufficient link in the labor relationship, the employee. Therefore, labor legislation has erected a principle that, inspired by the foundations of the dignity of the human person and the recognition of the social value of work, rules all Brazilian labor law, namely, the principle of worker protection. The Labor Reform, however, came against all this worker protection, making it flexible and even eliminating rights granted to that class before, so that it was started a discussion about its constitutionality and harmony with the foundations of this branch of law. In this sense, the current academic production aims to understand how the changes in labor legislation violate the principle of worker protection.

Keywords: labor law; labor reform; flexibility; protection principle.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 FUNDAMENTOS DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL. 3 ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA A APROVAÇÃO DA REFORMA

TRABALHISTA. 4 PONTOS DA REFORMA QUE FLEXIBILIZAM DIREITOS TRABALHISTAS. 4.1 HORAS *IN ITINERE*. 4.2 INTERVALO INTRAJORNADA. 4.3. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. 4.4 O ACORDADO SE SOBREPÕE AO LEGISLADO. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Desde a revolução, a sociedade passou por transformações relevantes em seus seguimentos, sobretudo, no setor econômico. Nesse período, houve a necessidade de contratar mão de obra a fim de que se pudesse atender à demanda das grandes empresas e, inclusive, para o desenvolvimento da própria sociedade. Assim, homens, mulheres e até crianças eram submetidas a jornadas e condições de trabalho que feriam a própria dignidade do ser humano. Foi nesse contexto que o Brasil, seguindo a evolução jurídica de outros países nesse ramo novo do Direito, passou a legislar sobre o Direito do Trabalho, reconhecendo direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, com uma postura estatal interventiva e protetiva ao empregado.

Devido a todo esse viés interventivo do Estado na relação trabalhista e à necessidade de modernização da legislação, houve em 2016, a propositura do Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, que dispôs sobre a Reforma Trabalhista. Ocorre que a referida Reforma mudou, em muito, as relações de trabalho no Brasil, flexibilizando direitos anteriormente consagrados e, até mesmo, retirando muitas normas que protegiam o trabalhador e o reconheciam como parte hipossuficiente da relação laboral, estabelecendo regras e até mesmo um novo princípio (não-intervenção do Estado).

Assim, esta pesquisa apresenta um estudo descritivo, no qual abrange estudos bibliográficos sobre os fundamentos do direito do trabalho, os argumentos que justificaram a reforma e, inclusive, pontos do referido projeto de lei que flexibilizam direitos trabalhistas, a fim de compreender se esse novo cenário jurídico trabalhista fere o princípio fundante do Direito do Trabalho no Brasil – o princípio da proteção ao trabalhador.

2 FUNDAMENTOS DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

A revolução industrial promoveu mudanças na sociedade, influenciando o setor produtivo e dando origem à classe operária. Nesse momento, a relação trabalhista era regulada por um viés meramente autônomo, de forma que as grandes indústrias ditavam os termos da prestação de trabalho (BARROS, 2016). Promoveu-se, então, um liberalismo econômico sem qualquer ermo, com a exploração da mão de obra, jornadas de trabalho exaustivas, as quais foram

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estendidas inclusive às mulheres e até crianças, tornando evidente a opressão da classe de trabalhadores, aduz Alice de Barros Monteiro (2016).

Essa classe suportava, então, condições precárias e desumanas, a fim de que pudessem ter o mínimo que garantisse a própria subsistência. Foi nesse contexto que, influenciados pela visão de Marx e a doutrina social da Igreja, os trabalhadores entenderam que, apesar de serem frágeis em sua individualidade, poderiam, com sua consciência coletiva, promover mudanças nesse cenário, a fim de trazer o mínimo de dignidade aos trabalhadores (BARROS, 2016).

Diante desse conflito, conforme a doutrinadora Alice de Barros Monteiro (2016), o Estado assumia uma postura claramente passiva, optando pela não intervenção. Porém, o aumento do atrito entre as duas classes refletiu diretamente na impossibilidade de manutenção saudável da estrutura social, de modo que houve a necessidade de que o próprio Estado desenvolvesse um ordenamento jurídico que pudesse trazer mais igualdade e equilíbrio entre as partes. Dessa forma, o intervencionismo estatal, fruto das manifestações constantes dos trabalhadores que reivindicavam melhores condições, resultou no aparecimento do Direito do Trabalho em muitas nações, levando muitos países a tutelar as relações de trabalho (BARROS, 2016).

Foi nesse contexto, expõe Alice de Barros Monteiro (2016), que o Brasil passou a observar a necessidade da intervenção estatal nessa relação entre os particulares e a criar suas próprias normas jurídicas trabalhistas, inaugurando no ordenamento jurídico um ramo especializado do Direito. Por força de todas essas peculiaridades que marcaram a relação trabalhista, houve a necessidade de se desenvolver um Direito do Trabalho que, em um contexto marcado por desigualdades e exploração, se revestisse também de normas imperativas, obrigatórias e irrenunciáveis pelos próprios trabalhadores (BARROS, 2016).

Assim, o Direito do Trabalho foi desenvolvido, no Brasil, como uma área do direito que, embora tenha origens no direito privado, possui normas que são consideradas, também, de ordem pública. Aquelas, concedem uma liberdade às partes característica do direito privado, estas, por sua vez, tendo natureza claramente pública, são, portanto, normas cogentes (MARTINS, 2011).

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro, ao criar o Direito do Trabalho, apesar deste possuir natureza de direito privado, consagrou normas e princípios que, tendo natureza de direito público, caracterizam-se por serem de observância compulsória, tanto quando da pactuação contratual, quanto da elaboração de novas normas jurídicas, aduz Alice de Barros Monteiro (2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para Petrucci e Siqueira (2019), essas normas e princípios são as bases fundantes do Direito do Trabalho brasileiro, de modo que deve ser observada quando da elaboração de qualquer legislação superveniente, inclusive, ressalta-se, a atual reforma trabalhista, revestindo-se de elementos de proteção e intervenção do Estado na relação entre particulares.

Dentre essas normas, há o consagrado princípio da proteção ao trabalhador. Esse princípio, aduz Alice de Barros Monteiro (2016), tem como função inspirar o sentido da legislação trabalhista e se caracteriza como regulamentador de toda a relação de trabalho. Desse modo, ele orienta toda a ordem jurídica trabalhista no Brasil, com critérios e requisitos interpretativos específicos do Direito do Trabalho, se diferenciando, assim, de outros ramos do Direito.

O jurista Maurício Godinho Delgado (2017) expõe que o direito do trabalho é baseado em um sistema de princípios e normas que se traduz em uma teia de proteção da parte hipossuficiente da relação de emprego, a fim de diminuir o seu desequilíbrio fático, de modo que o princípio da proteção rege todo o direito trabalhista brasileiro. Assim, seu principal objetivo é garantir que o trabalhador, parte hipossuficiente desta relação jurídica, possa dispor, em equilíbrio de condições, de sua força de trabalho sem ser lesado em seus direitos fundamentais, a fim de que, havendo um equilíbrio entre as partes, o trabalhador viva dignamente.

De acordo com o notório jurista, sem essa noção de proteção ao elo frágil dessa relação, não se consegue compreender o direito do trabalho, nem mesmo como ciência jurídica, pois tal princípio constitui-se em norma fundante e essencial deste ramo especializado do direito. Nesse sentido, o princípio da proteção objetiva diminuir a disparidade jurídica existente entre o empregador e o trabalhador, concedendo uma superioridade a este, de modo que há um tratamento desigual conferido às partes, a fim de buscar um equilíbrio substancial nessa relação (MARTINS, 2011).

Logo, segundo o referido autor, ao contrário do direito comum, no qual busca-se em suas relações privadas a conceder e mantar uma igualdade às partes, por este ser um critério de justiça, no Direito do Trabalho, há a busca evidente de um tratamento desigual e que protege a parte mais frágil – o hipossuficiente trabalhador, diante de todo o poderio e hipersuficiência dos grandes empregadores.

Por conseguinte, desprovido de um dos princípios basilares do direito civil, qual seja a igualdade, por força do princípio da proteção ao trabalhador, as relações laborais, quando da elaboração contratual (e, reitera-se, inclusive a reforma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

trabalhista), sofrem limitação e encontram discricionariedade para pactuarem entre si até os termos em que se inicia o princípio da proteção e demais normas trabalhistas cogentes (BARROS, 2016), conforme se observa da leitura dos artigos 9º, 444 e 468, da Consolidação das Leis do Trabalho. Veja-se:

> Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.
>
> Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.
>
> Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Ademais, Sergio Pinto Martins (2011) informa que o princípio da proteção desdobra-se na criação de mais outros 3 princípios, a saber: o *in dubio pro operario*; o da aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador e o da aplicação da condição mais benéfica. Conforme o referido jurista, em primeiro momento, em caso de dúvida quanto à norma que deve ser aplica ao caso concreto, prevalece a aquela que é mais favorável ao trabalhador, visando sempre melhorar as condições de trabalho do empregado e manter as condições favoráveis já concedidas.

No princípio da aplicação da norma mais benéfica informa que quando da criação de nova legislação trabalhista deve-se elaborar normas mais benéficas ao trabalhador, não havendo a possibilidade de retirá-las ou mesmo suprimir normas que depreciem ou piorem a situação do trabalhador. Esse princípio resulta, consequentemente, na observância do último, o da aplicação da condição mais benéfica, haja vista que, havendo criação e preservação de normas mais favoráveis ao trabalhador, há, também, a manutenção de uma condição mais benéfica, conforme esboça Sergio Pinto Martins (2016).

Nesse sentido, para Martins (2016), os dois últimos princípios referem-se à manutenção de direitos já conquistados dos trabalhadores e, portanto, adquiridos, os quais não devem, mesmo que por criação de uma nova legislação

ou reforma legislativa, retroceder a condições anteriores que pioram as condições do trabalhador.

3 ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA A APROVAÇÃO DA REFORMA TRABALHISTA

O Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, elaborado pelo deputado relator Rogério Marinho, da Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre as alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aduz os argumentos justificadores do projeto de Reforma Trabalhista.

Marinho (2016) expõe que as leis são criadas com a finalidade de atender as necessidades sociais do tempo em que foi elaborada. Nesse sentido, tendo em vista que a consolidação trabalhista foi criada em 1943, não consegue mais atender às demandas atuais da sociedade.

Isso se justifica pelo fato de que o tempo de sua criação, foi um tempo que havia a necessidade de uma intervenção e tutela maior do Estado na relação trabalhista, a fim de que pudesse garantir patamares mínimos de dignidade ao trabalhador (MARINHO, 2016).

Segundo o relator, não justificaria, atualmente, permanecer com toda a regulamentação imperativa constantes no texto da norma trabalhista, já que as relações de trabalho foram alteradas, não havendo a necessidade de um Estado interventivo.

Assim, o deputado Marinho (2016) informa que há a necessidade de se conceder maior liberdade às partes contratantes, visto que o que se apresenta nos dias de hoje é um equilíbrio entre as partes do pacto laboral, de modo que o Estado deve se isentar de decidir pelo trabalhador, tirando a rigidez protetora da legislação.

Ademais, todo o excesso de normas trabalhistas permite haver um alto grau de insegurança jurídica, de forma que torna difícil o empregador contratar a mão de obra, por conseguinte impede o Brasil crescer economicamente e superar atual crise que já perdura por três anos consecutivos (MARINHO, 2016).

O referido deputado aduz que conceder liberdade à relação trabalhista é, na verdade, fomentar o crescimento econômico do país, além de atrair grandes investimentos de outros países, o que geraria mais emprego e consequentemente diminuiria os expressivos índices de desemprego.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Desse modo, diminuiria o número de trabalhadores em situação de subemprego e que estão laborando na informalidade, pois em muitas situações a realidade de tais trabalhadores não se subsumem à rígida previsão da CLT, expõe Marinho (2016). Tudo isso, argumenta o deputado relator, sem infringir ou diminuir os direitos fundamentais do trabalhador insculpidos no artigo 7º da Constituição Federal.

Também, o deputado apresenta que a desregulamentação e flexibilização da legislação trabalhista diminuiria o número de ações e processos na Justiça do Trabalho, tendo em vista que o crescimento do ajuizamento de ações tem crescido anualmente. Esse crescimento se justifica tanto pelo descumprimento pelo empregador das rigorosas regras trabalhistas, quanto da árdua missão de cumprir as detalhadas e excessivas leis.

Marinho (2016) argumenta, finalmente, que aumento da quantidade de processos leva os tribunais do trabalho a decidirem e formarem jurisprudências diversas, não havendo, assim, uma uniformidade. Desse modo, o próprio TST age fora de seus limites, de forma que até mesmo dá entendimento contrário à norma trabalhista, com vistas tão somente a proteger o trabalhador (como é o caso da súmula 277, do TST).

Diante de todo o exposto, consegue-se extrair dos argumentos do deputado relator Rogério Marinho (2016) que há a necessidade de se conceder maior liberdade às partes envolvidas na relação trabalhista, de modo que até mesmo o que for acordado entre os envolvidos se sobreponha à previsão legislativa, a fim de que se modernize a norma e se atenda à premente necessidade econômica do país.

4 PONTOS DA REFORMA QUE FLEXIBILIZAM DIREITOS TRABALHISTAS

A descrição de pontos relevantes da Reforma Trabalhista que flexibilizaram os direitos dos trabalhadores ocorrerá de acordo com a ordem de alteração proposta pela lei 13.467/17 (Lei da Reforma).

4.1 HORAS *IN ITINERE*

A previsão legal da denominada horas "*in itinere*", antes da Reforma trabalhista, foi incluída pela lei 10.243/01, constava no artigo 58, parágrafo 2º, da CLT, com a seguinte redação:

> Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá

> de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.
>
> (...)
>
> §2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.

Ressalta-se que, anteriormente, o tempo de deslocamento de casa para o trabalho e do trabalho para a residência (horas *in itinere*) não era incluído no cômputo da jornada de trabalho, de modo que, além de o empregado laborar a jornada de trabalho, ainda gastava muito tempo em deslocamento, visto que as empresas se constituíam, muitas vezes, em local distante (SOUZA; SIEBRA, 2018).

No entanto, diante da dificuldade no translado e tempo despendido pelos empregados, que eram submetidos a extensas jornadas, reconheceu-se a necessidade de estabelecer uma exceção à essa regra, que veio prevista na segunda parte do §2º da CLT, o qual dispôs que, em se tratando de local difícil acesso ou não servido por transporte público, haveria a contagem desse tempo na jornada de trabalho (SOUZA; SIEBRA, 2018).

Essa ressalva legislativa prevista na segunda parte do parágrafo segundo nasceu da necessidade de proteger o trabalhador das imposições capitalistas dos empregadores. Pois aquele era submetido a jornadas exaustivas, que muitas vezes ultrapassavam as 12 horas diárias, de modo que os trabalhadores não dispunham de tempo livre para viver dignamente, dedicando-se às demais atividades da vida (SOUZA; SIEBRA, 2018).

Assim, segundo os referidos autores, a limitação de jornada se fez imprescindível para a garantia de uma vida minimamente digna àquele que labora.

Logo, foi reconhecido como um direito fundamental não só do trabalhador, mas intrínseco à própria noção de ser humano, de sorte que foi previsto no artigo 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe: Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, com o intuito de diminuir a superioridade, inclusive socioeconômica, do empregador, diante da hipossuficiência do trabalhador o Estado brasileiro interveio dispondo e admitindo as horas "*in itinere*" como tempo computado na jornada de trabalho, a fim de garantir uma igualdade substancial na relação trabalhista, artigos 7º VIII, da Constituição e 58, §2º da CLT (SOUZA; SIEBRA, 2018).

Todavia, a partir da vigência da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), houve a retirada dessa previsão legal dando à legislação trabalhista o seguinte teor:

> Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.
>
> (...)
>
> §2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

Assim, consoante Souza e Siebra (2018), o tempo despendido pelo empregado de casa para o trabalho não é mais, em nenhuma hipótese, tempo à disposição do empregador, o que aumenta as horas que o empregado gasta com o trabalho, a fim de tornar mais favorável à atividade econômica desenvolvida pelas empresas.

Nesse sentido, conforme os mencionados autores expõem (2018), no caso de um empregado que permanece 12 horas por dia à disposição do empregador (o que ocorre principalmente em grandes cidades), considerando que um adulto deve dormir em média 7 horas por dia e que o dia tem 24 horas, resta para o trabalhador pouco menos de 4 horas por dia, impossibilitando-o totalmente de buscar objetivos de vida, de estudar, de fazer exercícios físicos ou de desfrutar momentos de lazer com a família.

Essa previsão, para Souza e Siebra (2018), é, em muito, prejudicial a trabalhador, vez que vida humana não se limita à provisão financeira, econômica ou cultural, mas também ao exercício dos direitos sociais e bem estar psicológico da pessoa humana, de modo ao trabalhador poder exercer o direito de escolha das atividades que dão sentido à vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, o que se observa é que o legislador impôs, nesse ponto, o ônus da atividade econômica à parte hipossuficiente da relação trabalhista, de sorte a sacrificar o tempo e energia suficientes às demais necessidades da vida, em detrimento da atividade econômica desenvolvida, infringindo, consequentemente, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção ao trabalhador (SOUZA; SIEBRA, 2018).

4.2 INTERVALO INTRAJORNADA

O intervalo intrajornada compreende o tempo que intercalam uma jornada de trabalho, no qual o empregado permanece em período de descanso, alimentação e higiene, sem que esse tempo seja computado como jornada de trabalho (CARVALHO; FILHO, 2018).

Delgado, em sua definição sobre o tema diz que a jornada se apresenta dividida por períodos de descansos, os chamados intervalos intrajornadas, de modo que se separaram das jornadas fronteiriças por extensos períodos de descanso (DELGADO, 2013).

A sua previsão na legislação trabalhista consta no artigo 71 da CLT, o qual aduz que nos trabalhos cuja duração ultrapasse as 6 (seis) horas, é compulsória a concessão de um intervalo para repouso e alimentação, prescrevendo ainda que será de no mínimo 1 (uma) hora.

Assim, torna-se evidente que essa previsão legal não objetiva finalidades econômicas, pelo contrário, visa a proteção à saúde e segurança do trabalhador, conforme previsão no artigo 7º, XXII, da Constituição Federal (DELGADO, 2017).

> (...) as normas jurídicas concernentes a intervalos intrajornadas também têm caráter de normas de saúde pública, não podendo, em princípio, ser suplantadas pela ação privada dos indivíduos e grupos sociais. É que, afora os princípios gerais trabalhistas da imperatividade das normas desse ramo jurídico especializado e da vedação a transações lesivas, tais regras de saúde pública estão imantadas de especial obrigatoriedade, por determinação expressa oriunda da Constituição da República. (DELGADO, 2013, p. 964)

Segundo Carvalho e Filho (2018), é imprescindível ressaltar que os intervalos intrajornadas são erigidos a normas de caráter de ordem pública, as quais não podem ser dispostas conforme vontade das partes (como fez a reforma), vez que se trata de garantia constitucional sobre a saúde e proteção do empregado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, a flexibilização do intervalo intrajornada representa uma exposição do trabalhador ao risco à sua própria saúde, segurança e bem estar, o que o torna mais passível a doenças e acidentes de trabalho (CARVALHO; FILHO, 2018).

Todavia, a Reforma trabalhista privilegiou os acordos realizados entre empregados e empregadores em detrimento de previsão legal e inclusive constitucional, ao dispor em seu artigo 611-A, inciso III, a possibilidade de redução desse intervalo, sem se atentar para o real objetivo da norma (CARVALHO; FILHO, 2018).

> Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
>
> (...)
>
> III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

Observa-se que anteriormente, o instrumento da negociação coletiva era visto como meio de aperfeiçoamento das relações trabalhistas, a fim de que se garantisse melhores condições aos empregados, todavia se verifica que a lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista) privilegiou o referido instituto em detrimento do bem estar e saúde do trabalhador, rompendo, dessa forma, com a ideia de proteção (CARVALHO; FILHO, 2018).

Consequentemente, a Reforma Trabalhista concede à negociação coletiva a possibilidade de precarização das relações de trabalho, em detrimento da busca da proteção e melhores condições ao trabalhador. Então, a flexibilização de tal direito infringe inclusive direitos fundamentais e sociais - a "flexibilização inconstitucional de medidas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, com afronta ao inciso XXII do art. 7º da Constituição e à Convenção 155 da OIT." (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 79).

> Insistentemente, a Lei n. 1 3.467/201 7 desnatura o sentido constitucional de proteção ao trabalho. É que a Constituição se inspira no conceito de negociação coletiva trabalhista como instrumento de aperfeiçoamento das condições de trabalho (o princípio da norma mais favorável, aliás, é que abre o caput do art. 7º da Constituição Federal, em cujos incisos VI, XIII e XVI se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> insere a referência à negociação coletiva trabalhista). Não há, na Constituição e nas normas internacionais vigorantes no Brasil, a ideia de negociação coletiva trabalhista como veículo para a precarização de direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas. (DELGADO; DELGADO, 2017, p.79)

Portanto, as normas de duração da jornada de trabalho visam a proteção da integridade física e bem estar do trabalhador, restando evidente tratar-se de normas públicas que não podem ser flexibilizadas sem qualquer cuidado com a saúde do empregado (CARVALHO; FILHO, 2018). Logo, são normas imperativas e com previsão constitucional, de modo que o próprio Estado deve assegurá-las em benefício do empregado.

4.3. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

Essa nova forma de contratação nasceu da necessidade de modernização das relações de trabalho, com vistas a diminuição dos índices de desemprego e trabalho informal (OLIVEIRA, 2018).

Sua previsão legal encontra-se albergada no artigo 443, parágrafo 3º, da CLT, que preceitua conforme se observa a seguir:

> Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.
>
> (...)
>
> §3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Nessa hipótese, o trabalhador fica esperando o chamado para o trabalho, de forma que pode aguardar dias, semanas e até mesmo mês sem receber nenhuma remuneração, nem mesmo pela espera, já que o parágrafo §5º, do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

artigo 452-A, da CLT, informa que esse tempo não constitui tempo à disposição do empregador (OLIVEIRA, 2018).

No entanto, observa-se que a previsão legal dessa modalidade de contratação, em muito, desprestigia alguns dos poucos direitos e garantias já conquistados pelos trabalhadores, criando subcategorias de trabalhadores com condições de trabalhos precárias (OLIVEIRA, 2018).

Por conseguinte, o contrato de trabalho intermitente ou "zero horas", como quer alguns, gera uma insegurança a somente uma das partes que compõem a relação trabalhista, o hipossuficiente empregado (OLIVEIRA, 2018).

Assim, em que pese a garantia do salário mínimo e de um trabalho que satisfaça as necessidades básicas do ser humano ser uma garantia constitucional (art. 7º, CRFB), a referida previsão celetista submete o empregado a uma situação de total vulnerabilidade, de modo que, além de lhe usurpar condições vitais para a subsistência, partilha com o empregado o risco da atividade econômica exercida pelo empregador (OLIVEIRA, 2018).

Ademais, segundo Ailsi Costa De Oliveira (2018), o empregado é o único atingido com tal forma de contratação, arcando sozinho com o ônus da relação, de modo que há uma apropriação do tempo do empregado.

Portanto, o trabalhador não poderá assumir compromissos em determinados horários, visto que a recusa para o chamado do empregador poderá impedir uma nova convocação. Nesse sentido, o empregado sofrerá mais limitações para dispor de seu tempo para outras atividades da vida (lazer, tempo com a família, etc.), sem qualquer garantia de ser convocado para o trabalho (OLIVEIRA, 2018).

4.4 O ACORDADO SE SOBREPÕE AO LEGISLADO

O artigo 611-A, da CLT, incluído pela Reforma Trabalhista, inova o Direito do Trabalho no Brasil ao trazer um rol exemplificativo das situações em que for acordado entre empregado e empregador prevalecerá sobre o que estiver disposto em lei.

Sabe-se que a instituição dessa previsão legal (art. 611-A, da CLT) não veio de forma isolada, pois conquanto a Lei de Reforma privilegiou a atuação dos sindicatos nos acordos coletivos, a mesma Reforma enfraqueceu o sindicato dos trabalhadores (AZEVEDO, 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O motivo de seu enfraquecimento foi o fim da contribuição obrigatória do imposto sindical. Uma vez que o órgão representativo da classe trabalhadora se apresenta impotente por escassez de recursos, fragiliza a sua capacidade de negociação e, inclusive, de se manter, o que resulta em maiores flexibilizações de direitos trabalhistas, estabelecendo condições de trabalho mais precárias (ALVÃO; SILVA, 2018).

Ora, quem representa os interesses dos trabalhadores, em situações de negociação coletiva, é o próprio sindicato da categoria, em virtude, inclusive, de constar na própria Constituição Federal, em seu artigo 8º, incisos III e VI, que dispõe:

> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
>
> [...]
>
> III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;
>
> [...]
>
> VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

Até a Lei da Reforma, as entidades sindicais eram patrocinadas pelas duas mais importantes fontes: a contribuição sindical obrigatória (artigo 8º, inciso IV, da Constituição), que foi extinta atualmente pela reforma, e a contribuição associativa (artigo 548, b, da CLT).

Assim, de acordo com Alvão e Silva (2018), cominando com a referida inovação legislativa do artigo 611-A, houve também disposições na Lei de Reforma que objetivaram à perda do poder de representação sindical, o que implica em maior liberdade às grandes empresas e maiores restrições aos empregados, com o permissivo, agora legal, de o que for negociado sobrepor-se ao legislado, piorando e precarizando as condições de vida e trabalho do elo hipossuficiente desta relação, em detrimento da situação econômica do país.

Alvão e Silva (2018) observam que a constituição prevê algumas hipóteses que é possível a flexibilização, mediando acordo ou convenção coletiva, de algumas garantias trabalhistas, porém, informa, em contrapartida, que a Reforma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Trabalhista é eivada de vícios de inconstitucionalidade ao estabelecer-se como superior até mesmo às hipóteses e limites impostos pelo texto constitucional.

Desse modo, não se pode permitir, em nosso sistema jurídico, que a reforma trabalhista, tratando-se de uma lei ordinária, tenha supremacia em relação aos parâmetros estabelecidos na constituição da república, principalmente porque a proteção à pessoa humana não foi colocada como objetivo central da reforma, antes, porém, o interesse econômico e de sua classe empresária correspondente, conforme aduz Alvão e Silva (2018).

Ademais, estabelecer que o acordado se sobrepõe ao legislado privilegia e prioriza muito mais os interesses do capital, criando uma legislação que agrava, em muito, as condições de trabalho da classe trabalhadora e, inclusive, contribui para o desequilíbrio de ambas partes da relação trabalhista. Nesse sentido, enfraquece ainda mais o empregado em sua relação com o empregador, que agora poderá estabelecer, por meio de acordo individual, condições precárias, conforme os próprios interesses (ALVÃO; SILVA, 2018).

Consequentemente, as alterações na legislação trabalhista concede um viés muito mais civilista, isto é, próximo ao Direito Civil, o qual prega a igualdade e isonomia entre as partes, do que trabalhista, que assegura uma rede de proteções ao empregado, ao considerar sua hipossuficiência (ALVÃO; SILVA, 2018.

Portanto, para Alvão e Silva (2018), ao privilegiar o princípio da autonomia da vontade, oriundo do Direito Civil, estabelecendo a possibilidade de ambas partes acordarem livremente, o legislador fechou os olhos para os princípios e fundamentos do Direito do Trabalho brasileiro e também para a real ausência de igualdade de condições entre empregado e empregador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, é imprescindível ressaltar que a presente pesquisa não visa tecer juízo valorativo quanto as alterações promovidas pela Reforma, nem tampouco esgotar os argumentos e discussões que a permeiam. Pelo contrário, almeja, tão somente, compreender de que modo as novas (des) regulamentações infringem o seu princípio fundador, o da proteção ao trabalhador.

Desse modo, com a atual produção acadêmica, pode-se compreender os alicerces do Direito do Trabalho no Brasil, que tem como fundamento principal a proteção da parte hipossuficiente da relação de emprego (o trabalhador), buscando diminuir o desequilíbrio fático nessa relação, de modo que esse princípio regulamenta e inspira toda a ordem jurídica trabalhista no país.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Também, foi possível compreender, considerando as alterações na legislação trabalhista, de que modo as flexibilizações e supressões de direitos trabalhistas infringem o princípio fundamentar desse ramo do Direito, a saber, o princípio da proteção ao trabalhador.

Nesse sentido, observou-se que muitas das alterações promovidas pela Reforma suprimem e flexionam direitos, de modo a precarizar as relações de trabalho, retirando, muitas vezes, a proteção antes concedida ao trabalhador, sob o argumento da necessidade de desenvolvimento econômico e modernização das relações trabalhistas.

Portanto, partindo desses pressupostos, é possível entender que, conquanto a Reforma trabalhista possa ser benéfica ou constitucional em todos seus termos (circunstância não visada nesta pesquisa), ela, em algumas de suas alterações, vai de encontro aos fundamentos basilares do Direito do Trabalho brasileiro, vez que consagra institutos que retiram a teia de proteção ao trabalhador, em detrimento dos interesses de econômicos.

6 REFERÊNCIAS

ALVÃO, L. C.; SILVA, L. M. M. Reforma trabalhista – Negociado se sobrepõe ao legislado: análise à luz da constituição federal. **Conpedi**. 13 jun. de 2018. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/g9flk5c4/ltsL0F6AXxcKp025.pdf. Acesso em: 31 out. de 2019.

AZEVEDO, Alessandra. Parlamentares e governo negociam mudanças em texto da reforma trabalhista. **Correio Braziliense**, Brasília, 16 jul. 2017. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2017/07/16/internas_economia,610012/reforma-trabalhista-o-que-ainda-deve-mudar.shtml. Acesso em: 01 nov. 2019.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** 10ª. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados Federais**.** Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho temporário, e dá outras providências**.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2

48903689AD0D163F5D7E2E8AF67D77C.proposicoesWebExterno1?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 out. de 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017**. Brasília, DF: Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204- publicacaooriginal-153369-pl.html. Acesso em: 30 out. de 2019.

CARVALO, M. J. B.; FILHO, R. F. Intervalo intrajornada: uma análise do art. 611-A, III, da CLT sob a perspectiva da proteção à saúde do trabalhador. **Conpedi**. 13 jun. 2018. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/g9flk5c4/77e3njbDAW4JfP63.pdf. Acesso em: 26 out. de 2019.

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Direito do trabalho:** com comentários à lei 13.467/17. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 16ª. ed. São Paulo: LTr, 2017.

LAKATOS, E. M. **Fundamentos da Metodologia Científica.** 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 28ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDEIROS, João Bosco. **Redação científica:** a prática de fichamentos, resumos, resenhas. 12ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual da metodologia da pesquisa no Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEZZAROBA, O.; MONTEIRO, S. **Manual de metodologia da pesquisa no direito:** atualizado de acordo com as últimas normas da ABNT. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Ailsi Costa de. O contrato "zero hora" e a intermitência democrática. **Conpedi**. 14 nov. de 2018. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/c828x2f5/T59vRBYjntIUt00P.pdf. Acesso em: 31 out. de 2019.

PETRUCCI, A. C. P. L.; SIQUEIRA, R. E. A. Fundamentos do direito do trabalho: os princípios da proteção e da irrenunciabilidade e alguns aspectos sobre a reforma trabalhista. **Conpedi.** 19 jun. 2019. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/no85g2cd/q80siq3h/bbozVr24ReE3txCq.pdf. Acesso em: 25 out. de 2019.

PRODONOV, C. C.; FREITAS, E. C. D. **Metodologia do trabalho científico:** métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2ª. ed. Novo Hamburgo: Feevaale, 2013.

SOUZA, L. M S.; SIEBRA, M. M. R. A alteração do artigo 58, §2º da CLT pela lei nº 13.457/17: uma permissão legislativa ao dano extrapatrimonial e uma afronta à dignidade da pessoa humana. **Conpedi**. 14 nov. 2018. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/rltt5911/Y1E43epeB60zwLYr.pdf. Acesso em: 25 out. de 2019.

NOTAS:

[1] Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília, Brasil (2017). Professora de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogada. E-mail: janay.garcia@p.catolica-to.edu.br

www.conteudojuridico.com.br

TRIBUTAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: PERSPECTIVAS ACERCA DA CRIAÇÃO DE UM IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS COMO MEIO DE COMBATE AO CORONAVÍRUS NO BRASIL

MARCELA MARTINS DE OLIVEIRA NÓBREGA: Estudante de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

Resumo: Em 2020, diversos países foram atingidos pelo novo coronavírus, o que fez com que fosse decretado estado de calamidade no Brasil[1]. Os hospitais brasileiros correm risco iminente de superlotação -quando já não estão superlotados- e a saúde pública demanda cada vez mais de recursos financeiros para lidar com a quantidade de pessoas contaminadas. Diante desse cenário, além das diversas medidas de impacto fiscal publicadas, foram divulgados projetos de criação de um imposto sobre fortunas no Brasil. Tornaram-se frequentes, ainda, os debates acerca da tributação de lucros e dividendos e a possibilidade de criação de um empréstimo compulsório. Isso porque, ainda que medidas emergenciais já tenham sido aprovadas, é necessário compensar esses gastos para evitar uma crise econômica nos próximos meses.

Palavras-chave: Imposto sobre grandes fortunas; coronavírus; Brasil.

Sumário: Introdução. 1. O Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil. 2. Projetos em tramitação no Senado em 2020. 2.1. Imposto sobre grandes fortunas. 2.2. Tributação de lucros e dividendos. 3. Perspectivas gerais da criação de um IGF no Brasil. 4. Coronavírus e o estado de calamidade no Brasil em 2020. 4.1. Medidas fiscais implementadas. 5. O IGF como meio de amenização dos impactos da pandemia. 6. O empréstimo compulsório como meio de amenização dos impactos da pandemia. Conclusão.

Introdução

O debate acerca da tributação de grandes fortunas vem à tona sempre que o assunto é desigualdade social e injustiça fiscal. Isso porque a tributação no Brasil é regressiva, ou seja, atinge com mais impacto, proporcionalmente, a população com menor renda[2]. No contexto de pandemia do novo coronavírus enfrentado em 2020 no Brasil e no mundo, a desigualdade social fica ainda mais evidente: a classe mais baixa tem menos acesso à saúde e menor possibilidade de isolamento físico para evitar a contaminação.

Nesse contexto, foram publicadas diversas decisões de âmbito econômico, como diminuição de alíquotas de impostos e auxílios para cidadãos autônomos, a fim de amenizar um colapso econômico nos próximos meses. Contudo, esses gastos precisam ser compensados, tendo em vista que as perdas de receitas tributárias da

União, dos Estados e dos municípios podem culminar em uma crise econômica no Brasil.

Assim, surgiram diversos projetos relacionados à criação do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) no Brasil, imposto esse que já está presente na Constituição Federal de 1988, mas que nunca foi criado de fato. Cabe ressaltar, ainda, a ascensão de debates acerca da tributação de lucros e dividendos.

Ainda que os principais argumentos que apoiem a criação de tais impostos se baseiem em justiça tributária, é necessário considerar, também, suas perspectivas negativas, principalmente no âmbito da economia. Isso porque, quando o Estado tributa a renda e/ou o lucro, o dinheiro que seria utilizado para ampliar a produção nacional, bem como pagar salários de empregados, será direcionado para um governo que não apresenta sucesso no que tange ao retorno dos impostos para a população[3].

Ademais, tendo em vista o contexto de calamidade pública no qual se encontra o Brasil, a medida mais lógica no âmbito tributário seria a do empréstimo compulsório, tendo em vista que a Constituição Federal permite a sua instituição em casos de "despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública..." [4].

1. O Brasil em 2020: estado de calamidade e medidas econômicas

Tendo chegado ao Brasil em janeiro de 2020[5], mesmo mês em que causou a primeira morte no país, o coronavírus se tornou uma pandemia em poucas semanas, tendo sido decretado estado de calamidade no país[6]. Devido à alta taxa de contaminação do vírus, a maior parte da população se isolou em seus lares, o que levou ao desemprego e falência de diversos empreendimentos no país.

No caso de decretação de estado de calamidade, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LEF) prevê consequências práticas importantes para tal cenário: ficam suspensos os prazos para ajuste das despesas de pessoal e dos limites do endividamento para cumprimento das metas fiscais e para adoção dos limites de contingenciamento das despesas, ou seja, a União pode aumentar os gastos públicos e deixar de cumprir a meta fiscal anual de 2020[7], segundo o art. 65 da LEF. Além disso, o art. 167 da CF/1988 dispõe a admissão de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes decorrentes de calamidade pública.

Sendo assim, foram anunciadas diversas medidas econômicas pelo Ministério da Economia em abril de 2020, entre elas: (I) a isenção do Imposto para Operações Financeiras (IOF) para as operações de crédito por 90 dias[8]; (II) mudança nos prazos de recolhimento da contribuição para o PIS/Pasep, para a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Confins) e da contribuição previdenciária

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

patronal; prorrogação do prazo para entrega da Declaração de Imposto sobre a Renda da Pessoa Física para a data de 30 de junho de 2020[9]; (IV) prorrogação do prazo para o recolhimento de tributos federais[10].

Em relação às medidas provenientes da Presidência da República, foi sancionado projeto de Lei que institui um auxílio emergencial de R$600 para trabalhadores informais, desempregados, microempreendedores individuais (MEIs) de famílias de baixa renda e trabalhadores intermitentes que estejam inativos no momento, sendo que mães responsáveis pelo sustento de suas famílias poderão receber até R$1200.

Ademais, houve alteração nas alíquotas de contribuição aos serviços sociais autônomos especificados na Medida Provisória nº 932, de 31 de março de 202, além da redução temporária das alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidentes sobre os produtos mencionados nos Decretos nº 10.285, de 20 de março de 2020 e nº 10.302, de 1º de abril de 2020.

A Receita Federal, assim como a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, prorrogou a validade das Certidões Negativas de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União e Certidões Positivas com Efeitos de Negativa de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União[11]. No mesmo sentido, o Comitê Gestor do Simples Nacional prorrogou as datas de vencimento dos seguintes tributos: IRPJ, IPI, CSLL, COFINS, PIS e CPP, referentes aos períodos de apuração de março, abril e maio de 2020 para seis meses após o vencimento original previsto[12].

> Ainda que tais medidas sejam essenciais para o enfrentamento da pandemia, as consequências econômicas permanecem mesmo com a amenização da crise na saúde pública. O aumento do desemprego e fechamento de empresas, bem como o impacto sobre a atividade econômica como um todo são que influenciarão negativamente na arrecadação do Estado mesmo depois do fim da pandemia. Sendo assim, vieram à tona discussões acerca da criação de um imposto sobre grandes fortunas no Brasil como meio de arrecadação para suprir esse desfalque e evitar uma crise econômica no país.

2. O Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil: análise de propostas

O Imposto sobre Grandes Fortunas, apesar de ainda não ter sido regulamentado, é um tributo federal previsto na Constituição Federal de 1988, art. 153, VII [13] e que deve ser instituído nos termos de lei complementar. Isso porque, segundo a CF, art. 146, III, alínea "a", cabe à lei complementar "definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes".

Cabe ressaltar que não há na Constituição um conceito de grandes fortunas, o que também deverá estar disposto em lei complementar, caso o imposto venha a ser criado. Outro ponto a ser especificado é se o sujeito passivo detentor das grandes fortunas será apenas a pessoa física ou incluirá a pessoa jurídica.

Já foram apresentados alguns projetos de regulamentação do IGF no Brasil: o primeiro deles, o projeto de lei 277/2008 previa taxa progressiva entre 1% e 5% para pessoas com patrimônio superior a dois milhões de reais e incluía como contribuintes a pessoas físicas e jurídicas; já o PL 130/2012 definiu como grandes fortunas o patrimônio líquido que exceda o valor de oito mil vezes o limite mensal de isenção para pessoa física do imposto de que trata o art. 153, III, da Constituição Federal; o PLS 315/2015 indicou, ainda, o que não seria de incidência do imposto sobre grandes fortunas: o imóvel de residência do contribuinte, os bens de produção, os bens consumíveis não destinados à alienação, entre outros.

Mais recente, foi apresentado o PLP 183/2019, do senador Plínio Valério (PSDB-AM), que ainda não tem parecer de comissão e propõe a criação de três alíquotas que recairiam sobre pessoas físicas e jurídicas da seguinte forma: aqueles com patrimônio entre 12 mil e 20 mil vezes o limite de isenção do Imposto de Renda pagariam 0,5% de imposto; os com patrimônio entre 20 mil e 70 mil vezes esse limite pagariam 0,75%; e os com recursos superiores a 70 mil vezes esse limite seriam tributados em 1%.

Nos mesmos moldes do projeto apresentado por Plínio Valério, o PLP 50/2020, da senadora Eliziane Gama (Cidadania-MA), propõe que o IGF seja temporário e tenha a mesma duração que o teto de gastos instituído em 2016. O projeto discute, ainda, a criação de um empréstimo compulsório aplicado às grandes fortunas. Esses empréstimos seriam utilizados apenas enquanto durasse o período de calamidade, e com o seu término passaria a vigorar o IGF.

Já o Projeto de Lei 38/2020, de autoria do senador Reguffe (Podemos-DF), considera como fortuna o patrimônio acima de 50 mil salários mínimos e propõe a alíquota é de 0,5% e o imposto terá de ser recolhido imediatamente. Do arrecadado, 50% seria destinado ao Sistema Único de Saúde (SUS) e 50% a um fundo social destinado à população baixa renda. Contudo, de acordo com o Princípio da anterioridade, previsto no art. 150, inciso III, alíneas b e c, CF, um novo tributo, como seria o caso do IGF, somente poderá ser cobrado no exercício financeiro seguinte ao que for criado. Nesses termos, conclui-se inconstitucional a proposta de Reguffe.

O projeto mais recente é o PL 924, de autoria de Assis Carvalho (PT-PI), cuja proposta é a de destinar toda a arrecadação do IGF ao combate à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pandemia. O texto estabelece que seriam criadas as seguintes alíquotas: 0,5% para patrimônios de R$ 5 milhões até R$ 10 milhões; 1% de R$ 10 milhões e um centavo até R$ 20 milhões; 2% de R$ 20 milhões e um centavo até R$ 30 milhões; 3% de R$ 30 milhões e um centavo até R$ 40 milhões e 5% para patrimônios acima de R$ 40 milhões e um centavo.

Contudo, os dois últimos projetos parecem ignorar que o imposto é um tributo desvinculado, sendo vedada, conforme o art. 167, IV da CF, "a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa (...)". Ou seja, não é possível determinar que o seu destino seja exclusivamente para o combate da pandemia, o que torna incoerente a proposta do IGF como meio de combate ao coronavírus não só pelo aspecto temporal, como também pela própria natureza do tributo.

3. Perspectivas e possíveis impactos do IGF no Brasil

Para além das inconstitucionalidades que permeiam os projetos de criação de um imposto sobre grandes fortunas no senado, outros possíveis impactos do IGF precisam ser analisados. Isso porque, apesar de ter potencial para amenizar a tributação regressiva no Brasil, essa mudança poderia prejudicar o mercado e dificultar o crescimento econômico do país após os desastres causados pela pandemia.

Em relação ao mercado, a criação do IGF atingiria, em primeiro lugar, a inovação. O objetivo principal ao abrir qualquer negócio é o lucro, o que requer o oferecimento de algo cuja demanda seja significante ou cuja oferta seja escassa, como é o caso das vacinas para o novo coronavírus. Contudo, tornar possível a oferta de um bem ou serviço inovador demanda investimento financeiro, o que nos leva a uma segunda conclusão: quem mais tem a possibilidade de inovar são as empresas com dinheiro suficiente para investir em pesquisa e tecnologia.

Para que o lucro seja reinvestido, inicialmente ele é poupado. Isso porque se busca alcançar segurança financeira suficiente antes de instituir um novo negócio. Assim, ao tributarmos as grandes fortunas, que são, em sua maioria, renda de grandes empresários brasileiros, estamos prejudicando a inovação e expansão de mercado.

Cabe ressaltar, ainda, que as grandes fortunas não são rendas ociosas e, ainda que não sejam aplicadas diretamente à tecnologia e inovação, são utilizadas para o consumo ou investidas, dinamizando o mercado. O dinheiro investido em bancos, por exemplo, é emprestado e, muitas vezes, financia investimentos governamentais, movimentando a economia. Atualmente, a verba utilizada pelo governo brasileiro para financiar as medidas econômicas implementadas como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

combate aos impactos da pandemia é, principalmente, fruto do tesouro nacional, tendo como origem os investimentos no chamado tesouro direto.

Ainda que o Estado alegue a necessidade da alta carga tributária com fim de aplicar a arrecadação fiscal aos serviços públicos essenciais, sabe-se que a realidade é de ínfimo investimento nesses serviços, ou seja, o governo brasileiro possui o histórico de não cumprir com o que promete. Assim, far-se-á necessário afastar o estigma do lucro, bem como afastar a crença de que a redistribuição de renda pelo Estado é a grande salvação para a desigualdade social, inclusive nos momentos de desastre e calamidade pública.

Nesse contexto, um grande exemplo a ser citado é o de Henry Ford, que começando com um capital de aproximadamente US$25.000 no mercado de automóveis, reinvestiu seu lucro e, além de revolucionar o mercado, terminou com um capital de aproximadamente US$1 bilhão. Ford impulsionou uma onda de inovação na produção de automóveis e tornou possível a redução de preços desses bens, que se popularizaram a partir desse período.

Percebe-se, assim, que o lucro é o meio pelo qual as empresas se multiplicam, melhoram seus serviços e criam maior oferta no mercado, beneficiando a população. Nesse sentido, é brilhante o excerto de Adam Smith:

> Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos próprios interesses. Apelamos não à humanidade, mas ao amor próprio, e nunca falamos de nossas necessidades, mas das vantagens que eles podem obter.

Ou seja, não necessariamente a intenção dos empresários que detêm as chamadas grandes fortunas é de beneficiar a população, por sentimento de benevolência. Porém, independentemente da pretensão que o impulsiona, o detentor de grandes fortunas acaba por gerar empregos e inovação, que é o que, no momento pós-pandemia, mais será necessário.

Sabe-se, ainda, que uma tributação sobre grandes fortunas incentivaria a movimentação de renda para fora do país, o que já é feito por alguns empresários brasileiros que se sentem prejudicados pela alta carga tributária do país. Esse cenário seria potencializado numa situação de aumento da tributação da renda, o que acarretaria em desestímulo da economia, já que milhões seriam destinados aos bancos de outros países.

Com o impacto na economia e na inovação e a consequente diminuição do lucro dos detentores das grandes fortunas no Brasil, esse prejuízo seria cobrado dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

consumidores. Desse modo, é possível deduzir que os preços poderiam subir, bem como a inflação, tendo em vista que os empresários não estão dispostos a perder lucro. Ou seja, esse detentor teria algumas opções: despedir empregados, diminuir salários, aumentar o preço final, investir o seu dinheiro fora do país (seja abrindo empresas no exterior ou poupando em bancos internacionais) ou até mesmo sonegar impostos. Todas as opções resultam em danos para a população de média e baixa renda.

Em relação ao aumento dos preços e diminuição dos salários ou empregados, os prejuízos são óbvios. No caso em que o empresário decide investir fora do país, é preciso lembrar que os bancos nacionais contam com essa entrada de dinheiro para fazer empréstimos diversos, mesmo porque são as grandes rendas que estão em poupanças e investimentos, enquanto as classes com renda baixa gastam quase tudo o que recebe ou são devedoras.[14]

É importante frisar, ainda, que já existe uma alta carga tributária no Brasil e que é incoerente economicamente buscar um aumento de tributos no país. Além de já ser cobrado imposto sobre a renda, o Brasil cobra mais impostos das empresas do que qualquer outro país do BRIC, tendo um percentual acima da média das nações que compõem o G7[15].

Além disso, dados da Confederação Nacional da Indústria mostram que o Brasil é o segundo país menos favorável para a indústria, devidos aos tributos. Essa situação faz com que o investimento em outros países seja cada vez mais cogitado pelos empresários brasileiros e demonstra as dificuldades que o Brasil já enfrenta em relação a uma carga tributária exorbitante.

Ainda que parte da população pense em riqueza como dinheiro físico, a riqueza de uma nação está diretamente ligada à quantidade de bens que ela oferece, conforme já frisava Adam Smith. Assim, uma nação que facilita a entrada de empresas estrangeiras, bem como das empresas nacionais, pode oferecer bens e serviços de maior qualidade, já que a competição tende a melhorar o padrão do que é ofertado. Por fim, o economista Murray Rothbard, da Escola Austríaca sintetiza: *Impostos sobre fortunas impõem duras penalidades contra a riqueza acumulada. Não há maneira mais rápida de promover a queima de capital e o empobrecimento geral.*

4. O empréstimo compulsório como meio de combate ao coronavírus

O empréstimo compulsório é um tributo estabelecido pela Constituição Federal cujo objetivo é ser cobrado apenas em circunstâncias emergenciais, como guerras ou calamidades públicas. A crise provocada pelo novo coronavírus provocou a decretação de estado de calamidade no país até 31 de dezembro, o que não é o fato gerador, mas uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

das causas justificadoras que o autoriza a instituição do empréstimo compulsório. Segundo a CF, a União é quem deverá instituir o empréstimo compulsório, mediante lei complementar:

> Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

No mesmo sentido, estabelece o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966):

> Art. 15. Somente a União, nos seguintes casos excepcionais, pode instituir empréstimos compulsórios:
>
> II - calamidade pública que exija auxílio federal impossível de atender com os recursos orçamentários disponíveis;
>
> Parágrafo único. A lei fixará obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate, observando, no que for aplicável, o disposto nesta Lei.

Ademais, o empréstimo compulsório pode ser cobrado ainda esse ano, já que não segue o princípio da anterioridade que guia a cobrança dos outros tributos. Conforme já se analisou, um dos principais motivos de a criação do IGF não ser satisfatória para o combate ao coronavírus está no fato de não poder ser cobrado este ano, que é o de maiores consequências. Nesse sentido, estabelece o CTN em seu artigo 150, III, § 1º:

> Art.150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> III- cobrar tributos:
>
> b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;"
>
> § 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em uma das propostas de criação do imposto sobre grandes fortunas que tramita atualmente no Senado, o PLP 50/2020, há a previsão de instituição do empréstimo compulsório, que seria aplicado em uma alíquota de 4% sobre a mesma base tributária do imposto proposto pela senadora, ou seja, patrimônios acima de 12 mil vezes o limite de isenção do imposto de renda. Segundo a proposta, o dinheiro seria retornado a partir de 2021.

No que tange ao empréstimo compulsório, a proposta poderia ser satisfatória em relação ao objetivo proposto. Porém, cabe relembrar que imposto é um tributo desvinculado, enquanto os recursos provenientes do empréstimo compulsório devem estar vinculados a uma despesa, ou seja, satisfaz o objetivo de combate ao coronavírus e suas consequências econômicas.

Cabe ressaltar que, ainda que o Brasil tenha o histórico "sujo" no que tange ao pagamento dos empréstimos compulsórios feitos no século XX e nunca pagos, a segurança jurídica deve ser preponderante no momento de tamanha insegurança e incerteza generalizada. Se a Constituição Federal estabelece o empréstimo compulsório como tributo a ser cobrado em situações de calamidade pública, não faz sentido que se institua um imposto que nem sequer poderia ser cobrado no ano da pandemia.

Conclusão

A partir de uma análise acerca das propostas de criação do imposto sobre grandes fortunas no Brasil como meio de combate ao coronavírus e suas consequências, buscou-se analisar os possíveis impactos desses projetos de uma perspectiva mais prática do que principiológica. Isso porque, ainda que a realidade fiscal do Brasil seja de tributação regressiva e injustiça fiscal, a criação do IGF não é satisfatória como combate à pandemia enfrentada em 2020.

Fala-se, primeiramente, sobre as consequências econômicas lógicas da criação de tal imposto: impactos na inovação e na expansão do mercado e aumento da inflação, decorrente de um cenário em que os detentores das grandes fortunas são majoritariamente os empresários que lucram com a oferta de bens e serviços.

Para além da análise meramente econômica, restou concluído que o imposto sobre grandes fortunas não é a melhor proposta para amenização do cenário brasileiro porque a crise econômica é iminente e a calamidade pública já foi decretada. Ou seja, não se trata do objetivo -igualmente legítimo- de corrigir uma desigualdade estrutural de âmbito tributário no Brasil, mas de atenuar um estado de colapso e desespero generalizado.

Conceitualmente, o tributo que satisfaz momentos como este é o empréstimo compulsório, cujo objetivo é justamente ser instituído em cenários como o atual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Contudo, ainda que tenha surgido em debates e propostas que objetivam o combate ao coronavírus, o empréstimo compulsório esteve majoritariamente acompanhado da proposta de criação do imposto sobre grandes fortunas.

Assim, o debate acerca da criação do imposto sobre grandes fortunas não deve ser anulado, mas adiado. A regressividade da tributação no Brasil é um problema a ser resolvido não em um contexto de calamidade pública, mas após estudos que englobem impactos econômicos a curto, médio e longo prazo. A medida mais segura e coerente a ser adotada com o objetivo de combate à pandemia, portanto, é a instituição do empréstimo compulsório em 2020.

Referências

_____. Projeto de lei complementar 202. Autoria do Senador Fernando Henrique Cardoso. Brasília: DF, Senado, 1989.

_____. Projeto de lei complementar 277. Autoria da Deputada Luciana Genro, Deputado Chico Alencar e Deputado Ivan Valente. Brasília: DF, Câmara dos Deputados, 2008.

_____. Projeto de lei complementar 315. Autoria do Senador Paulo Paim. Brasília: DF. Senado Federal, 2015.

_____. Projeto de lei complementar 534. Autoria do Senador Antonio Carlos Valadares. Brasília: DF, Senado Federal, 2011.

_____. Projeto de lei complementar 950. Autoria do Deputado Dr. Aluizio. DF, Câmara dos Deputados, 2011.

_____. Projeto de lei complementar. 130. Autoria do Deputado Paulo Teixeira e outros. Brasília: DF, Câmara dos Deputados, 2012.

AMARO, Luciano. Imposto sobre grandes fortunas. Resenha, Associação Brasileira de Direito Financeiro, Rio de Janeiro, n.24, p.03-20, 1991 p.4, apud MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. Imposto sobre grandes fortunas no Brasil: origens, especulações e arquétipo constitucional. São Paulo: MP Ed., 2010.

BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). Brasília: DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm.

BRASIL. Decreto Nº 10.302, de 01 de abril de 2020. Reduz temporariamente as alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI incidentes sobre os produtos que menciona. Diário Oficial da União, 02 abr. 2020.

BRASIL. Decreto Nº 10.305, de 01 de abril de 2020. Altera o Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários. Diário Oficial da União, 02 abr. 2020.

BRASIL. Medida Provisória Nº 932, de 31 de março de 2020. Altera as alíquotas de contribuição aos serviços sociais autônomos que especifica e dá outras providências. Diário Oficial da União, 31 mar. 2020.

BRASIL. Medida Provisória Nº 935, de 01 de abril de 2020. Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Economia, no valor de R$ 51.641.629.500,00, para os fins que especifica. Diário Oficial da União, 02 abr. 2020.

BRASIL. Medida Provisória Nº 936, de 01 de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 02 abr. 2020.

CAMARA DOS DEPUTADOS. A DESIGUALDADE TRIBUTÁRIA E O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS. Disponível em http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/491226-A-DESIGUALDADE-TRIBUTARIA-E-O-IMPOSTO-SOBRE-GRANDES-FORTUNAS-BLOCO-1.html.

CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de. As discussões sobre a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas: a situação do Brasil e a experiência internacional. Disponível em: http://desafios2.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadinte7.pdf.

COVID-19 E OS IMPACTOS TRIBUTÁRIAS EM ÂMBITO FEDERAL. Associação Brasileira de Direito Tributário, [S. l.], p. 1-27, 6 abr. 2020. Disponível em: https://abradt.org.br/wp-content/uploads/2020/03/COVID-19-IMPACTOS-TRIBUT%C3%81RIOS-ABRADT.pdf. Acesso em: 6 abr. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

crescimento econômico. Consultoria Legislativa: estudo. Brasília, DF: Câmara dos Deputados,

EL-JAICK, Mônica Berçot. Imposto sobre Grandes Fortunas: Uma análise à luz da Constituição Federal. Âmbito Jurídico, [*S. l.*]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18371&revista_caderno=9.

FILHO, Roberto Henne. Panorama geral do imposto sobre grandes fortunas. Disponível em: <http://rhfilho.jusbrasil.com.br/artigos/147591607/panorama-geral-do-imposto-sobre-grandes-fortunas>.

GEORGES, Rafael. A distância que nos une: Um retrato das desigualdades brasileiras. Oxfam Brasil, [S. l.], p. 1-94, 25 set. 2017. Disponível em: https://oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/a-distancia-que-nos-une/. Acesso em: 3 mar. 2020.

INFOMONEY. Países com maior imposto de renda do mundo. Disponível em http://www.infomoney.com.br/minhas-financas/impostos/noticia/4859544/paises-com-maior-imposto-renda-mundo

MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. Imposto sobre grandes fortunas no Brasil: origens, especulações e arquétipo constitucional. São Paulo: MP Ed., 2010. 288 p.

Piketty. Thomas. O capital no século XXI. 2013

PONTES, Raquel de Goés. A (IN)VIABILIDADE DA INSTITUIÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS NO BRASIL. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Paraíba, 2014.

Previsão de calamidade pública está na Lei de Responsabilidade Fiscal . Agência Senado, 18 mar. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/18/previsao-de-calamidade-publica-esta-na-lei-de-responsabilidade-fiscal. Acesso em: 19 mar. 2020.

QUEIROZ E SILVA, Jules Michelet Pereira (Coord.). Tributação de lucros e dividendos no brasil: uma perspectiva comparada. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015.

QUINTELA, Guilherme Camargos; SERGIO, Samille Rodrigues. O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS: UMA ANÁLISE COM BASE NO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FEDERATIVA. Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento, Rio de

Janeiro, v. 6, ed. 7, p. 33-68, 2018. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/37077. Acesso em: 5 abr. 2020.

ROTHBARD, Murray. *Power and Market: Government and the Economy*. Ludwig von Mises Institute 2006.

Senado aprova decreto que reconhece estado de calamidade pública no país . Agência Senado, 20 mar. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/03/senado-aprova-decreto-que-reconhece-estado-de-calamidade-publica-no-pais. Acesso em: 21 mar. 2020.

SILVA, Jules Michelet Pereira Queiroz e. Imposto sobre grandes fortunas, fuga de capitais e

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. In.: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, abr. 2006.

VELLOSO, Andrei Pitten. Constituição tributária interpretada. São Paulo: Atlas, 2007. p. 229 apud MOTA, Sergio

XAVIER, Alberto. Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva. São Paulo: Dialética, 2001.

NOTAS:

[1] Senado aprova decreto que reconhece estado de calamidade pública no país . Agência Senado, 20 mar. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/03/senado-aprova-decreto-que-reconhece-estado-de-calamidade-publica-no-pais.

[2] Segundo o relatório "A distância que nos une" (2017), da Oxfam Brasil, os 10% mais pobres no Brasil gastam 32% de sua renda em tributos, enquanto a parcela dos 10% mais ricos da população gasta 21% de sua renda em tributos.

[3] Segundo o Ranking IRBES - Índice de Retorno e Bem Estar Social (2015), entre os 30 países com as maiores cargas tributárias, o Brasil ficou em último lugar no quesito retorno dos impostos para a população

[4] CF, art. 148, I.

[5] Investigação aponta que 1ª morte por coronavírus no Brasil ocorreu em janeiro, diz ministério. G1, Bem Estar, 2 abr. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[6] Senado aprova decreto que reconhece estado de calamidade pública no país . Agência Senado, 20 mar. 2020.

[7] Previsão de calamidade pública está na Lei de Responsabilidade Fiscal . Agência Senado, 18 mar. 2020.

[8] Decreto 10.305, de 01 de abril de 2020.

[9] Instrução Normativa da Receita Federal 1930.

[10] Portaria nº 139, de 03 de abril de 2020.

[11] Portaria Conjunta nº 555, de 23 de março de 2020.

[12] Resolução nº 152, de 18 de março de 2020

[13] Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

[14] Dados da Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF), realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e verificados pela FecomercioSP.

[15] Segundo estudo realizado pela UHY, rede internacional especializada em auditoria e consultoria, em 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PAPEL DO PERITO NA ELABORAÇÃO DO LAUDO PERICIAL E NA SUSTENTAÇÃO DA PROVA

CLEBER FERREIRA JOIA: Bacharelando em Direito pela Universidade Brasil, campus Fernandópolis.

Artigo apresentado à Universidade Brasil, polo de Fernandópolis, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Graduação (Bacharelado) em Direito. Orientador: Prof. Ms. Rodrigo Soncini de Oliveira Guenna

RESUMO: Um laudo pericial, quando bem elaborado, traz informações importantes para a decisão do magistrado responsável pelo julgamento em um processo judicial. Ao perito, que é um *expert* em determinada área, indicado pelo juiz ou pela parte envolvida e nomeado pelo magistrado, cabe investigar, com fidelidade, honestidade e imparcialidade, as questões propostas e concentrar-se nos quesitos que lhe incumbe responder; suas afirmações devem constatar e provar a verdade real dos fatos, mesmo contrárias aos interesses de uma das partes querelantes, e contribuir para a elucidação da verdade (ou veracidade) dos fatos alegados no processo. Este artigo, caracterizado como revisão da literatura, objetivou avaliar o papel do perito na elaboração do laudo pericial como peça importante para a sustentação das provas no processo. Os resultados apontaram que o perito se reveste de grande relevância na elaboração do laudo pericial, uma vez que este, como prova material técnico-científica próxima da verdade real dos fatos, pode influenciar o convencimento do juiz e sua decisão.

Palavras-chave: perito, laudo pericial, prova.

ABSTRACT: A forensic report, when well prepared, brings important information to the decision of the magistrate responsible for the judgment in a judicial process. The expert, who is specialist in a particular area, indicated by the judge or by the involved party and appointed by the magistrate, is responsible for investigating the proposed questions with fidelity, honesty and impartiality; he must concentrate on requirements in the judicial process he must answer. His statements must establish and prove the truth of the facts, even contrary to the interests of one of the complaining parts, and they must contribute to the elucidation of the truth (or veracity) of the facts alleged in the proceedings. This article, characterized as a literature review, aimed to evaluate the expert role in the production of the forensic reports as important pieces that support the evidences in the process. The results showed that the expert is extremely important in writing and elaboration of the

forensic report, since this, as a technical-scientific material proof close to the truth of the facts, can influence the judicial conviction and the judge final decision.

Keywords: expert, forensic report, proof.

1 INTRODUÇÃO

Ao magistrado se conferem a liberdade e a decisão pela escolha de como extrair as provas a serem juntadas aos autos, para que possa proceder ao julgamento pela avaliação de todo o conjunto probatório do processo de forma a obter a veracidade dos fatos para decidir sobre o litígio.

Esse conjunto probatório, além de outros elementos a comporem o processo, pode incluir o laudo pericial a ser elaborado por um profissional dotado de notório saber sobre área determinada ou específica, para dirimir dúvidas ou questões que, naturalmente, emergem dos autos do processo e que o juiz não pode resolver.

A perícia, expressa em um laudo a ser regido pelo perito, é, assim, um dos elementos probatórios que possibilitam ao juiz construir o convencimento ou a convicção da realidade dos fatos e, dessa forma, buscar uma solução ao conflito.

Por seu turno, o perito, ou *expert* legalmente habilitado e indicado pelo juiz (SILVA, 2018), o assistirá "quando a prova de fato depender de [seu] conhecimento técnico ou científico" (BRASIL, 2015, Art. 156), devendo produzir um documento (laudo pericial) que possa contribuir para que ele (juiz) chegue a conclusões legítimas e justas, bem assim responder aos quesitos formulados pelas partes no processo.

A perícia (laudo pericial) deve ser afirmativo, com informações claras, bem como respostas lógicas e coerentes às questões ou dúvidas levantadas por meio de quesitos elaborados pelo juiz e pela parte envolvida na lide, dessa forma, contribuindo para a justeza da sentença do julgador (BROILO, 2016).

Uma perícia, portanto, é produzida para complementar tecnicamente as informações trazidas aos autos, uma vez que ela expõe, pelo estudo detalhado de um perito oficial e adrede escolhido pelo juiz, um exame minucioso e escrupuloso dos fatos alegados, de forma clara, fiel e autêntica sobre a materialidade do feito.

Trata-se, pois, de um documento técnico-científico mais próximo da verdade ou da veracidade dos fatos, de extrema valia para a sustentação das alegações ou provas, posto que pode oferecer embasamento nas decisões do julgador, influindo na formação de sua convicção.

Este estudo, caracterizado como revisão da literatura, visou avaliar o papel do perito na elaboração do laudo pericial, bem assim a importância desse laudo como peça relevante para sustentar as provas no processo.

2.0 DESENVOLVIMENTO

Um perito judicial é um técnico ou especialista que procura responder a quesitos ou questões propostos pelas partes envolvidas ou pela justiça em um processo judicial, quando este não apresente elementos convincentes para que o julgador possa formular convicções e proceder a um julgamento justo.

Trata-se de um profissional convocado pela justiça (juiz) com uma finalidade e objeto específicos, para dirimir dúvidas que emergem do processo – daí a existência de diferentes qualificações de peritos, como o perito judicial médico, perito judicial engenheiro, perito judicial contábil etc., porquanto cada processo pode exigir um determinado perito com conhecimentos específicos que o julgador, normal e naturalmente, não possui (PACIEVITCH, 2019).

Sempre que o processo não alcance elementos suficientes de convencimento, há de se convocar o perito judicial que possa trazer esclarecimentos ou respostas, interferindo na elucidação e melhor compreensão do juízo.

Para Andrade e Santos (2016, p. 2), um perito discorre sobre "diversos tipos de provas antes de chegar a uma conclusão. Para isso ele precisa no mínimo ter noções fundamentais quanto o que é prova, qual a sua função, sobre quem recai o ônus da prova e os meios que podem servir de prova".

A perícia judicial tem por objetivo precípuo fornecer aos os autos "provas materiais ou científicas (para provar a veracidade de situações, coisas e fatos) conseguidas através de procedimentos como exame; vistoria; indagação; investigação; arbitramento; mensuração; avaliação e certificação" (PACIEVITCH, 2019, p. 1).

É importante destacar que o trabalho executado pelo perito – que deve ser de extrema qualidade – está ligado "diretamente à sua capacidade técnica e ao material que dispõe para trabalhar.

O reflexo dessa qualidade tem conexão direta com o auxílio para a justa decisão do magistrado" (DOS ANJOS, 2010, p. 25), daí decorre que ao juiz cabe avaliar tal capacidade quando da nomeação do perito.

Destarte, a perícia judicial constitui-se uma das etapas da produção de provas como peça importante a ser anexada aos autos, devendo ser capaz de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

oferecer-lhes sustentação, e o profissional deve ter conhecimento técnico, científico ou artístico sobre o assunto inserto no processo.

Uma perícia mal feita induz em erro de julgamento, compromete o andamento do processo e pode prejudicar qualquer uma das partes envolvidas (réu ou autor).

2.1 DA CONSTITUIÇÃO DAS PROVAS

Parte-se da premissa de que, em um processo, se trabalha de forma retrospectiva, "olhando para o passado, e que a decisão judicial acerca dos fatos se perfectibiliza em um contexto de incerteza, não sendo viável atingir um conhecimento absoluto acerca das proposições sobre os fatos que são declarados como provados" (KIRCHER, 2016, p. 182-183).

Daí a necessidade de se buscar a verdade dos fatos por meio de provas que sejam determinantes para se atingir não a pretensa verdade absoluta (que é anseio inatingível), mas a verdade processual aproximativa em consonância com a realidade, alcançada pelo juiz segundo determinados critérios lógicos e jurídicos (admissibilidade e valoração fática da prova); destaque-se, porém, que "a prova pericial não pode ser considerada absoluta" (VARGAS; KRIEGER, 2014, p. 388) para comprovação dos fatos alegados, embora de elevada significância para a elucidação desses mesmos fatos.

O vocábulo "prova" origina-se do latim *proba*, e "provar" de *probare*, que significa examinar, demonstrar, comprovar, persuadir, "estabelecer a verdade, a realidade de" determinado fato; em decorrência, a prova é "aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de algo" (FERREIRA, 2010, p. 620).

Significa que a prova é aquilo que demonstra e convence da existência ou da veracidade de um fato, de uma ocorrência que se apresenta como fundamento de direito defendido ou contestado, ou demonstra a veracidade das alegações que fazem as partes em um processo (KALLAS FILHO; FONSECA, 2015).

Para Nery Junior e Andrade Nery (2018), diz-se de uma prova o meio processual ou material tido como elemento idôneo para a demonstração da verdade ou, contraditoriamente, da impossibilidade de existir ou verificar um fato jurídico. Para Pereira, L. (2013, p. 372), "o objeto da prova são os fatos".

Fatos deverão ser provados, uma vez que é o juiz que conhece o direito (*jura novit curia*)".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As provas constituem "instrumentos processuais considerados pelo ordenamento jurídico como aptos para a demonstração da veracidade dos fatos alegados em juízo [e] representam o coração do processo, pois definirão o destino da relação jurídica processual" (p. 368).

Pode-se dizer que, para se constituir uma prova, o homem emprega meios de percepção, de busca que comprove uma alegação sobre um fato ou o próprio alegado fato; é um instrumento instrutório de convencimento e convicção do juiz a respeito de uma ocorrência inserta no processo (PEREIRA, D. M., 2013).

Por isso, diz-se que o destinatário da prova judiciária é o julgador (juiz) e sua finalidade é a formação da convicção sobre existência dos fatos da causa.

Em que pese não seja exata a verdade real, "o juiz tem o dever de investigar, através das formas admitidas pela lei, a fim de aperfeiçoar a justiça, de forma ponderada e coerente, observando de fato a maior aproximação possível com a realidade" (BROILO, 2016, p. 27).

Em outras palavras, o juiz deve buscar, pela perícia, informações específicas sobre a materialidade do fato no sentido de deslindar controvérsias e obter segurança sobre o objeto do conflito (FARHAT, 2008).

Guedes (2010, p. 63) afirma que o valor da prova está na conexão que o juiz estabelece "entre os meios de prova apresentados e os enunciados fáticos objeto do litígio. Trata-se do momento em que, com base nas provas, o juiz resolverá se tais enunciados podem ou não ser considerados verdadeiros".

Outrossim, Tourinho Filho (2013) afirma que todo processo tende a averiguar e descobrir a verdade real e material, para que o juiz crie convencimento e possa fundamentar a sentença e julgar.

> De fato, enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no processo penal, tal qual está no ordenamento, o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 59.)

A busca da verdade, em qualquer processo e seguindo tal orientação, consiste em pesquisar, verificar e comprovar os fatos, as ocorrências, a verdade do

objeto de litígio, com pena de o julgador incorrer em grave erro ao prolatar sua sentença: as provas "devem reproduzir, com a maior fidedignidade possível, os fatos que ensejaram a propositura da ação judicial ou, quanto à defesa, que demonstrem a improcedência do pedido do autor" (KALLAS FILHO; FONSECA, 2015, p. 104). Isso, pois, também é extensivo ao laudo pericial como prova.

Segundo o CPC (BRASIL, 2015), o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, pode determinar a produção de prova técnica simplificada, em substituição à perícia, caso o ponto controvertido não tenha maior complexidade, por meio da inquirição de especialista.

Outrossim, as partes envolvidas podem apresentar quesitos (e mesmo suplementares durante a diligência, a serem respondidos previamente pelo perito ou na audiência de instrução e julgamento), arguir sobre impedimento ou suspeição do perito, além de solicitar currículo que comprove sua especialização.

Em praticamente todos os ordenamentos jurídicos organizados, no direito moderno, as decisões necessitam ser fundamentadas, sem a manifestação das motivações do magistrado, que deve proferir a sentença de forma lógica e racional, portanto, com isenção e racionalidade (PEREIRA, D. M., 2013).

Logo, o convencimento do juiz, criterioso, lógico e racional, deve ocorrer com base em provas juntadas ao processo, sem incongruências com as regras processuais e com clareza, transparência e isenção do magistrado.

O julgador necessita debruçar-se, então, "na validade racional do modo como se produziu a perícia e como se formaram as conclusões do especialista, sem que isso implique uma intromissão no estudo dos aspectos estritamente técnicos ou científicos do laudo" (GUEDES, 2010, p. 63).

Quer sejam tomadas em acepção objetiva, quer em acepção subjetiva, as provas devem levar aos autos o "conhecimento de um dado fato pertinente à causa [acepção objetiva da prova]" e "a demonstração nos autos que leva o julgador à certeza [acepção subjetiva]" (KALLAS FILHO; FONSECA, 2015, p. 104), mesmo que elas demonstrem uma "certeza aproximada" (ibid., p. 105).

Desse sentido decorre a extrema importância do perito na elaboração do laudo pericial como prova técnico-científica, material no direito, sendo ela "peça central do processo, uma vez que em razão dela será o pedido julgado procedente ou não" (PEREIRA, D. M., 2013, p. 62).

Afinal, os fundamentos levados a juízo correspondem a fatos que, uma vez comprovados, produzem consequências jurídicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.2 DO PERITO: ATRIBUIÇÕES E RESPONSABILIDADE

Segundo o Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, Lei Federal n. 13.105/2015, o juiz, em busca de esclarecimentos do real acontecido, pode lançar mão de "auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão [...] o perito [...] o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias" (BRASIL, 2015, Art. 149).

E ainda: "o juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo" (BRASIL, 2015, Art. 465, *caput*). Silva (2010, p. 92) lembra que ser perito não se trata de uma profissão, e o "profissional 'está' perito nas causas em que for indicado pelo magistrado ou enquanto assistente técnico, pelas partes [...]", inexistindo, em decorrência, qualquer vínculo de emprego ou trabalhista com a justiça ou com as partes.

O perito, a ser nomeado entre os "profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado", assiste o juiz sempre que "a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico" (BRASIL, 2015, Art. 156).

Logo, entende-se a perícia como um meio de prova, ao lado de outros meios como "depoimento pessoal; confissão; exibição de documento ou coisa; prova documental; prova testemunhal [...] inspeção judicial" (KALLAS FILHO; FONSECA, 2015, p. 105).

O perito, embora possa declinar da solicitação judicial por motivo legítimo, deve ser insuspeito e não impedido, ser profissional ou órgão técnico ou científico detentor do comprovado conhecimento exigido para realizar a perícia e cumprir, diligentemente, o ofício no prazo designado pelo juiz (SILVA, 2010).

Em decorrência, é vedado ao perito, "por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas [e] responderá pelos prejuízos que causar à parte", ficando inabilitado a "atuar em outras perícias [por] 2 (dois) a 5 (cinco) anos, independentemente das demais sanções previstas em lei, devendo o juiz comunicar o fato ao respectivo órgão de classe para adoção das medidas que entender cabíveis" (BRASIL, 2015, Art. 158).

Neste sentido, atuando como auxiliar da justiça, o perito deve proceder de forma séria, honesta, imparcial, objetiva (buscar a verdade dos fatos), idônea, mantendo-se dentro de sua especialidade e observando, com rigor, as respostas encontradas para os quesitos, mesmo que elas venham a fornecer aspectos contraditórios a interesses de qualquer das partes (por idoneidade, honestidade e objetividade) (PACIEVITCH, 2019).

Nos dizeres de Reis (2015, p. 3), o perito deve ter conduta ilibada, ser "imparcial e neutro em relação aos interesses das partes, condição que o diferencia dos assistentes técnicos, pois estes também devem possuir conhecimento especializado, mas atuam em favor da parte que os elegeu".

Silva (2010, p. 93) considera não ser possível que "o juiz fique com o ônus de julgar sem o auxílio de peritos, já que esse ônus será transferido para as partes e por consequência, não se alcançará a tão almejada Justiça".

Logo, ao perito cabe emitir e encaminhar seu trabalho contendo conclusões e respostas aos quesitos formulados por meio de um laudo pericial, "[...] instrumento físico que conterá detalhadamente, todas as informações sobre a perícia e os meios utilizados [...] para chegar às conclusões e respostas aos questionamentos formulados" (VARGAS; KRIEGER, 2014, p. 380), não podendo, pois, apresentar valoração subjetiva ou juízos de valor.

Pereira, (2013, p. 68) salienta a grande importância do perito, que deve ser escrupuloso no cumprimento daquilo que lhe foi cometido, independentemente do termo de compromisso, não "podendo constatar e avaliar fatos, exceto nas circunstâncias de perícia", reservando-se ao tribunal "o controle sobre o resultado da perícia, apreciando sua força persuasiva, mas podendo afastar-se das conclusões do laudo, sendo o perito apenas um 'assistente' do tribunal".

2.3 LAUDO PERICIAL

O trabalho do perito se expressa no laudo pericial, que pode, potencialmente, influir na formação da convicção do julgador de forma decisiva e, por isso, é caracterizado como "uma das provas mais sensíveis do processo civil, digna de merecer toda a atenção do legislador, a começar pelos critérios de escolha do perito" (REIS, 2015, p. 1).

Toda perícia efetuada deve ser adstrita a uma situação relevante no processo e vem expressa em um laudo que, segundo Alberto (2002, p.19), "é um instrumento especial de constatação, prova ou demonstração, científica ou técnica, da veracidade de situações, coisas ou fatos".

Em sentido amplo, Silva (2016, p. 602) conceitua perícia como

> [...] a diligência realizada ou executada por peritos, a fim de que se esclareçam ou se evidenciem certos fatos. Significa, portanto, a pesquisa, o exame, a verificação acerca da verdade ou da realidade de certos fatos, por pessoas quer tenham reconhecida habilidade técnica ou experiência na matéria de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> que se trata [...] vem mostrar o fato, quando não haja meio de prova documental para mostrá-lo, ou quando se quer esclarecer circunstâncias, a respeito do mesmo, que não se acham perfeitamente definidas.

Manzano (2011, p. 8) confere ao perito imensa responsabilidade e à perícia o entendimento de um meio de prova cujo objetivo é

> [...] a obtenção de certo conhecimento relevante para o acertamento do fato (elemento de prova), a partir de um procedimento técnico realizado sobre a pessoa ou coisa (fonte de prova). A conclusão do técnico ou profissional (conclusão probatória) é *expressa num laudo* (elemento de prova), que tem por *finalidade* (finalidade da prova) *influir na formação da persuasão racional do juiz, em seu processo cognitivo de valoração* (valoração da prova). A perícia sujeita-se às fases de admissão e assunção, que compõem o chamado procedimento probatório. (grifos nossos).

Portanto, sempre que o julgador precisar de informações técnicas que subsidiem sua fundamentação e decisão em determinada área que desconhece (já que é impossível a um juiz – ou mesmo a qualquer indivíduo – ter conhecimento amplo de todas as áreas do conhecimento humano), ele poderá recorrer à ajuda de um ou mais peritos na área em que existam as dúvidas ou questões a serem dirimidas.

O juiz, portanto, dadas certas circunstâncias, não pode prescindir do trabalho do perito, devendo fixar, de imediato, o prazo para a entrega do laudo pericial (BRASIL, 2015).

Os peritos são profissionais, hábeis e habilitados, com conhecimentos técnicos específicos em determinadas áreas do saber humano, que podem colaborar com a solução da causa em litígio por meio do laudo pericial.

Aduzindo ao trabalho do perito, Silva (2018, p. 15) assevera que "cada vez mais parece perder força a tradicional norma interpretativa consolidada no brocardo *iudex peritus peritorum* (o juiz é o perito dos peritos), com a qual se afirmava que o juiz não está vinculado nem submetido às conclusões do laudo pericial"; na prática, o juiz depende, muitas vezes, de "um terceiro qualificado cuja legitimidade advém da sua condição de terceiro, equidistante dos interesses das partes, e possuidor de um conhecimento indispensável à solução de uma controvérsia".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo Bottazzo (2015, p. 1), a prova pericial tem por finalidade

> [...] verificar a existência ou inexistência de um fato, interpretá-lo tecnicamente ou investigar suas causas ou consequências, e a opinião pericial, como construção racional que é, deve ser motivada, ou seja, o perito deve expor as razões de seu convencimento.
>
> [Da mesma forma] A fundamentação das decisões judiciais é garantia contra o arbítrio do juiz e isto também vale para os laudos periciais, pela mesma razão: opinião pericial não fundamentada é tão inexistente (e nula) quanto decisão judicial não fundamentada. E a decisão judicial baseada em laudo pericial nulo é também nula, ambos por falta de fundamentação.

Sem dúvida, a perícia, hoje, se constitui um meio de prova dos mais conhecidos e representa um dos mais importantes marcos probatórios, por não ser "suscetível de ser provado por declarações, seja de partes ou de testemunhas, ou, ainda, por documentos" e sem a qual se corre o risco de prejudicar a decisão de uma lide (PEREIRA, D. M., 2013, p. 66).

Todavia, a valoração probatória da perícia não pode conduzir o juiz a ficar restrito às conclusões do laudo pericial, mas este deve servir apenas circunstancialmente na valoração da prova para seu livre convencimento.

Apesar de o laudo pericial não ter conexão impreterível com o processo, em regra, os juízes não costumam ignorá-lo, mas toma-lo como base de sua fundamentação; se dessa forma não agisse, estaria, afinal, reconhecendo a não necessidade do próprio laudo pericial e desprezando a opinião do perito.

Um laudo pericial é "um direito garantido constitucionalmente, que as pessoas naturais e jurídicas utilizam para comprovar suas teses, se defender e até mesmo exigir os direitos que considerem terem sido feridos" (DOS ANJOS et al., 2010, p. 24). Pode revestir-se de tão grande importância jurídica que, além de fundamentar a convicção e a decisão judicial, pode constituir-se como elemento crucial para a criação de uma jurisprudência.

A ser redigido pelo próprio perito, um laudo pericial deve ser tão objetivo quanto claro, de "cunho técnico e cujo objetivo é estabelecer, na medida do possível, uma certeza a respeito de determinados fatos e de seus efeitos" (PACIEVITCH, 2019, p. 1), colaborando com o julgador a proferir sua sentença.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo Dos Anjos (2010, p. 28), uma prova colhida por perícia, "é necessário que tenha sido obtida por meio de pesquisa e investigação dos fatos, atributos fundamentais de sustentação para sentença do Juiz, ainda que não se constitua única fonte de informações".

Para ser validado pelo juiz como prova, o laudo pericial deve conter: uma exposição do objeto da perícia; a análise técnica ou científica realizada pelo perito; a indicação do método empregado, cuja aceitação seja predominante entre os especialistas da área do conhecimento; respostas conclusivas aos quesitos apresentados (pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público); fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica; ater-se aos limites de sua designação, sem emitir opiniões pessoais sobre o objeto da perícia (BRASIL, 2015, Art. 473).

Leitão Júnior et al. (2012, p. 21) corroboram que o laudo pericial, materializado como prova, "cria um vínculo natural com o processo judicial, em razão de sua finalidade primordial, que é subsidiar o processo decisório do Juiz de Direito".

O laudo pericial, como prova técnica, serve para suprir lacunas apresentadas pelo magistrado ou pelos membros de um tribunal arbitral acerca de conhecimentos técnicos ou científicos, podendo contribuir para certeza jurídica em relação à matéria fática.

Todavia, em que pese sua importância como prova subsidiária, o laudo não possui poder de decisão perante a justiça, mas tão somente fornece subsídios técnicos ou científicos que auxiliam o magistrado em sua decisão sobre a lide.

De acordo com a Lei Federal n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015, Art. 479), cabe ao juiz apreciar "a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito". Pode, igualmente, ocorrer que o julgador apenas deixe "de basear sua decisão nas conclusões do perito, caso as demais provas presentes nos autos indiquem, com segurança, que os fatos não ocorreram conforme descritos pelo experto" (KALLAS FILHO; FONSECA, 2015, p. 112), uma vez que o "juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos" (ibid., p. 108).

Quando se tratar de perícia complexa, com mais de uma área de conhecimento especializado, um conjunto de peritos pode ser requerido e nomeado pelo juiz, e a parte indicar mais de um assistente técnico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quando, porém, a matéria não se encontrar suficientemente esclarecida ou ainda perdurarem dúvidas ou questões não respondidas, o juiz deve determinar a realização de nova perícia, cujo objeto são os mesmos fatos da primeira, a fim de corrigir eventuais omissões ou inexatidão dos resultados, embora esta segunda perícia não substitua a primeira, mas objetiva complementá-la segundo a apreciação de valor de ambas (BRASIL, 2015).

Todavia, é importante lembrar que "[...] é altamente desejável que o sistema chegue a um juízo o mais próximo da verdade, mas é preciso ter a clara consciência de que aquilo que está provado pode ser falso, e o que não foi provado pode ser verdadeiro"; em decorrência, "é preciso que o sistema e, principalmente, o aplicador estejam sempre voltados à prevenção do erro, não confiando ingenuamente na possibilidade de reconstruir os fatos tais como eles ocorreram no passado" (KNIJNIK, 2017, p. 14-15).

A prova, pois, influi, direta e substancialmente, no convencimento do juiz sobre as alegações das partes. Kallas Filho e Fonseca (2015, p. 107).

Consideram que o julgador dispõe de "amplas possibilidades de analisar todo o conjunto probatório constante dos autos [...] e, embora a lei não valore as provas previamente, cabe ao julgador o dever da fundamentação" de seu convencimento, o que inclui a análise das provas, entre elas, o laudo pericial.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o laudo pericial como prova não é apenas um instrumento de convencimento do juiz a respeito da verdade de fatos alegados, mas se expande em duas direções distintas (PEREIRA, D. M, 2013).

A lógica, que busca persuadir o espírito sobre uma verdade alegada, e a jurídica ou judicial que, regulada por lei, procura estabelecer a certeza de um fato controverso, caracterizada como um elemento instrumental que demonstra os fatos em que baseia a acusação ou as alegações do réu em sua defesa.

ALEGAÇÕES FINAIS

Este estudo permitiu referendar a hipótese de que a perícia criminal, como prova técnico-científica e material, constitui um tipo de prova mais próxima da verdade real ou da veracidade dos fatos relatados nos autos, daí decorrendo sua elevada importância para o andamento de um processo.

O perito, como profissional especializado em área específica do conhecimento humano, ao elaborar o laudo pericial, está comprometido com a fidelidade e autenticidade sobre o objeto em estudo, e o laudo que produz deve

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

demonstrar a veracidade dos fatos geradores da ação, em linguagem simples, clara, concisa e objetiva.

O perito deve trabalhar de forma honesta, imparcial, objetiva, idônea; manter-se dentro de sua especialidade e expressar, com rigor, as respostas encontradas aos quesitos, mesmo sendo elas contraditórias aos interesses de qualquer das partes – daí sua fundamental relevância na produção de provas dentro de um processo.

Assim, a prova pericial produzida – como instrumento material técnico – se torna de crucial importância para que o julgador deslinde a demanda que está sob sua responsabilidade e proceda a um julgamento equânime e justo.

Quer em seu aspecto objetivo (demonstração da verdade ao julgador), quer em seu aspecto subjetivo (convencimento do julgador), a prova pericial resulta de um trabalho minucioso, detalhado e escrupuloso do perito, sem manifestar juízos de valor; tende a oferecer embasamento e sustentação às decisões do juiz, contribuindo para a formação de sua convicção sobre a avaliação da lide, para o convencimento lógico e racional, sem riscos de incongruências processuais e com clareza, transparência e isenção.

Destarte, o perito, ao produzir o laudo pericial, exerce potencial influência na formação da convicção do juiz, amplia a sustentação das provas anteriores juntadas aos autos e constitui-se elemento gerador de prova sensível e de extrema relevância dentro do processo, posto que o laudo é instrumento de verificação, constatação e demonstração da veracidade de situações ou fatos.

O perito reveste-se, pois, da maior importância jurídica para fundamentar e sustentar a convicção e a decisão do julgador, podendo o laudo constituir-se, até mesmo, elemento essencial de jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Valder Luiz Palombo. **Perícia contábil**. São Paulo: Atlas 1996.

ANDRADE, D. M. de; SANTOS, R. B. dos. A relevância do laudo pericial contábil na perspectiva de magistrados. *In*: X SEMINÁRO UFPE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS. **Anais...** Universidade Federal de Pernambuco, v. 1, 15 p., 2016.

BOTAZZO, Mário Sérgio. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO, 3ª TURMA. **PROCESSO TRT - RO - 0010743-13.2014.5.18.0015.** Ementa: Prova Pericial. Finalidade. Motivação. Ausência. Nulidade. Origem: 15ª VT DE GOIÂNIA. Goiânia, GO, TRT, 15ª Região, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, de 17.3.2015. Brasília, DF, Presidência da República, 2015.

BROILO, Sabrina. **Princípio da livre convicção motivada do juiz na análise da prova pericial no âmbito penal**. 2016. 63 f. Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Centro Universitário UNIVATES, Lajeado, RS, nov. 2016.

CUNHA, Damiana. O novo CPC e o ônus da prova no processo do trabalho. **jusbrasil.com.br** [*online*], 11 set. 2019. Disponível em: https://damianacunha.jusbrasil.com.br/artigos/412005327/o-novo-cpc-e-o-onus-da-prova-no-processo-do-trabalho. Acesso em: 11 set. 2019.

DOS ANJOS, L. C. M.; FREIRE, R. S.; SALES, J. D. A.; FREITAS, A; R. F. de; SILVA, D. J. C. da. A utilização do laudo pericial elaborado pelo perito contador: um estudo descritivo nas varas cíveis estaduais da cidade de Maceió–Alagoas. **R. Cont. Ufba**, Salvador, BA, v. 4, n. 1, p. 23-35, jan./abr. 2010.

FARHAT, Camila Mahiba Pereira. **Das provas do processo penal**. 2008. 79 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, Go, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. rev. atual. ampl. Curitiba: Positivo, 2010. 960 p.

GUEDES, André Menescal. **Da admissão e da valoração da prova pericial no processo civil à luz do dever de fundamentação das decisões**. 2010. 83 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

KALLAS FILHO, E.; FONSECA, J. P. O. A influência da prova pericial nas decisões judiciais acerca da responsabilidade civil dos médicos. **R. Dir. sanit.** São Paulo, v.16, n.2, p. 101-115, jul./out. 2015.

KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no Direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. O convencimento judicial e os parâmetros de controle sobre o juízo de fato: visão geral, direito comparado e o tribunal penal

Internacional. **Revista *Duc In Altum* - Cadernos de Direito**, v. 10, n. 20, p. 179-206, jan./abr. 2018.

LEITÃO JÚNIOR, L. R.; SLOMSKI, V. G.; PELEIAS, I. R.; MENDONÇA. J. F. Relevância do laudo pericial contábil na tomada de decisão judicial: percepção de um juiz. RIC -

Revista de Informação Contábil - ISSN 1982-3967 - Vol. 6, no 2, p. 21-39, Abr-Jun/2012. file:///D:/User/Downloads/7952-15197-1-PB.pdf

MANZANO, Luíz Fernando de Moraes. **Prova Pericial:** admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. **17. ed. rev. atual. ampl.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 2875 p.

PACIEVITCH, Tahís. Perito judicial. InfoEscola [*online*], set. 2019. 1 p. Disponível em: https://www.infoescola.com/profissoes/perito-judicial. Acesso em: 09 et. 2019.

PEREIRA, L. **Manual de processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, D. M. **Aspectos históricos e atuais da perícia médico legal e suas possibilidades de evolução**. 2013. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Unive4rsidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

REIS, Adacir. **A prova pericial e o perito no novo Código de Processo Civil**. [*online*], 23 out. 2015. 3 p. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228909,41046-A+prova+pericial+e+o+perito+no+novo+Codigo+de+Processo+Civil. Acesso em: 13 set. 2019.

SILVA, Alexandre Alberto Gonçalves da. **A perícia forense no Brasil**. 2010. 125 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Elétrica) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 32. ed. Atual. por Nagib Slaibi Filho, Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro, Forense, 2016. 1514 p. ISBN: 9788530960605.

SILVA, Fernando Quadros da. O juiz e a análise da prova pericial. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 9, p. 11-30, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VARGAS, Jean Pierre Sardá; KRIEGER, Jorge Roberto. A perícia criminal em face da legislação. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI, v. 5, n.1, p. 382-396, 1º tri. 2014. ISSN 2236-5044.

www.conteudojuridico.com.br

A (IN)EFICIÊNCIA DO REGIME SEMIABERTO

MICHELLE SOUZA DA SILVA: graduada no curso de ciências contábeis. Formanda do curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus -ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA
(Orientador)

RESUMO: O trabalho a seguir busca analisar a (in)eficiência do regime semiaberto. A Lei de Execuções Penais, considerada um grande avanço em termos legislativos quanto ao que se refere a termos humanitários nos sistemas e regimes prisionais no país. Porém ainda há muito que se fazer por parte de nossas autoridades. Para abordar este tema, utilizou-se de métodos dedutivos para análise dos conceitos em discussão. A pesquisa é de natureza bibliográfica e documental, fazendo extenso uso da doutrina e artigos científicos. Para o cumprimento da execução de pena, o Código Penal Brasileiro prevê a aplicação de três regimes: aberto, semiaberto e fechado. Onde, dependendo do comportamento do apenado, poderá obter a progressão ou regressão de regime. Pela defasagem do sistema foi proposta o Projeto de Lei nº3174/15, que extingue o regime semiaberto e estabelece o regime fechado e aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade.

Palavras-chave: (in) Eficiência. Regime. Semiaberto.

ABSTRACT: The following work seeks to analyze the (in) efficiency of the semi-open regime. The Law on Criminal Executions, considered a major advance in terms of legislation as regards humanitarian terms in prison systems and regimes in the country. However, there is still a lot to be done by our authorities. To approach this theme, deductive methods were used to analyze the concepts under discussion. The research is bibliographic and documentary in nature, making extensive use of doctrine and scientific articles. In order to comply with the sentence, the Brazilian Penal Code provides for the application of three regimes: open, semi-open and closed. Where, depending on the behavior of the inmate, the progression or regression of the regime can be obtained. Due to the lag in the system, Bill No. 3,174 / 15 was proposed, which extinguishes the semi-open regime and establishes the closed and open regime for serving the custodial sentence.

Keywords: (in) Efficiency. Scheme. Half open.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. SISTEMAS PRISIONAIS. 2. DEFINIÇÃO DOS REGIMES PRISIONAIS. 2.1 REGIME SEMI ABERTO. 3. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E SUA EFETIVA APLICAÇÃO. 4. PROJETO DE LEI N. 3.174/15. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar acerca do regime semiaberto no que tange sua (in)eficácia de sua implantação. A falta de estrutura no atual sistema prisional brasileiro trás descrédito as medidas de prevenção e de reabilitação do condenado. Vários fatores, ao decorrer dos anos, contribuíram para que chegássemos a um sistema prisional precário, como o abandono e o descaso do poder público. Desta forma, o sistema tornou-se, além de um ambiente degradante e desumano, uma escola para o aperfeiçoamento do crime organizado.

O sistema penitenciário brasileiro adotou o modelo progressivo, em que a pena é cumprida por etapas pelo condenado. Após o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, permite-se, ao condenado pelo nosso ordenamento jurídico, o sistema progressivo, que é a transferência do condenado para um regime menos gravoso.

A Lei de Execução Penal (LEP) tem previsão de direitos fundamentais aos condenados, assim como regras de cumprimento dos regimes existentes, para alcançar a ressocialização. Assim, surgiu a problemática da devida pesquisa: se essas garantias são devidamente e efetivamente aplicadas nos casos concretos.

No sistema legal para a progressão da pena, verifica-se que não se faz possível o distanciamento do sistema com o vivenciado na prática. O sistema penitenciário brasileiro é marcado pela superlotação e desídia estatal no cumprimento de direitos e garantias fundamentais previstas na Lei de Execução Penal e a necessidade do estabelecimento para a progressão de regimes, principalmente quando se está diante da progressão para o regime semiaberto.

A falta de estrutura no atual sistema prisional brasileiro trás descrédito as medidas de prevenção e de reabilitação do condenado. Vários fatores, ao decorrer dos anos, contribuíram para que chegássemos a um sistema prisional precário, como o abandono e o descaso do poder público.

Por esta razão, examine-se que o regime semiaberto vem caminhando para sua extinção, tendo como motivo a sua ineficiência por meio das condições que lhe são apresentadas.

1.SISTEMAS PRISIONAIS

Antigamente, atribuía-se justiça e poder aos deuses, e a igreja, detinha e representava muito poder diante da sociedade. Posteriormente, o Estado, passou a ter poder, a se posicionar como controlador da sociedade, tipificando as condutas proibidas, consideradas como ilícitas através de Lei.

Desse modo, Beccaria (1999, p. 16) descreveu:

> "Podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão".

O sistema prisional é o sistema de encarceramento do indivíduo que cometeu crime. No entanto, este indivíduo, que perde a liberdade pelo cometimento de um crime, continua a ter direitos estabelecidos em nosso ordenamento, como da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, a fim de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, o sistema prisional deve oferecer todas as condições necessárias para que o indivíduo volte à sociedade.

O sistema penitenciário pode ser dividido em 3 fases: Sistema Solitário, Celular ou Pensilvânico, Sistema do Silêncio ou Auburniano e Sistema Progressivo.

De acordo com Bitencourt (1999, p. 131), o Sistema Solitário foi criado em 1776, e também conhecido como sistema belga ou celular, foi inaugurado em 1790 na prisão de Walnut Street e, em seguida, implantado nas prisões de Pittsburgh e Cherry Hill. Os principais precursores foram Benjamin Franklin e Willian Bradford. A principal característica desse sistema foi o isolamento celular. Desta maneira, o sistema incentivava a buscar a oração e abstinência total de bebidas alcoólicas.

Nesse sistema, o condenado deveria ficar completamente isolado dentro de uma cela, podendo apenas fazer passeios esporádicos no pátio dentro da prisão, e ler a Bíblia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O sistema do Silêncio ou Auburniano era assim chamado porque não se permitia que os presos conversassem. Assim sendo, Bitencourt (1999, p. 145) esclareceu os motivos que levaram este sistema ao fracasso:

> "Uma das causas desse fracasso foi a pressão das associações sindicais que se opuseram ao desenvolvimento de um trabalho penitenciário. A produção nas prisões representava menores custos ou podia significar uma competição ao trabalho livre. Outro aspecto negativo do sistema auburniano – uma de suas características – foi o rigoroso regime disciplinar aplicado. A importância dada à disciplina deve-se, em parte ao fato de que o silentsystem acolhe, em seus pontos, estilo de vida militar. [..] se criticou, no sistema auburniano, a aplicação de castigos cruéis e excessivos. [...] No entanto, considerava-se justificável esse castigo porque se acreditava que propiciaria a recuperação do delinquente."

A criação desse sistema foi para suprir as falhas apresentadas do regime celular. Surgiu em 1796 através do, na época, governador de Nova Iorque: John Jay. A principal característica adotada é a regra do silêncio absoluto. Este sistema assemelha-se ao Pensilvânico na medida em que ambos impediam a comunicação e eram separados em celas individuais no período noturno. Difere - se, pois, naquele a separação ocorria o dia inteiro (SILVA, *apud* BITENCOURT, 1999, p. 133).

Esse sistema progressivo introduziu a ideia de redução do cumprimento de pena, dependendo do bom comportamento do preso e de seu trabalho realizado, com isso, despertava nos condenados uma responsabilidade, pois dependia deles, a redução ou o aumento de suas penas, sendo futuramente adquirido a ideia de ressocialização, reintegração social ou recuperação social dos presos.

Destaca-se que, o sistema prisional é parte do conjunto de mecanismos de controle social que uma sociedade mobiliza para punir a transgressão da lei. O significado ideológico do sistema prisional brasileiro muitas vezes é utilizado como instrumento de exclusão ao definir condutas que objetivam conter as classes sociais inferiores. Resolve-se o problema da (in)segurança pública encarcerando indivíduos das classes subalternas, os mais pobres, os desprovidos das políticas públicas e injustiçados pelo sistema econômico e social (WACQUANT, 2001, p. 75).

No entanto, vale ressaltar que as prisões no Brasil e no mundo não se apresentam como soluções para recuperar presos. Ocorre que os direitos da Lei de Execução Penal não são aplicados na prática, como será apresentado posteriormente. Além do mais, o ambiente de uma unidade prisional no Brasil, em regra, não oferece

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

chances para contribuir para o desenvolvimento do ser humano, com valores e condutas benéficas.

No Brasil, o sistema prisional é regido pela Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, que prevê a forma de execução da pena. A Lei de Execução Penal elenca a divisão do sistema prisional em razão do regime de cumprimento da pena, que será analisado posteriormente.

2. DEFINIÇÃO DOS REGIMES PRISIONAIS

Para o cumprimento da execução de pena, o Código Penal Brasileiro prevê a aplicação de três regimes: aberto, semiaberto e fechado. Onde, dependendo do comportamento do apenado, poderá obter a progressão ou regressão de regime.

No sistema fechado, o condenado fica no estabelecimento prisional, sendo privado de liberdade física de locomoção. De acordo com o artigo 33, §2°, letra a, do Código Penal, estabelece que o condenado, reincidente ou não, a uma pena de reclusão superior a oito anos deverá iniciar a sua execução em regime fechado (BRASIL, 1940).

Se o preso que estiver no regime fechado cumprir a exigência estabelecida para concessão de progressão de regime que trata-se de fração de pena exigida junto com os requisitos necessários, poderá ter deferido o pedido de progressão para o regime semiaberto, sendo considerado um regime intermediário e menos rigoroso.

Ressaltando que, a análise e decisão sobre este pedido é de competência do Juiz da Vara de Execuções Penais, salientando que a progressão não é automática, devendo ser requerida por advogado que juntará à sua petição comprovação de que o preso ostenta bom comportamento carcerário, reúne méritos e que já cumpriu fração da pena previsto na Lei (COELHO, 2011, p. 41).

Quanto ao regime aberto, o apenado que pode ser submetido a este regime, deverá ser não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, conforme dispõe o art. 33, §2°, letra b, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Santos (2007, p. 520), dispõe que:

> O regime aberto tem por fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado [...] e se caracteriza pela liberdade sem restrições para o trabalho externo, frequência a cursos e outras atividades autorizadas durante o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> dia e pela liberdade restringida durante a noite e dias de folga [...].

O condenado cumprirá sua pena privativa de liberdade exercendo durante o dia trabalho externo ao estabelecimento penal, e neste permanecendo durante o repouso noturno e nos dias de folga (art.36, § 1° do CP).

2.1 REGIME SEMIABERTO

No Regime Semiaberto, como pesquisa em comento, o condenado passa a cumprir pena sem ficar submetido a regras rigorosas como o preso do regime fechado. Logo, este regime inicia-se quando o condenado, primário ou reincidente, obtém uma pena de detenção superior a quatro anos. E o condenado primário à pena de reclusão acima de quatro anos e não superior a oito anos (art. 33, §2°, letra b) (BRASIL, 1940).

Destaca-se que o referido regime encontra amparo legal no artigo 37 e artigo 122, ambos da Lei de Execução Penal, os quais estabelece que o condenado terá direito de frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de 2º grau ou superior, ficará sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno.

A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena. Sendo revogada tal autorização, se o preso vier a praticar fato definido como crime, e punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos na Lei de Execuções Penais, assim como descreve seu artigo 37.

Prado (2012, p. 655) acrescenta:

> "Aqui, no regime semiaberto, o trabalho externo é admissível, inclusive na iniciativa privada, ao contrário do que ocorre no regime fechado. Este, o serviço externo, pode ser o penúltimo estágio de preparação para o retorno do apenado ao convívio social. O próximo e derradeiro passo será o livramento condicional."

O condenado a este regime terá oportunidade de trabalhar durante o dia, sendo uma forma de contribuir para a sua ressocialização. Acrescenta-se ainda, que poderá ser concedido a saída temporária, que trata-se de um benefício dado ao preso que cumpre pena em regime semiaberto, que até a data da saída tenha cumprido um sexto da pena total se for primário, ou um quarto se for reincidente. O

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

detento tem que ter boa conduta carcerária, pois o juiz, antes de conceder a saída temporária, consulta a gestão penitenciária (VILELA, 2016, p. 20).

De acordo com Júnior (2009, p. 343), se este regime for aplicado de forma devida, poderá proporcionar ao apenado:

> No regime semiaberto, equilibram-se as preocupações com a segurança e a confiança outorgada ao condenado, pois caracteriza-se o regime exatamente por um espaço de liberdade despreocupado com medidas físicas impeditivas da fuga, seja em razão do tipo de estabelecimento em que se cumpre a pena, seja pelo direito de saída possível de ser concedido.

De acordo com STF (2010, p. 1), a progressão do regime fechado para o semiaberto não implica automaticamente a concessão de benefícios, como por exemplo, a autorização de visita periódica a família, pois cada caso deverá ser analisado pelo juízo de execuções, conforme as palavras da Ministra Ellen Gracie, levando em consideração a pertinência e a razoabilidade da pretensão, assim como deverá ser observado os requisitos objetivos e subjetivos de cada carcerário.

Ocorre que, a realidade da aplicabilidade dos objetivos do regime semiaberto, não sejam positivos, tendo em vista o distanciamento do que a Lei de Execução prevê e o que tem sido aplicado na realidade, conforme será apresentado a seguir.

3.LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A SUA APLICAÇÃO

Antes da criação da Lei de Execução Penal, os apenados eram tratados apenas como uma estatística, existiam casos em que ficavam presos por tempo indeterminado. Diante dessa situação, a referida lei foi considerada um grande avanço em termos legislativos, no que se refere ao tratamento dos detentos no país, envolvendo direitos humanos.

De acordo com Mirabete (2007, p. 29:

> Embora se reconheça que os mandamentos da Lei de Execução Penal sejam louváveis e acompanhem o desenvolvimento dos estudos a respeito da matéria, estão eles distanciados e separados por um grande abismo da realidade nacional, o que a tem transformado, em muitos aspectos, em letra morta pelo descumprimento e total desconsideração dos governantes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

quando não pela ausência dos recursos materiais e humanos necessário a sua efetiva implantação.

Dentre as previsões da LEP, disciplina e classifica os regimes prisionais em fechado, aberto e semiaberto, além de assistência como progressão de regime, graça, anistia e induto, além do juízo de execução. A lei prevê a correção dos condenados e também que seja realizado um trabalho de prevenção para que ao retornar à sociedade não venham cometer novos crimes.

A nossa Lei de Execução Penal, se cumprida integralmente, certamente propiciaria a reeducação e ressocialização de uma parcela significativa da população carcerária atual. No seu Título I, a Lei prescreve os seus objetivos fundamentais: "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 (Art. 1º)" (BRASIL, 1984).

Destaca-se que o artigo 40 da Lei de Execução Penal, "Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios" (BRASIL, 1984). Esse artigo reflete o avanço na relação do Estado com os apenados, o tratamento que tinham antes e depois da promulgação desta lei.

Segundo a visão de Ribeiro (2009, p. 124), é necessário colocar o ser humano em um patamar de respeito e dignidade, porém, encontram-se deslizes no sistema prisional que devem ser sanados, com a ajuda da sociedade.

Na prática, apesar da LEP e suas disposições sobre tratamento e oferecimento de meios para contribuir na ressocialização, a falta de interesse do Estado na implantação e efetivação em relação a políticas sociais no Sistema Penitenciário Brasileiro, tem contribuído para o atual cenário de inúmeros problemas.

Segundo Kloch e Mota (2014, p. 79):

> Por ter uma população carcerária acima da média mundial, o atual sistema penitenciário brasileiro é criticado, especialmente quanto à sua eficácia, e a sociedade pugna por mudanças, visando erradicar a criminalidade e diminuir a reincidência. O Brasil enfrenta amargas experiências em seu sistema prisional. Ainda enfrenta a falta de orçamento e gestão, no investimento adequado na estrutura, alimentação, peca pela desqualificação do pessoal técnico, pela ociosidade do apenado e pela superpopulação carcerária, fazendo com que a combinação desses fatores gere rebeliões nas casas de detenções e dificulte a res(socialização) do detento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O cenário desolador de falta de investimento causa rebeldia na população carcerária. Portanto, a falta de assistência necessária para sobreviver no cárcere, só tem contribuído negativamente para os presos se revoltarem ainda mais, descumprindo assim, o que determinam os artigos 10 e 11 da Lei de Execuções Penais, afirmando que a assistência será: material, a saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Podemos verificar que a perfeição da LEP, não é colocada em prática, sendo o Estado totalmente omisso, pois pode destacar algumas finalidades primordiais da LEP, como: recuperação, ressocialização, readaptação, reinserção, reeducação social, reabilitação, fazendo com que o apenado estude e trabalhe, conquistando mão de obra qualificada e ensino médio completo.

Entre os artigos 10 aos 27 desta lei, apresenta como deveriam ocorrer as assistências a esses detentos, como as assistências: material, saúde, educacional, social, religiosa e ao egresso. Ao analisar cada artigo, verifica-se que a aplicação da lei e a prática possui um distanciamento, contribuindo para a crise que o país tem vivido nas penitenciárias, com as mínimas condições assistenciais.

4. PROJETO DE LEI N. 3.174/15

No ano de 2015, foi apresentado o Projeto de Lei nº 3174/15 pelo deputado Giovani Cherini (PDT-RS), que estabelece o regime fechado e aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade, altera as condições do livramento condicional e do cumprimento de pena no regime aberto, extinguindo o regime semiaberto.

A proposta desse projeto tinha por fundamento de que o regime semiaberto é um sistema ineficaz, pois há situações em os indivíduos sob este regime saem das prisões durante a parte da manhã e retornam à noite, e em algumas vezes, cometem delitos no decorrer do dia. Segundo o mesmo, este regime está falido e equiparado ao regime aberto, incentivando a criminalidade e a impunidade.

De acordo com o projeto de lei nº 3174/75, o Brasil não tem estabelecimentos prisionais como prescreve o artigo 33 do Código Penal, como colônias agrícolas ou industriais.

E por causa disso, os presos que cumprem suas penas no regime semiaberto se equipariariam aos presos do regime aberto, ou seja, fora do estabelecimento prisional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Além do mais, a ausência de controle externo em albergues, facilitaria a fuga dos presos, além da ausência de vagas em estabelecimento no regime semiaberto, que configuraria ainda problemas do regime semiaberto

Infelizmente, o Sistema Penitenciário Brasileiro não existe projetos de ressocialização que sejam eficazes na recuperação dos apenados, logo, a deficiência nos programas de reabilitação influencia, negativamente, como aspectos preponderantes ao aumento da violência e do crime.

A Lei nº 3174/75, ainda cita como problema do regime semiaberto:

> Ausência de exame criminológico interdisciplinar para a concessão da progressão de regime para o semiaberto joga de volta ao convívio social pessoas que não estão preparadas ou sequer socializadas. Isso decorreu do advento da Lei nº 10.792/2003 que retirou da previsão legal do requisito subjetivo a expressão mérito e usou o atestado de bom comportamento carcerário;

Vale ressaltar que o regime semiaberto nasceu em um período de rigor punitivo, em uma época em que se acreditava que a prisão podia melhorar uma pessoa. Falar em diminuir as penas no Brasil, hoje, é algo utópico. Na história do direito penal, isso é tido como humanização. A pena foi concebida com o argumento de ressocializar e teve o efeito contrário (VALOIS, 2017, p. 1).

Um dos grandes problemas do Sistema Penitenciário Brasileiro é a superlotação nos presídios, que desencadeia outros tipos de problemas, como o aumento da criminalidade, formação de facções criminosas e proliferação de doenças contagiosas, de maneira que essa situação impede que possa existir qualquer tipo de ressocialização e atendimento à população carcerária.

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) chegou a editar a Súmula Vinculante 56, afirmando que "a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso". A Súmula autoriza os juízes de execução penal a analisar os estabelecimentos em que os presos cumprem pena para saber se são compatíveis ao regime estabelecido (BARBOSA, 2017).

Portanto, diante da atual situação do sistema penitenciário brasileiro e o aumento da criminalidade, a extinção do regime semiaberto que oportuniza o apenado a regredir de regime, com o intuito de inseri-lo na sociedade com o mínimo de condições de ressocialização, não seria a solução.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Apesar do regime semiaberto ser ineficaz para alguns doutrinadores, o seu banimento não seria a justificativa mais plausível. O Estado deve criar políticas públicas eficazes para serem implantadas dentro das penitenciárias, afim de combater a criminalidade e inserir o trabalho e educação como formas de mudanças de vida. Se isso for feito, não apenas o regime semiaberto, mas também, os outros poderão contribuir para a ressocialização dos indivíduos que voltam ao convívio na sociedade, depois de cumprirem suas penas.

4. CONCLUSÃO

O indivíduo que comete um crime é encaminhado ao sistema prisional, sendo submetido a um tipo de regime de acordo com o tipo de crime e o tempo de pena que foi estipulado.

No entanto, mesmo perdendo sua liberdade de locomoção, os direitos e deveres devem ser protegidos pelo Estado, como por exemplo, a respeito da dignidade da pessoa humana.

O Código Penal brasileiro prevê três regimes para a execução da pena privativa de liberdade: fechado, semiaberto e aberto. O regime semiaberto inicia-se quando o condenado, primário ou reincidente, obtém uma pena de detenção superior a quatro anos. E o condenado primário à pena de reclusão acima de quatro anos e não superior a oito anos.

Porém, um dos grandes problemas nas penitenciárias brasileiras diz respeito a quantidade de presos, que é muito maior do que a capacidade que essas penitenciárias comportam, trazendo o problema de superpopulação, onde os detentos não tem nada para fazer, ficam ociosos, não ocupam suas mentes, estando mais propícios a cometer mais crimes.

Um dos grandes avanços legislativos, no que se refere a lei que contribui para a crise do sistema penitenciário, é a Lei de Execuções Penais (LEP), pois não adianta construir novas unidades prisionais e não trabalhar o problema na raiz. No entanto, apesar desta previsão, muito ainda necessita ser realizado. O Estado deveria investir em formas de buscar a ressocialização efetiva dos presos, numa forma de prepará-lo para o retorno a sociedade.

O que se tem visto, é que os detentos ao saírem durante o dia no regime semiaberto cometem crimes e retornam durante a noite para as prisões, ocorrendo na verdade a equiparação do regime e sua ineficiência, pois se conclui que este sistema não tem ressocializado. Sendo assim, foi apresentado o Projeto de Lei 3174/15, pelo deputado Giovani Cherini (PDT-RS), que extingue o regime

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

semiaberto, estabelecendo apenas o regime fechado e aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade.

O Deputado que apresentou a proposta de lei acredita que se extinguir o regime semiaberto, diminuirão cerca de 30% dos crimes ocorridos no Brasil.

No entanto, a extinção deste regime não seria a solução, ao contrário, a aplicação deste ou de qualquer outro regime junto com políticas públicas, que priorizem o trabalho e a educação, poderão ocasionar uma mudança na concepção dos apenados, ou pelo menos uma diminuição na prática dos crimes.

5. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Renan. **Fim do Regime Semiaberto: menos violência ou retrocesso?.** 2017. Disponível em < https://www.gazetadopovo.com.br/justica/fim-do-regime-semiaberto-menos-violencia-ou-retrocesso-8vhtxcu5qsc3pm0ibwkxxahnl/>. Acesso em 25 Mar. 2020.

BRASIL. **Lei de Execução Penal - Lei 7210/84**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> Acesso em 02 de Mar. de 2020.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: < http:// www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ constituição /constituicao.htm>. Acesso em 22 de Mar. de 2020.

BRASIL. **STF.** Disponível em<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia Detalhe.asp?id Conteudo =154898 > Acesso em 25 Mar. 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 1 ed. São Paulo: Edipro, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

COELHO, Fabiana da Silva. **Sistema Penitenciário Brasileiro frente aos direitos humanos.** 2011. Disponível em < https://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-977468270a60efdb59cb 76f85d8 838b2.pdf>. Acesso em 23 Mar. 2020.

JÚNIOR, Miguel Reale. **Instituições de direito penal: parte Geral**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KLOCH, Henrique; MOTA, Ivan Dias. **O sistema prisional e os direitos da personalidade do apenado com fins de ressocialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: Comentários à Lei 7.210, de 11-7-1984,** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1.

RIBEIRO, Jair Aparecido. **Liberdade e cumprimento de pena de presos no sistema carcerário Paranaense**, 2009.

SANTOS, Paulo Fernando dos Santos**. Lei de Execução Penal Comentada e Anotada Jurisprudencialmente**. 1ª ed. Editora Leud, 2007.

VALOIS, Félix. **O fim do Regime Semiaberto: a piora do que já é ruim.** Disponível em < https://www.causaoperaria.org.br/acervo/blog/2017/08/07/o-fim-do-semi-aberto-piora-do-que-ja-e-ruim/#.WwYJb1VKjIU > Acesso em 22 Mar. 2020.

VILELA, Alyson Dyego de Matos. **Falência do Sistema Prisional no Regime Semiaberto: Uma análise a partir da penitenciária regional do agreste – PRA – Canhotinho/PE**. 2016. Disponível em < http://repositorio.asces.edu.br/bitstream/123456789/590/1/monografia %20 Completa%20PDF%20Alyson%20Dyego.pdf>. Acesso em 23 Mar. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A REVOLUÇÃO DOS BICHOS: A LINGUAGEM, "JUSTIÇA", A POSITIVAÇÃO DAS LEIS E O PAPEL DO DIREITO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO

VICTORIA LUANA LIRA ARAUJO AMORIM SANTOS:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA

VALÉRIA OLIVEIRA DE SÁ[1]
(Coautora)
ROSÁLIA MARIA CARVALHO MOURÃO [2]
(Orientadora)

RESUMO [3]: O presente artigo tem como objetivo discutir o processo de revolução do direito, que vai acontecendo com as mudanças paradigmáticas, conforme as diferentes formas de governo, utilizando como referência comparativa a obra a "Revolução dos Bichos" de George Orwell. À vista disso, a problematização do estudo é referente ao seguinte questionamento: de que forma o uso da linguagem pode influenciar na formação dos parâmetros de "justiça" impostos na positivação das leis no papel do direito em um Estado Democrático? Para responder à tal indagação, foi necessário analisar como o uso da linguagem influencia no processo de formação das leis em um Estado Democrático de direito. Para esse desígnio, foi empregado como percurso metodológico a revisão de literatura de obras e produções científicas que exploram os temas que envolve a obra como: política, totalitarismo, democracia e direito, haja vista que, são elementares para a compreensão da mudança de paradigma pelo qual passou o ordenamento jurídico no século XX. Por conseguinte, com a observação dos aspectos analisados, percebemos que George Orwell, por meio de sua obra, nos mostra a vulnerabilidade do qual estamos sujeitos, diante do poder embutido através da linguagem, bem como dos discursos cheios de intencionalidades, de frases com o viés psicológico e que causam grande impacto social, tanto para os personagens fictícios, como também é possível constatar na realidade mediante os registros históricos.

Palavras-chave: Estado democrático de direito, Democracia, Linguagem, Direito.

ABSTRACT: The present article aims to discuss the process of revolution of the law, which is happening with the paradigmatic changes, according to the different forms of government, using as a comparative reference George Orwell's work "Animal Revolution". In view of this, the study's problematization is referring to the following questioning: In what way the use of language can influence the formation of the parameters of "justice" imposed in the positivation of laws in the role of law in a Democratic State? To answer such a question, it was necessary to analyze how the use of language influences the process of forming of the laws in a Democratic State of law. For this purpose, it was used as a methodological path the literature review of

works and scientific productions that explore the themes surrounding the work, such as: politics, totalitarianism, democracy and law, considering that, they are elementary for understanding the paradigm shift by which passed the legal system in the 20th century. Therefore, with the observation of the analyzed aspects, we realize that George Orwell, through his work, shows us the vulnerability to which we are subject, in view of the power embedded through language, as well as the speeches full of intentionalities, sentences with psychological bias and that cause great social impact, both for the fictional characters, as it is also possible to verify in reality through historical records.

Keywords: Democratic State of law. Democracy. Language. Law.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. Semente teórica da Obra a Revolução dos Bichos. 2.1. A alusão da Revolução dos Bichos e o Direito. 2.2. A lei como instrumento em um Governo autoritário. 2.3. Garganta: a personificação do exercício argumentativo. 2.4. A Revolução dos Bichos na órbita do Constitucionalismo Moderno. 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A obra *"A Revolução dos Bichos"* foi escrita em meados de 1943 e sua publicação ocorreu em 17 de agosto de 1945, na Inglaterra, eclodindo na Europa da época a Segunda Guerra Mundial, e observava-se pela simples leitura que a fábula traz claras referências políticas. Utiliza-se a referência do gênero textual da fábula, pelas indicações do gênero, conceituamos a mesma como uma composição literária em que os personagens são animais que representam características humanas, com discursos e costumes moralizadores, geralmente se divide em narrativa e conclusão que possui um viés moralizador, que sugere uma verdade ou reflexão de ordem moral (SILVA, 2006).

Assim, a narrativa que se utiliza de uma sátira ácida foi, por diversas vezes, após sua publicação utilizada como dura crítica ao sistema comunista de economia, narrando a traição soviética – onde os princípios iniciais foram sendo deturpados no decorrer da revolução – e faz ainda uma reflexão acerca da "igualdade" que tanto se buscava pelos animais ao longo da obra, mas que em suma seria impossível tendo em vista que o desejo de todo homem/ animal é o de liderar, de ter vantagem e por conseguinte conquistar poder e subverter os seus desejos aos demais.

Há uma evidente crítica a ditadura Stalinista, entretanto, por se encontrarem em um contexto de Guerra Mundial os soviéticos encontravam-se no polo dos Aliados, o livro sofreu duras represálias por diversas casas editoriais que temiam com a efetiva publicação desta obra sofrerem críticas por diversos motivos tais quais: manchar a reputação dos Aliados em plena Guerra, e o desconforto que geraria ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

escritor e demais donos de editoras, visto que, Stalin era relativamente querido pelo povo britânico e pelo Governo.

Destaca-se que a trajetória pessoal do autor George Orwell, também serviu de influência para escrever a obra, pois ele chegou a trabalhar como combatente na Guerra Civil Espanhola, conhecendo desta forma o exército soviético de Stalin e após este período o escritor sentiu a necessidade de escrever um livro que denunciasse o sentido real do regime Stalinista, mas de forma inteligente e que não o levasse a sofrer "riscos".

É fato que a obra é rica em possibilidades de exemplos e paradigmas para diversas discussões, porém, o que interessa para análise do artigo é a utilização das regras transcritas pelos porcos, e refeitas por eles, para manipular e controlar os demais animais, fazendo isto, conseguiram controlar e injustiçar os outros, através de normas positivas que eram manipuladas, reescritas e interpretadas de forma que beneficiasse o governo dos porcos.

Trata-se de uma obra que evidenciou as características marcantes de uma sociedade utópica que foi sendo almejada, no entanto, quando foi implantada uma forma de governo de traços marcadamente totalitários os problemas foram surgindo, demonstrando a falibilidade do regime, ocorrendo uma distopia.

Por conseguinte, o texto evidencia como a linguagem pode ser utilizada como um instrumento de persuasão das massas – fenômeno apontado pela escola sociológica de Frankfurt – e como uma boa argumentação usada por um líder astuto, se perfaz como legitimadora das atrocidades e barbáries deferidas pelo mesmo aos demais, impondo desta forma novos parâmetros de justiça por meio da positivação das leis.

Diante do exposto, a problematização da pesquisa é referente ao seguinte questionamento: de que forma o uso da linguagem pode influenciar na formação dos parâmetros de "justiça" impostos na positivação das leis no papel do direito em um Estado Democrático?

Para responder ao questionamento norteador, adotaremos, para este trabalho, o método de revisão bibliográfica, no qual se refere à leitura como gesto, como obra (Orlandi, 1996), e como complementam os filósofos Deleuze e Guattari (1995), "trata-se de uma abordagem rizomática dos textos, que os coloca em diálogo, em acoplamento, para a criação de novas leituras" (DELEUZE, G.; GUATTARI, 1995, p.36).

À vista disso, o objetivo principal deste estudo é discutir sobre o processo de revolução do direito, que acontece com as mudanças paradigmáticas de acordo com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

as formas de governo. Entre os objetivos específicos buscamos revisar a bibliografia na área Direito e Literatura e como o uso da linguagem influencia no processo de formação das leis em um Estado Democrático de direito, além de contextualizar a movimentação legislativa na tentativa de consolidar os ideais do Estado Democrático de Direito.

Considerar-se-á que a análise dos temas que envolve a obra como: política, totalitarismo, democracia e direito, é elementar para a compreensão da mudança de paradigma pelo qual passou o ordenamento jurídico no século XX para se pensar as possibilidades das conjunturas atuais, quiçá do Brasil.

Dessa forma, apesar de A Revolução dos Bichos ser uma obra de ficção, ela se apresenta de suma relevância por tratar de maneira inigualável uma realidade de milhares de revoluções mundo afora, por isso também é possível identificar diversas semelhanças entre o que acontece na Granja dos Bichos com os fatos históricos mundiais adentrando ao brasileiro.

Entre essas semelhanças, está a forma de divisão do poder constituinte que aparece no enredo de forma explícita, iniciando com o Poder Originário, desenvolvendo-se para o poder reformador para beneficiar os ideais de um determinado grupo.

Neste sentido, o diálogo teórico entre o direito e a literatura foi pensado pela possibilidade que esta última propõe para a análise de forma complexa e objetiva da dinâmica da sociedade, e de como direito pode ser estabelecido como um instrumento em favor da sociedade e não fuja do interesse da maioria em detrimento dos ideais de minorias.

2. SEMENTE TEÓRICA DA OBRA A REVOLUÇÃO DO BICHOS

A obra narra a insurreição dos animais de uma granja contra seus donos, que progressivamente, porém, a revolução degenera numa tirania dos porcos, ainda mais opressiva que a dos seres humanos, galgando pouco a pouco os porcos conseguem que os demais animais fiquem em total submissão aos seus desejos, sem tomarem conhecimento explicitamente da massa de manobra que se tornam.

Em seu primeiro capítulo, o Major discursa sobre como os animais são abusados pelos humanos, introduz a ideia da Revolução e conta que sonhou com um mundo onde o homem não existia. O Major morre no segundo capítulo, e os bichos, incentivados pelo discurso animador, planejam a revolução, que acaba acontecendo rapidamente. Expulsam o dono da granja, Sr. Jones e os outros humanos da granja. Bola de Neve e Napoleão assumem o controle e criam leis (mandamentos) para os animais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nos capítulos seguintes, os demais proprietários das fazendas vizinhas, temem a revolta de seus bichos. Sr. Jones, seus homens e mais alguns homens de Foxwood e Pinchfield, tentam tomar a Granja de volta. Os animais, já preparados, conseguem conter a revolta, chamando-a de Batalha do Estábulo. Depois da Batalha, um dos porcos, Napoleão, começa a se indispor com o outro, Bola de Neve, e este é posto para fora da fazenda pelos cães.

A partir desse momento, Garganta (outro porco), por ordem de Napoleão, discursa para os outros bichos a fim de convencê-los de que Bola de Neve roubara as ideias de Napoleão, e que este era um porco inteligente e honesto. No capítulo 6, foi feita a construção do moinho de vento. Napoleão anunciou que passariam a comerciar com as outras granjas, para obterem recursos usados no moinho. Em determinando momento, os animais alegam que isso era contra as resoluções impostas após a Revolução, mas Garganta os convence de que tal resolução nunca fora aprovada. Conseguiram um representante para que fizessem o comércio. Os porcos estavam mudando os mandamentos para se beneficiarem e abusando dos outros animais. Certo dia viu-se que o moinho fora destruído durante a noite. Bola de Neve foi culpado por Napoleão, que ofereceu recompensas por sua captura.

Essas circunstâncias fizeram com que a situação começasse a piorar na granja e para enganar os animais que se encontravam em miserabilidade pior ao que estavam nos tempos do Sr. Jones, o porco Garganta por meio de um exercício reflexivo aliando a memória e a linguagem faziam crer que tudo o que acontecia era melhor e algo necessário a garantia da liberdade que estavam conquistando. As galinhas, que foram submetidas a entregar seus ovos, fizeram uma revolta, mas depois de terem sua ração cortada, desistiram. Começaram boatos de que Bola de Neve andava pela granja à noite roubando e destruindo. Este era culpado por tudo que acontecia de errado. Garganta então discursou para colocar os outros animais contra Bola de Neve. Não obstante, Napoleão matou em uma reunião todos que confessaram ajudar Bola de Neve.

No capítulo 9, o dinheiro da granja diminui e a ração dos animais cada vez mais era reduzida, apesar dos porcos continuarem engordando. A Granja foi proclamada República e Napoleão foi eleito presidente e no capítulo final, passados vários anos da revolução, muita coisa acontece. A granja estava mais organizada, mas os animais continuavam com pouca comida, com exceção dos porcos. Chegando ao ponto em que os porcos se tornaram quem mais repudiavam, iguais aos humanos, visto as atitudes tomadas por estes, que se assemelhavam aos tempos em que a granja era comandada pelo Sr. Jones, e o tratamento dispensado aos demais animais era ainda mais cruel e rígido.

2.1 A alusão da Revolução dos Bichos e o Direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os personagens da fábula lembram as características dos personagens históricos marcantes da história mundial, como por exemplo, o porco Major que apresenta ideais semelhantes a Karl Marx, ao idealizar uma sociedade utópica, o mesmo ocorre com o personagem Napoleão que se assemelha a Stalin – no qual o autor faz severa crítica devido a sua administração corrupta – e ainda remete ao porco Bola de Neve as características de Trotsky assemelhando a expulsão do porco da Granja dos Bichos ao fatídico episódio em que o líder bolchevique foi expulso e exilado da União Soviética e tudo isto é retratado de forma satírica com um toque cômico.

Passando pela história é possível observar que assim como na maioria das revoluções que marcaram a história mundial, uma nova ordem jurídica foi instaurada com a atuação do poder constituinte originário, que pode ser identificado no contexto ao criar o "Animalismo" e o poder reformador que foi modificando os princípios das normas da sociedade conforme convinha aos líderes. Ao perceber esse fenômeno da performance e liderança nos governos e na organização estatal, Orwell fez uma crítica intensa às relações de poder, conectando-se irrefutavelmente com a dimensão do Direito.

Em suma, a obra é uma defesa da democracia e um ataque ao autoritarismo e às arbitrariedades. O Estado Democrático de Direito consagrou direitos e garantias fundamentais, pretendendo romper com a tradição do Estado liberal. Entretanto, em decorrência, especialmente, do histórico jurídico-político brasileiro, não raras vezes, verifica-se uma verdadeira politização do direito, o que faz com que a criação, interpretação e modificação das normas jurídicas fiquem condicionadas à ideologia de determinados grupos de indivíduos. E, mais do que isso, muitas vezes a máquina judiciária serve de mecanismo para obtenção de vantagens desses poucos indivíduos, em detrimento da coletividade.

É nesse contexto, que a "A Revolução dos Bichos" encontra correlação com a sociedade contemporânea, isto é, na trama, os animais de determinada fazenda promovem uma revolução e criam seu próprio sistema legal, ao qual denominam "Animalismo", estabelecendo, para tanto, um arcabouço de regras a serem seguidas.

Ao longo da história, os porcos, únicos plenamente alfabetizados, vão modificando os artigos do código que criaram de acordo com seus interesses, aproveitando-se, principalmente, da ignorância e analfabetismo dos outros animais, quebrando com ideal inicial da revolução de criação de uma comunidade igualitária e que propiciasse bem-estar a todos.

Entretanto, em uma nova constituição sempre virá com uma nova ordem, seja ela social ou política, foi exatamente o que aconteceu no contexto da Granja Solar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que assim como vários países, após uma revolução teve seu nome modificado para Granja dos Bichos. Á exemplo dessa situação, temos o Brasil em que em 1969 com uma emenda ao texto constitucional de 1967, passou a se chamar República Federativa do Brasil e não mais Estados Unidos do Brasil. Da mesma forma, com o início da Revolução viu-se necessário retirar dos ensinamentos do comandante e sonhador Porco Major sete princípios que receberam o nome de "Animalismo", são eles:

> OS SETE MANDAMENTOS
>
> 1. Qualquer coisa que ande sobre duas pernas é inimigo.
>
> 2. O que andar sobre quatro pernas, ou tiver asas, é amigo.
>
> 3 . Nenhum animal usará roupa.
>
> 4. Nenhum animal dormirá em cama.
>
> 5. Nenhum animal beberá álcool.
>
> 6. Nenhum animal matará outro animal.
>
> 7. Todos os animais são iguais. (ORWELL, 2000, p.25)

As reformas ao texto constitucional do que seria para ser uma constituição "democrática" passou a ser como uma típica Constituição de regimes fascistas, que não serviam para tratar da melhor forma a granja, modificavam fortemente o texto, usando como argumento que deles era o poder constituinte. Os mandamentos 3, 4 e 5 que determinavam aos animais que eram proibidos de adotarem características humanas como usar roupas, dormir em camas e tomar álcool, passaram a serem ignorados até pelos próprios líderes que entraram para a casa de Jones e para justificar que não estavam desrespeitando os princípios, uma reforma foi feita no texto constituinte incluindo que ninguém dormiria em camas com lençóis, o álcool agora poderia ser ingerido, mas não em excesso e as vestimentas humanas e acessórios que não poderiam ser utilizados pelos animais, ao final estavam sendo utilizados pelos líderes e demais porcos. Brechas eram constantemente encontradas nas novas normas constitucionais determinadas pelo poder reformador. Usavam métodos espúrios para mascarar suas traições, como por exemplo, quando o cavalo Sansão ficou doente e foi dito que ele estava sendo mandado para um bom tratamento, quando na verdade estava sendo enviado para um matadouro, o que feria forte e cruelmente o texto do 6º princípio que tratava do direito à vida, exemplo de Cláusulas Pétreas das constituições pelo mundo afora, que não podem ser modificadas puras e simplesmente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As dificuldades narradas por Orwell na "Revolução dos bichos" para atingir os ideais do Animalismo são inerentes às transições paradigmáticas. É importante, portanto, o reconhecimento do tempo em que se está inserido para que se construam as instituições jurídicas capazes de concretizar os ideais propostos no contrato social. Sem dúvida, se o paradigma anterior foi esgotado e não se mostra eficaz para atender os novos direitos, algumas das concepções que se tinham à época terão que ser abandonadas ou modificadas. Napoleão, no livro, buscou manter a mesma estrutura e concepções do paradigma anterior, afastando, inclusive, o contrato social firmado pelos animais. E foi tal postura que impossibilitou a perpetuação do Animalismo.

O poder constituinte originário, assim como, na maioria das constituições da história mundial determinou a igualdade ou isonomia em seu sétimo princípio uma teoria que deixou logo de ser levada em conta e modificada justificando que "uns são mais iguais que outros.". A Constituição foi um importantíssimo documento na Granja dos Bichos, visto que, com ela percebemos que as mudanças preconizadas tão logo foram afastadas, visto o movimento político-jurídico- econômico que culminou em uma tirania maior ao que efetivada pelo sistema anterior.

As dificuldades para assumir um novo sistema são inerentes ao momento de transição paradigmática, uma vez que ainda estão presentes muitos dos pensamentos e da estrutura do anterior. É preciso, entretanto, mudanças institucionais e ideológicas para a superação do paradigma em decadência, sob pena de se continuar com a mesma dinâmica anterior (que é o que acontece no livro), mesmo que as relações sociais e jurídicas tenham mudado.

Ademais, no tocante a formalização de mudanças no cenário jurídico, bem como a adaptação e a criação de instituições aos novos ideais, é necessário discernir sobre o tempo do direito, ou seja, é preciso reconhecer o momento temporal o qual a sociedade está vivenciando, nesse sentido:

> O tempo é uma instituição social, uma construção social: o tempo temporaliza-se, diz Ost. Temporaliza-se conforme a cultura de uma determinada sociedade. Daí falar-se que há uma interação dialética entre o tempo e o direito: há um elo entre a temporalização social do tempo e a instituição jurídica da sociedade, eis que o direito contribui para a instituição do social, ou seja, contribui para estreitar o elo social e oferecer pontos de referência (sentido e valor) à sociedade (ESPINDOLA, 2008, p. 37).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, as inconstâncias existentes nas relações sociais, precisam ser observadas para geração de mecanismos que operem e corporifiquem os direitos. Muito embora, os ideais do paradigma dominante da modernidade, a perspectiva racionalista, continua a permear no âmbito do direito brasileiro. Logo, muitas das concepções do antigo modelo continuam arraigadas em nosso ordenamento jurídico e em nos nossos sistemas processuais (SILVA, 2006). Nesse cenário, se encontra boa parte do impasse da materialização do Estado Democrático de Direito, pois a estrutura do paradigma anterior vem sendo conservado.

Portanto, apesar da obra A Revolução dos Bichos ser fictícia, ela apresenta de maneira sui generis a veracidade sobre como aconteceram várias revoluções pelo mundo. Por essa razão, também é possível relacionarmos diversas semelhanças entre o que acontece na Granja dos Bichos com os fatos históricos. Uma dessa equivalência é a forma de divisão do poder constituinte, que aparece no enredo de forma explícita, iniciando com o Poder Originário, desenvolvendo-se para o poder reformador e por fim retornando ao antigo, esse último apresentando o viés ideológico alvo de críticas.

2.2 A lei como instrumento em um Governo autoritário

Podemos verificar na obra em comento a estrita relação jurídica existente entre o uso da lei, em suas mais variadas formas, e os modelos de governo no qual possuímos conhecimento dentro da obra, a saber, o poder constituinte originário e o poder reformador, que bastante se assume a forma de governo autoritário. A lei surgiu como uma forma de resguardar os três pilares consagrados no Poder Constituinte da 1° Geração percussor do Estado Liberal, visto que, aos homens nas mais remotas civilizações e formas de organização buscavam resguardar a vida, a liberdade e a propriedade, considerando que isto são direitos naturais que precedem a toda e qualquer legislação escrita, e caso sofressem ameaças, os homens utilizariam de mecanismos para se defender, surgindo desta forma aquilo que ficou conhecido posteriormente como legítima defesa.

Importante entendermos acerca do conceito de lei, visto que ela é corriqueiramente utilizada como um sinônimo de Estado, ou de Constituição, mas em sua definição trazida por Frédéric Bastiat se traduz como:

> Organização coletiva do direito a legitima defesa; sua função, seus limites e sua legitimidade derivam do direito individual a legitima defesa. Em outras palavras, a única função da lei é fazer com que reine a justiça – na verdade, impedir que reine a injustiça. Qualquer outro uso que dê a lei contradiz e impede o direito a legitima defesa, pois, necessariamente, ferirá a vida, à liberdade e a propriedade. (BASTIAT, 2016, p.10)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como podemos extrair da leitura exposta, a lei foi criada como um mecanismo que assegure a legítima defesa frente aos ataques dos seres humanos, procurando resguardar a vida, a liberdade e a propriedade, e nada se confunde ao Estado e tampouco a Constituição propriamente dita, mas a sua função primordial é fazer imperar a justiça, ou se não for possível, impedir que a injustiça aconteça.

E tal conceito é de fundamental importância, pois na obra em comento verificamos que a Granja do Solar nada mais é que um modelo da sociedade, com toda a sua organização, participantes e peculiaridades. Após a instauração do poder constituinte originário, decorreram diversas mudanças que eclodiram no modelo de poder reformador, que legitimou o Governo Autoritário encabeçado por Napoleão, este modelo utilizou-se de forma arbitraria da lei, retirando o seu valor, de imperar a justiça, e a transformou como um mecanismo de injustiça para os demais animais da Granja. Na justiça, segundo Paulo Nader (2017), estão reunidos os valores éticos e se a justiça é praticada, serão respeitadas a vida, liberdade e as oportunidades de forma igualitária, de forma que se estaria exercendo o bem na convivência social.

A relação anterior galgava-se nos ideais de igualdade, isonomia, observando ao máximo os pilares democráticos, mas tudo isto mudou após um fatídico episódio protagonizado por Napoleão e Bola de Neve, que possuíam ideias divergentes sobre os mais variados assuntos, que colocava os demais animais em íntima disputa para saber qual ideia deveria prevalecer acerca do assunto exposto, e a vontade da maioria deveria imperar sobre os demais, visto que isso é genuinamente o que prega o Governo Democrático, consectário do poder constituinte originário na Obra.

> Porém, exatamente nesse momento Napoleão levantou-se e, dando uma estranha olhadela de viés para Bola-de-Neve, soltou um guincho estridente que ninguém ouvira antes. Ouviu-se um terrível ladrido lá fora nove cães enormes, usando coleira tachonadas com bronze, entraram latindo no celeiro. Jogaram-se sobre Bola-de-Neve, que saltou do lugar onde estava, mal a tempo de escapar aquelas presas. Num instante, saiu porta fora com os cães em seu encalço (ORWELL, 2000, p.56).

Após a expulsão de Bola-de-Neve, verificamos que a relação entre os animais passa por mudanças substanciais, verificando-se uma relação de dominação dos porcos para com os animais, por estes serem os mais "intelectuais" visto dominarem o poder da leitura e escrita, portanto detinham um exercício argumentativo superior. O modelo de governo que imperava na Granja do Solar era o Democrático, e importante sabermos como funciona esse estilo de Governo em uma sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A democracia nada mais é que uma forma de organização social em que o controle político é exercido pelo povo, direta, quando faz isso de forma pessoal participando de todo o processo, ou indiretamente, quando escolhe representantes igualmente eleitos por todos, para exercer o controle político. Por isto, a Democracia não se esgota em uma forma de Estado ou de Constituição, e sim uma forma de governo que conjuga vários princípios de organização política. (BOBBIO, 1998)

Ao tempo que explanamos sobre os aspectos democráticos na perspectiva de Bobbio (1998), é relevante comentar que o autor identifica as formas de governos democráticos a partir da subdivisão entre democracia liberal e democracia social. Pela primeira, a significação remete ao modelo econômico alicerçado na filosofia do neoliberalismo político (BOBBIO, 2015), haja vista que, a conciliação entre a democracia liberal e o liberalismo econômico, são duas necessidades atendidas pela principal classe detentora do poder econômico: a burguesia liberal. Em contrapartida, a democracia social se reveste no desenvolvimento de organizações políticas que buscam promover o bem-estar social (BOBBIO, 2015), estando intimamente subordinado aos interesses do povo em conjunto, e o papel do Estado nesse estilo de governo é controlar os assuntos econômicos e financeiros, controlando a produção e consumo de acordo com as necessidades coletivas. (BOBBIO, 2015)

Portanto, anteriormente a expulsão de Bola-de-Neve a organização da Granja do Solar se assemelha a democracia social, onde o bem-estar social era levado em conta, a coletividade era elemento essencial, e os governantes eleitos para desempenhar tal tarefa, a saber, os porcos exerciam o controle de assuntos econômicos e financeiros. No entanto, a lei sendo um mecanismo apto a fazer imperar a justiça ou não sendo possível, que a desigualdade não se estabeleça fora justamente utilizada a contrário senso, quando ocorre a mudança de governo provocada por Napoleão.

Ocorrendo desta forma o fenômeno apontado por Bastiat (2016), no qual o modelo de Governo Democrático representativo (tal como discorremos anteriormente), culmina nas disputas entre os diversos grupos de interesse para se empossarem da lei e preceituarem em seu favor, deturpando a ideia primordial, desvalorizando a ideia de "bem comum" favorecendo tão somente grupos específicos.

Neste diapasão, surge o Governo Autoritário, que se reveste em sistema de liderança no qual o líder exerce um poder absoluto e autoritário, implementando regras e instituindo objetivos sem buscar orientação e conselhos do restante da sociedade, o líder autoritário exerce, desta forma, um poder central que visa repreender as liberdades individuais dos cidadãos, por isso, exerce um supremo poder (BOBBIO, 1998).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O governo de bases autoritárias se alicerça em dois fundamentos principais, a ordem e a hierarquia, na busca incessante de diminuir a racionalidade dos indivíduos, levando a um quadro de alienação e submissão cegas aos ditames do Estado e seu líder. Para isto, o líder nesta busca por poder, utiliza-se da lei, deturpando aquilo que seria o ideal, retirando a força normativa original e distribuindo um novo sentido a ela. (BOBBIO, 1998).

Averiguamos com isto, que o governo exercido por Napoleão é por excelência autoritário, pois o mesmo utiliza-se inicialmente de uma hierarquia onde ele e os porcos estavam no topo da cadeia, por serem os líderes da Revolução e os seres mais dotados de inteligência, e ocorre a instituição de uma nova ordem, onde a lei comum a todos eles, denominada de "os 7 mandamentos" passam por significativas mudanças que beneficiam apenas aos porcos, de acordo com Frédéric Bastiat (2016, p. 21) [...] "agiu em oposição direta ao seu fim; foi usada para destruir seu próprio objetivo, ou seja, para aniquilar a justiça pela qual deveria zelar; para limitar e destruir direitos que deveria respeitar", colocando os demais animais em uma submissão aos ditames do Estado, conforme se depreende do seguinte trecho.

> Napoleão, com os cachorros a segui-lo, subiu para o estrado, de onde o Major fizera seu discurso. Anunciou que daquele momento em diante terminariam as Reuniões dos domingos de manhã. Eram desnecessárias perdas de tempo. Para o futuro, todos os problemas relacionados com o funcionamento da granja seriam resolvidos por uma comissão de porcos, presidida por ele, que se reuniria em particular e depois comunicaria sua decisão aos demais. Os animais continuariam a reunir-se aos domingos para saudar a bandeira, cantar Bichos da Inglaterra e receber as ordens da semana; não haveria debates. (ORWELL, 2000, p. 57).

A mudança paradigmática da lei, é um poderoso instrumento a concretização dos elementos buscados com o Governo Autoritário que fora instituído, a mudança do sentido, por meio do exercício argumentativo e interpretativo da lei em vigor, provocou entre os animais uma poderosa distorção, e o domínio da linguagem é essencial, visto que, aos que detém é legitimador a barbáries que se busca impetrar, e aos que não detém é causa de submissão e alienação social.

2.3. Garganta: a personificação do exercício argumentativo

Podemos verificar com o exposto a ligação existente entre os elementos anteriormente apresentados, a saber: o Direito apresentado nas formas de poder constituinte originário e poder reformador, o uso da lei como instrumento dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

poderes anteriormente citados, e o uso da linguagem está estritamente relacionada com a imperiosa vertente de exercício argumentativo que se verifica ao longo da narrativa por meio do personagem Garganta, mas ao qual nos é inicialmente representada por meio do personagem "Porco Major", sendo os elementos linguísticos e argumentativos exauridos por ambos essenciais ao encadeamento lógico que perpetuou na ascensão dos porcos como classe dominante aos demais.

No início da narrativa apresentada, o Porco Major pode ser exposto na condição de líder, tanto pelo critério da sua idade já avançada (doze anos), como também pelo fato do seu corpo ser tachado como 'bastante corpulento'. Além disso, ele também apresentava um ar sábio e benevolente, em decorrência de suas presas jamais terem sido cortadas (ORWELL, 2000).

Esses elementos extraídos da leitura anterior compõem a impressão que o Porco Major provoca nos demais animais: um sujeito que possui boas estratégias argumentativas. Isso, sugere pensar que pelo fato de saber fazer um bom uso da linguagem, ele pode também ser associado a performance dos antigos sofistas gregos tão repudiados por Sócrates: uma figura que normalmente utiliza-se de elementos linguísticos e corporais como forma de expressão do saber, que parte da premissa de causar uma boa impressão no auditório ao qual busca convencer sobre seus ideais, e não necessariamente com a verdade, como assim faz o Major.

O Major faz o uso constante da Argumentação, que se reveste sobretudo na arte de procurar, por meio de situações comunicativas os meios que levam a persuasão, nada mais é que convencer aquele auditório almejado (RODRIGUEZ, 2015.). O exercício argumentativo "processa-se por meio do discurso, ou seja, por palavras que se encadeiam, formando um todo coeso e cheio de sentido, que produz um efeito racional no ouvinte" (RODRIGUEZ, 2015, p. 14), e quanto mais coeso e coerente for o discurso este se adere a mente do auditório universal ao qual se procura atingir, tal qual como fazia o personagem acima retratado.

O exercício argumentativo nada mais é que uma arte retórica, que se constitui por três tipos de discurso, sendo estes: o discurso deliberativo, o discurso judiciário e o discurso epidíctico. Entre estes, o que nos cabe discorrer é acerca do discurso deliberativo, pois este é caracterizado como uma assembleia que busca decidir questões futuras, traçar planos, metas, com a finalidade de decidir questões políticas, discutindo o que é útil, conveniente e adequado (RODRIGUEZ, 2015.). E verificamos veemente este tipo de discurso deliberativo nas falas do Porco Major, e mais a frente com os ensinamentos deste nas falas dos Porcos Bola de Neve e Napoleão ao qual foram levados a cabo por bastante tempo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O discurso deliberativo é destinado a um grupo que tem menos conhecimento e opta por argumentos através de exemplificações, permitindo suposições sobre o futuro com base em situações que ocorreram no passado. No uso de suas estratégias, Garganta sempre relembra o fato do Sr. Jones voltar a Granja, gerando assim força argumentativa para chamar atenção dos bichos e intimidá-los, dessa forma, tendo controle sobre eles.

Entretanto, ocorreram diversas mudanças na Granja dos Bichos, desde a expulsão de Bola de Neve, as ordens de Napoleão, dentre tais mudanças a mais significativa foi a que se aplicou na lei comum a todos os animais, pois tais mudanças só foram possíveis por meio do exercício argumentativo expressamente utilizado com os discursos proferidos por Garganta – braço direito de Napoleão – este possui um exímio domínio das palavras, ou seja, da linguagem e uma fascinante expressão corporal, que cativavam o auditório universal preterido por ele.

E por este meio Garganta alcança o objetivo principal da argumentação que vai além da crença do ouvinte ao que está se dizendo, mas sim de levar os destinatários a agirem da maneira que determina o discurso, pouco a pouco este personagem vai galgando ações por parte dos outros animais, que vão se transmutando em privilégios a ele e aos outros porcos, e que por fim leva a uma total submissão e controle.

Garganta ao proferir os seus discursos utiliza-se de fundamentos bastante contundentes e técnicas argumentativas próprias, tais elementos são erroneamente utilizados como sinônimos, mas na verdade não se confundem, o que nos resta é identificar como a fundamentação funciona na prática, esta "elenca elementos que devem convencer as partes de que seu raciocínio é o mais correto, é o decorrente da lei, de que seu livre convencimento não provem da arbitrariedade, mas sim de uma boa avaliação de todas as provas e de todo o ordenamento legal" (RODRIGUEZ, 2015, p. 14), trazendo essa conceituação para a órbita jurídica ao qual trabalhamos, e portanto, ao fundamentar o auditório universal que se busca atingir pelo orador do discurso é levado a compreender tudo o que foi dito por este, colocando a prova o seu método de raciocínio.

A fundamentação técnica é importante, pois visa exteriorizar a própria linha de raciocínio, demonstrando os motivos pelos quais o orador do discurso foi levado a determinada conclusão. Por essa razão, aquele que exerce a prática argumentativa, sempre busca meios de adesão do ouvinte ou do leitor ao que se quer fazer entender. Precisamente, esses elementos linguísticos foram exercidos por Garganta, visto que ele se utilizou de fundamentos que se traduziam em desejos dos porcos da Granja dos Bichos e com a utilização de discursos arrojados, ou seja, de meios linguísticos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

levou a adesão dos demais animais, concluindo todos os planos que eram preteridos por aqueles.

Reportando aos tipos de argumentos existentes, Garganta faz uso constante do argumento de autoridade ao buscar a adesão dos ouvintes aos seus discursos, o mesmo é retratado como um conhecimento técnico que se baseia apenas em declarações de autoridades no assunto exposto, buscando corroborar com a tese do argumentante, onde cria uma verdadeira ditadura de autoridade, pois todas as colocações pronunciadas por tais se estabelecem como dotadas de conhecimento aprofundado, visto que:

> O argumento de autoridade é também chamado de *argumentum magister dixit ou ad verecundiam*. Esta última denominação foi criada por John Locke. Ele o definiu como uma espécie de argumento utilizado para fazer prevalecer seu posicionamento ou silenciar um opositor. Significaria utilizar-se da opinião de uma terceira pessoa, que "construirá seu nome" e ganhara sua reputação no senso comum como pessoa de certa autoridade. (RODRIGUEZ, 2015, p. 113).

A definição em tela nos é de grande valia, posto que, o personagem Garganta desde a instauração da Revolução provocada pelos bichos, ao angariar privilégios a classe dominante – os porcos – utilizam-se do argumento de autoridade para fazer prevalecer os seus posicionamentos, bem como ocorre no início da narrativa, quando este, conquista a confiança dos demais animais e por meio de um discurso arrojado, onde se baseia no cientificismo consegue ficar com o leite produzido pelas vacas e com as maçãs colhidas:

> – "Camaradas!" – gritou. – "Não imaginais, suponho, que nós, os porcos, fazemos isso por espírito de egoísmo e privilégio. Muitos de nós até nem gostamos de leite e de maçã. Eu, por exemplo, não gosto. Nosso único objetivo ao ingerir essas coisas é preservar nossa saúde. O leite e a maçã (está provado pela ciência, camaradas) contêm substâncias absolutamente necessárias à saúde dos porcos. Nós, os porcos somos trabalhadores intelectuais. A organização e a direção desta granja repousam sobre nós. Dia e noite velamos pelo vosso bem estar. É por vossa causa que bebemos aquele leite e comemos aquelas maçãs. Sabeis o que sucederia se os porcos falhassem em sua missão? Jones voltaria! Jones voltaria! Com toda certeza, camaradas – gritou Garganta, quase suplicante, dando pulinhos de um lado para outro e sacudindo o rabicho,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> – com toda certeza, não há dentre vós quem queira a volta de Jones" (ORWELL, 2000, p. 38).

O leite e as maçãs deveriam ser destinados a todos os animais da Granja, mas que ao final ficam com os porcos. Verificamos logo após que todos os discursos proferidos por Garganta em nome dos porcos levam em consideração o que preceitua o argumento de autoridade ou *ad verecundiam.*

As justificativas em suas falas eram sempre usadas a favor dos porcos, usava expressões e estratégias que ajudavam em seu discurso para encobrir as intenções que Napoleão tanto almejava. Garganta é o porta voz de Napoleão, as decisões que eram tomadas e as alterações que seriam feitas chegavam ao conhecimento dos animais por meio de suas declarações. Conforme esclarece Charaudeuau (2009, p.56): "A explicação caracteriza-se pela possibilidade de se determinar o porquê dos fatos, o que os motivou, as intenções e a finalidade daqueles que foram os protagonistas. O ideal de uma boa explicação consiste em poder remontar à origem dos fatos; a verdade de ordem epistêmica se confunde aqui com o conhecimento original", dessa forma, Garganta sempre questionava os animais caso os porcos não mais os liderassem, sua resposta aos questionamentos, era que Jones voltaria e os bichos lembravam como sofriam na época que a Granja pertencia a Jones e assim Garganta conseguia calar os animais.

O que nos remonta a outro problema da utilização exacerbada do argumento de autoridade, que se transformou ao passar dos anos no descrédito desse tipo de argumentação, visto que, aquele que faz o seu uso passou a representar aos ouvintes uma simplória tentativa de manipulação, na busca de transformar estes em mera massas de manobra, pois como aponta Rodriguez:

> Estereótipo do problema de autoridade nos dias atuais tem sido composto pela figura do big brother, a criação de Orwell, em que uma oligarquia fixava pensamentos e conceitos, por um sistema de controle ferrenho, ditando as pessoas o modo de agir e pensar. (RODRIGUEZ, 2015, p.112)

A utilização da expressão "big brother" retratado na passagem anterior está em consonância com a expressão utilizada para designar todos os animais, que foi apresentado inicialmente pelo porco Major e se perpetuou, onde todos os animais eram "camaradas" e por isto deviam lealdade ao sistema que queriam implantar, no qual nenhum animal iria se sobrepor ao outro e que todos eles eram iguais por compartilharem de uma "irmandade animal", onde o objetivo deles era o bem-estar coletivo e oposição ao ser humano, seja ele qual for, sendo tal "camaradagem" inexistente, pois sobreposto a isto ocorreu a formação oligárquica dos porcos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Aliado ao argumento de autoridade anteriormente descrito e contundente utilizado por Garganta depreendemos dos seus discursos um exercício cognitivo que alia a memória e a linguagem, aquela se mostra presente quando nos utilizamos da história anteriormente vivida para elucidar os fatos, a história é um elemento importante a sociedade, visto que, a partir dela é que podemos construir as bases do Direito que queremos, onde esta construção do passado está diretamente interligada a formação de identidade das pessoas, e ao descrever os acontecimentos e reviver a história nacional de um povo e sua época, os traços que vão sendo construídos configuram uma espécie de direito de reconhecimento de si pelo passado, tornando-se perceptível a dependência de uma construção histórica e jurídica.

Na narrativa em apresso, ocorre justamente a construção de uma base jurídica por meio de uma reconstrução histórica vivida pela sociedade em comento e de uma época anterior aquela, ao passo que eram instituídas novas formas de convivência, trabalho, organização burocrática entre os animais, os porcos faziam reflexões acerca do tempo em que tinham por dono da Granja e deles o Sr. Jones, em suas falas – discursos estes proferidos por Garganta – era corriqueiro demonstrar como a vida de todos era difícil, cansativa, e bastante trabalhosa sem os devidos retornos, como todos eram submetidos a maus tratos e como o descanso, água e comida eram escassos e tudo ocorria vistos a agradar o proprietário de todos.

> Geralmente andavam com fome, dormiam em camas de palha, bebiam água no açude e trabalhavam no campo; no inverno, sofriam no frio; no verão, com as moscas. De vez em quando, os mais idosos rebuscavam a apagada memória e tentavam determinar se nos primeiros dias da Revolução, logo após a expulsão de Jones, as coisas haviam sido melhores ou piores do que agora. Não conseguiam lembrar-se. Nada havia com que estabelecer comparação: não tinham em que basear-se, exceto as estatísticas de Garganta, que invariavelmente provavam estar tudo cada vez melhor. Os bichos consideram o problema insolúvel; de qualquer maneira, dispunham de muito pouco tempo para essas especulações. Apenas o velho Benjamim afirmava lembrar-se de cada detalhe de sua longa vida e saber que as coisas nunca haviam estado e nunca haveriam de ficar nem muito melhor nem muito pior, sendo a fome, o cansaço e a decepção, assim dizia, a lei imutável da vida. (ORWELL, 2000, p.131).

Desta forma, todas as mudanças que ocorriam ou estavam a ocorrer, os porcos, que estavam no comando da Granja, elucidavam e justificam as suas escolhas

por meio de uma retomada histórica e na sua argumentação inseriam em seus discursos a seguinte frase "no tempo em que Jones" com o objetivo de fazer diferente e afastar toda e qualquer ameaça humana e do seu tempo à realidade em que estavam vivendo após a revolução, o que não se concretizou na prática.

A retomada histórica da sociedade e o seu tempo por meio do discurso e consequentemente por meio de um bom uso da linguagem, foi parâmetro importante para a institucionalização dos mandamentos fundamentais, e elemento consolidante da base jurídica da nova realidade que procurou se instituir, no entanto, a mesma atividade argumentativa importante para uma construção jurídica que daria vez e voz aqueles que não tinham ao passo em que a realidade foi se modificando e o passado foi se tornando algo remoto, os detentores deste poder foram distorcendo a história vivida e dando uma interpretação divergente ao direito positivado, ou seja, os 7 mandamentos do Animalismo.

2.4 A Revolução do Bichos na órbita do Constitucionalismo Moderno

Ao longo da narrativa em apresso, depreendemos da leitura realizada traços marcantes dos movimentos constituintes que nos leva a compreender o que seria o poder constituinte originário, o poder reformador, adentrando as formas de governo democrática e autoritária, visto que, todos estes estão presentes na obra e dentro da Literatura possui para nós leitores um alcance maior, estas vertentes por conseguinte são reflexos da nossa sociedade, nossa história mundial refletindo também na história brasileira em diversos movimentos.

Todos os elementos acima enunciados, estão inseridos no Constitucionalismo ou melhor falando nos "movimentos constitucionais", posto que, ao longo da história mundial existiram vários, a exemplo do inglês, americano e do francês – são os de maior notoriedade em escala global - pois como o mundo muda, o constitucionalismo estreita e alarga o seu caminho para se encostar nas transformações havidas. O constitucionalismo parte do pressuposto de que o Estado deve possuir uma lei maior – a Constituição – que contenha regras cujo objetivo é limitar o poder arbitrário e autoritário visando prevalecer os direitos esculpidos nela, afastando toda e qualquer visão opressora do antigo regime (LENZA, 2018). Desta forma, o constitucionalismo busca coibir o uso irresponsável do poder por aqueles que estão em gozo, e culmina na divisão deste nas escalas legislativa, executiva e judiciária onde tais direitos fundamentais fruto dessa Constituição são historicamente divididos em gerações ou dimensões

O movimento constitucional não possui expressão definida, estando presente ao longo de toda a história das sociedades, mas que traz consigo princípios fundamentais ou direitos fundamentais do homem que são a alma do modelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

primordial, que se alarga e cresce, e baseia-se na valoração da racionalidade, no respeito a liberdade (nas suas mais variadas vertentes), e a máxima de dignidade da pessoa humana, presente nas relações interpessoais e na organização estatal. Até chegar aquilo que ficou consolidado como constitucionalismo moderno ou pós-moderno, ao qual estamos inseridos, que buscam compreender as mutações sócio-políticas frequentemente ocorridas, dando ênfase a esses direitos e garantias fundamentais, favorecendo o surgimento do Estado de Direito tal qual conhecemos (ROCHA, 1997)

Desta forma, o constitucionalismo está presente na dinâmica das sociedades dos tempos mais remotos aos dias mais atuais, na narrativa em comento o movimento constitucional adveio desde a instauração da revolução provocada pelos bichos, e se perpetuou durante todas as mudanças que elevaram os porcos ao poder máximo e ilimitado, onde todas as decisões partiam deles e para benefício próprio, tal qual ocorreu em diversos momentos da nossa história mundial, onde grandes líderes utilizavam do poder constituinte, convocando assembleias a fim de elaborarem uma nova Constituição que atendesse aos seus anseios políticos-jurídicos- econômicos e quando não mais lhe convinham utilizassem dos mecanismos de reforma ao seu dispor, ao passo de adequarem à realidade almejada.

Exemplo importante dessa movimentação constitucional pós-moderna encontramos no nosso direito brasileiro, na década de 30, mais precisamente com a Revolução Constitucionalista de 32, que foi impulsionada pelas insatisfações de ordem política (presidente em vigor), econômica e que teve reflexos sociais que levaram os paulistas a guerra, onde estes perderam no confronto armado, mas venceram moralmente, visto a convocação pelo governo de uma assembleia constituinte que culminou na elaboração da Carta Magna de 1934. (JUNIOR, 2018.)

O mesmo aconteceu com os animais da Granja do Solar, estes insatisfeitos com o sistema em vigor, comandado pelo dono da granja – Sr. Jones – impulsionaram uma revolução que determinou a criação de direitos fundamentais e a constituição para estes, 7 mandamentos do Animalismo e a instauração de um novo sistema, longe das amarras que estavam submetidos.

Entretanto, não tardou para que o líder Napoleão submetesse o sistema que foi implantando juntamente a revolução à mudanças por meio de deliberações a cargo do poder reformador. Na história brasileira, pós Revolução Constitucionalista de 32 movimento legislativo idêntico aconteceu ao retratado na nossa obra em estudo, visto que, a Constituição de 1934 trouxe ao direito brasileiro novas balizas e consagrou uma série de direitos nunca antes visto neste País, mas a presidência da república foi destinada a Getúlio Vargas, que não tardou a implementar um golpe de Estado (Estado Novo) que exercia a chefia do poder executivo mas legislava tal qual

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

por meio de decreto- lei, um exemplo claro do poder reformador no Estado-Nação Brasileiro, que em meio a críticas se manteve no poder através de uma poderosa propaganda Varguista por meio do DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda) que transmitia informações utilizando-se de técnicas inspiradas nos governos autoritários que estavam ocorrendo na Europa da época, para legitimar os feitos do Presidente da República e incutir na mente da população como Vargas era um homem e político bom e necessário ao Brasil (JUNIOR, 2018.)

O DIP buscava identificar Vargas ao povo e ao Brasil utilizando dos meios de comunicação disponíveis, ao passo que exercia severa censura aqueles que tinham ideais contrários ao governo. O DIP exerceu na Era Vargas o mesmo papel desempenhado por Garganta na liderança de Napoleão, posto que, Garganta era o porta voz do sistema em vigor, que buscava por meio dos seus discursos aproximar o líder do seu povo e justificar que os atos exercidos eram para o bem da coletividade, moldando Napoleão como um líder benevolente e necessário a Granja.

Entretanto, o movimento constitucional, é algo que se perpetua no tempo, não ficando restrito a uma determinada época, devido as mudanças na sociedade ocorreu a necessidade de uma nova assembleia constituinte, que deu vida a nossa Constituição Federal de 1988 que nos trouxe valores e novos direitos fundamentais que são facilmente identificados no constitucionalismo da 3° geração ou dimensão. Paulo Bonavides (2006) assume a posição de que os direitos da terceira dimensão não se destinam especificamente aos interesses individuais, de um grupo ou de um Estado definido, têm como indivíduos ativos possuidores de uma titularidade difusa ou coletiva, visualizando não apenas um homem singular, mas sim a coletividade, e por isso, esta carta magna leva o nome de Constituição- Cidadã.

Mas, além disso, a Constituição Federal de 1988 ou Constituição- Cidadã, em virtude dos movimentos políticos-jurídicos retratados anteriormente, viu-se compelida a criar mecanismos que buscava limitar o poder das mãos de quem estava a cargo da esfera executiva (especialmente na esfera federal), desta forma, o modelo de separação de poderes idealizado por Charles de Montesquieu (1689 – 1755) em sua obra *"O espirito das leis"* já aderido em constituições anteriores se manteve, não se mostrando suficiente, o Estado Brasileiro inovou com a Teoria da Limitabilidade.

Teoria esta que determina que o legislador constituinte através da reserva legal estabeleceu a determinados direitos fundamentais algumas ressalvas e que possibilita ao legislador infraconstitucional instituir limitações no desempenho desses direitos pelos cidadãos. Sendo assim, no caso de não haver reservas legais que estabeleçam limites ao direito, este terá a possibilidade de ser restringido quando um direito fundamental entra em conflito com outro, não havendo um direito fundamental ilimitado, sendo aplicado nessas hipóteses, o critério da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

proporcionalidade. Conforme explicação de Kildare Gonçalves Carvalho (2009, p.720): "[...] Vale lembrar que, para a efetivação do princípio da proporcionalidade, necessário que se promova um juízo de ponderação como forma de verificar se a medida restritiva é adequada à proteção do bem constitucionalmente garantido [...]", onde tal critério seria usado como solução de conflitos.

Neste sentido, a Teoria da Limitabilidade surgiu como um mecanismo de limitação, posto que, os direitos instituídos com as cartas magnas anteriores detinham um caráter absoluto e ilimitado, que facilmente eram deturpados pelo detentor do poder à época, com o advento desta teoria tais direitos eles possuem caráter absoluto, mas não são ilimitados, visto o juízo de proporcionalidade ao qual passam. Na obra, podemos ver movimento contrário, uma vez que os 7 mandamentos se mostram absolutos e ilimitados assim que foram criados, com o desenrolar dos acontecimentos e o autoritarismo de Napoleão, eles passaram a ser cada vez mais limitados, mas não em benefício dos animais, mas tão somente dos porcos. Desta forma os bichos que no início tiveram ideais esculpidos na liberdade, igualdade e fraternidade, onde eram livres e iguais em seu direito, ficaram apenas com as ordens determinadas pelo mandamento e sem os direitos que tanto lutaram.

3.CONCLUSÃO

Ao longo do nosso estudo depreendemos da leitura feita a obra a "Revolução dos Bichos" vários conceitos tais quais o poder constituinte originário, o poder reformador, as formas de governo democrática, especificamente a democracia social, o governo autoritário e a lei positiva partem de um conceito mais amplo sendo este o Constitucionalismo ou movimentos constitucionais modernos existentes e consagrados nas Constituições mundo afora, não fugindo dessa realidade o nosso direito brasileiro, a Constituição é a lei maior que rege um povo, que ao ser instituída traz consigo direitos fundamentais que devem ser respeitados ou seguidos por todos e possuem, em regra, caráter absoluto e ilimitado.

O direito brasileiro, entretanto, entende que os direitos fundamentais não devem ser tidos como absolutos, uma vez que encontram limitações nos demais direitos e interesses da coletividade, podendo ser relativizados quando estiverem em conflito com outros direitos fundamentais e a atual Constituição Federal de 1988 é consectário essa ideia e também sua precursora, por meio da Teoria da Limitabilidade, além dessa teoria a divisão do poder em três esferas – legislativo, executivo e judiciário – é um outro mecanismo que busca limitar os poderes advindos dos direitos fundamentais e das leis infraconstitucionais.

Ressaltamos que merece destaque a linguagem, a hermenêutica jurídica e o seu processo de interpretação as leis (todos fazem parte da argumentação jurídica)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tais elementos não se dissociam uns dos outros, visto que o uso arbitrário tal qual apresentado na obra leva a sociedade a uma total submissão pelo detentor do poder, de forma que a granja fica paralisada no tempo e, estagnada, não deixa apenas de evoluir, mas é como se regredisse ao seu estado anterior, fenômeno este que não se dissocia da realidade, pois em vários momentos da história mundial e da história brasileira o "líder" utiliza-se disto para prevalecer as suas vontades em detrimento das vontades coletivas.

Diante disso, percebemos que o movimento constitucional é algo presente na realidade do Estado Democrático ao qual vivemos, e ao longo do nosso estudo compreendemos seus diferentes desdobramentos, e trouxemos exemplos de uso desenfreado do poder o que nos leva a buscar mecanismos de salvaguarda dos direitos adquiridos neste processo a fim de evitar novas ditaduras.

Na obra foi constatado que a partir do discurso do porco Major, seguido com a canção Bichos da Inglaterra, a alteração dos sete mandamentos como princípios que conduziram para uma nova sociedade, bem com os discursos de Garganta, usado como meio principal para preservar e assegurar as relações de poder que foram resultados da linguagem e do seu discurso. Sem o seu discurso persuasivo e o poder desempenhado através dos acontecimentos, como a rebelião e a conquista de Napoleão pelo domínio e controle da Granja, haveria grande possibilidade de seus planos não serem concretizados.

Portanto, George Orwell, por meio de sua obra, nos mostra a vulnerabilidade a qual estamos sujeitos diante do poder embutido através da linguagem, mediante os discursos cheios de intencionalidades, de frases com o viés psicológico e que causaram aos animais grande impacto. Linguagem essa encontrada não apenas na sociedade atual, mas que ultrapassa diferentes épocas e que foram apresentadas nas diferentes mídias, não apenas através de palavras, mas ainda, através de imagens, que são algumas formas de oprimir, fazendo que em determinadas situações, assim como os animais, aceitem fatos sem contra argumentarem.

REFERÊNCIAS

BASTIÁT, Frédéric. **A lei: por que a esquerda não funciona? As bases do pensamento liberal**. Trad. Eduardo Levy. 01. Ed. Barueri, SP: Farol Editorial, 2016.

BOBBIO, Norberto, 1909- **Dicionário de política I**. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; Trad. Carmen C, Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 13ª ed. São Paulo, Paz e Terra, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional.** 15. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso das Mídias**. Trad. de Ângela S. M. Corrêa. São Paulo: Contexto, 2009.

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

DELEUZE, G.; GUATTARI, F. **Mil Platôs: Capitalismo e Esquizofrenia.** São Paulo: Ed. 34, 1995.

ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. **Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? (ou: porque é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do estado democrático de direito?).** 2008. 306 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 06 Ed. São Paulo: Atlas,2008.

JÚNIOR, Alfredo Boulos. **História sociedade & cidadania: 9 ° ano ensino fundamental: anos finais**. 4. ed. São Paulo: FTD, 2018.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 06 Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MONTESQUIEU, C.S. **O Espírito das Leis.** 3.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ORLANDI, E.P. **Interpretações**: autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico. Petrópolis: Vozes, 1996.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. Trad. de Heitor Aquino Ferreira. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo : Folha de S. Paulo, 2000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais**. Revista CEJ, p. 76-91, 1997.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel de Oliveira. **Argumentação jurídica**: técnicas de persuasão. 6ª ed. SP. Martins Fortes, 2015.

SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista** (1929). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NOTAS:

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail*: valeria2oliveira@gmail.com

[2]Orientadora, Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestra em Letras pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. *E-mail*: rrosapi@yahoo.com.br

[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI, em junho de 2020.

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PELA INSCRIÇÃO DO EXECUTADO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES.

LEONARDO TOSCANO DE BRITO:
Advogado da União. Consultor Jurídico da União no Estado do Acre.

Resumo: O presente artigo visa trazer luz à discussão acerca da competência para inscrição do devedor executado judicialmente, junto aos cadastros de inadimplentes, uma inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil[1]. Eis que, enorme divergência impera, especialmente no âmbito do primeiro grau judicial. Demonstraremos, no entanto, longe da pretensão de exaurir o tema, a posição das Cortes Superiores, e seus fundamentos, realizando ainda, uma brevíssima análise interpretativa acerca da legislação. Referido artigo nos levará à conclusão de que a legislação impõe ao Poder Judiciário tal competência. Vamos à leitura.

Palavras-chave: Direito Civil e Processual Civil. Execução. Competência pela inscrição de executados em processo judicial junto ao Cadastro de Inadimplentes (SPC/SERASA). Atribuição do Poder Judiciário.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2.Desenvolvimento. 2.1. Princípios norteadores da execução no Código de Processo Civil 2.2. A inscrição do devedor em cadastro de inadimplente. 2.3. Da atribuição quanto à inscrição 3. Da adequada interpretação sistemática do CPC 4. Conclusão. 5.Referências.

1.Introdução

Muito além do sincretismo introduzido no âmbito procedimental, ou seja, fazendo deixar de ser a execução um "processo novo", mas sim uma fase umbilicalmente ligada à satisfação do bem da vida a ser assegurado, o novo processo civil trouxe à luz diversos princípios, dentre eles o da cooperação, eticidade, boa-fé, entre outros.

2. Desenvolvimento

2.1. Princípios norteadores da execução no Código de Processo Civil

A execução civil se desenvolve com vista a dar concretude a direitos, sejam eles tipificados em títulos extrajudiciais ou judiciais.

Nesse sentido, o processo executivo deve se desenvolver com vista a satisfazer os interesses do exequente. Tal afirmação pode ser extraída do artigo 797 do CPC que "ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados".

Apesar do que sobredito, não podemos desconsiderar a regra constante do artigo 620 do Código de Processo Civil de 1973, e reproduzida no atual art. 805 do CPC, segundo a qual "quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso ao devedor".

Nesse diapasão, devemos estar sempre atentos a fim de compatibilizar os princípios acima elencados, seja o da execução em favor do credor, seja o da menor onerosidade do devedor.

2.2. A inscrição do devedor em cadastro de inadimplente.

O novo CPC traz em seu artigo 782, §3º, a previsibilidade de o credor, diante do inadimplemento do devedor, requerer ao juízo a inclusão nome do executado em cadastros de inadimplentes.

Revela-se, portanto, tal medida, como um instrumento posto à disposição do credor, a fim de produzir no devedor restrição que lhe demova do estado de inadimplência.

Assim, o pedido de inscrição em cadastro de inadimplente é direito do credor!

2.3. Da atribuição quanto à inscrição

Os cadastros de inadimplentes SPC e SERASA são administrados por empresas privadas. Estas, por sua vez, muito embora publicizem os dados, os fazem aos seus conveniados, geralmente empresas que atuam no comércio.

Objetivando levar a efeito a previsão legal que se materializa o direito do credor, foi firmado o Termo de Cooperação Técnica entre o CNJ e o Poder Judiciário (Nº 020/2014)[2].

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região foi entabulado o Termo de Adesão nº 01/2015 no qual se aderiu ao referido Termo de Cooperação Técnica do CNJ, disponibilizando, portanto, aos seus juízes, a possibilidade de inclusão direta dos devedores no SERASA, sem a necessidade de envio de expedientes físicos.

Apesar da adesão dos tribunais ao referido convênio, é comum, em razão de pedidos protocolados judicialmente para inscrição no SERASA, que juízes de primeiro grau e até mesmo algumas cortes federais o indefiram.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Muitos magistrados fundamentam a negativa aduzindo inexistir convênio, o que, como visto acima, em razão do termo assinado entre CNJ e o Poder Judiciário, não serve de alicerce à decisão. Confira-se:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERASAJUD. FALTA DE IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE MOMENTÂNEA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO. DESCABIMENTO. Em que pese a previsão da possibilidade de envio de ordens judiciais e acesso ao cadastro do SERASA por meio eletrônico, através da adesão dos Tribunais ao sistema SERASAJUD, consoante o Termo de Cooperação Técnica nº 020/2014 do CNJ, a ausência momentânea da implementação da medida por este Tribunal impede, por ora, a interação com o sistema. Não há previsão legal de expedição de ofício à SERASA, como medida autônoma, sem apoio no SERASAJUD. (TRF4, AG 5033115-16.2016.404.0000, TERCEIRA TURMA, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 13/10/2016)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SERASAJUD. FALTA DE IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE MOMENTÂNEA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE. Em que pese a previsão da possibilidade de envio de ordens judiciais e acesso ao cadastro do SERASA por meio eletrônico, através da adesão dos Tribunais ao sistema SERASAJUD, consoante o Termo de Cooperação Técnica nº 020/2014 do CNJ, a ausência momentânea da implementação da medida por este Tribunal impede, por ora, a interação com o sistema; . Relativamente ao pedido de expedição de ofício ao SERASA, o agravante não demonstrou a necessidade da providência judicial para a finalidade almejada. A medida em si não garante resultado prático e útil à solução definitiva da execução, uma vez que não assegura o pagamento do débito. As diligências na localização do devedor ou de bens para a garantia do processo são atribuições do credor, sendo inviável o acolhimento da pretensão de expedição de ofícios para tanto, por não se tratar de incumbência do Juízo da execução, a não ser na impossibilidade de o credor obter os documentos independentemente de ação do Poder Judiciário. Portanto, não havendo noticia de qualquer óbice a apuração das informações requisitadas diretamente pela parte, inexiste interesse que justifique a atuação do Judiciário. (TRF4, AG 5013407-77.2016.404.0000, QUARTA TURMA, Relator CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 08/07/2016)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O STJ já se pronunciou a respeito, afirmando que a inscrição deve ser efetivada pelo Judiciário:

> PROCESSUAL CIVIL. INCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. PLEITO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. I - O pedido de inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes, tais como SERASAJUD ou SERASA, nos termos do art.782, § 3º, do CPC/2015, não pode ser recusado pelo Poder Judiciário a pretexto de inexistência de convênio para negativação pela via eletrônica, tendo em vista a possibilidade de expedição de ofício para atendimento do pleito.II - Tal entendimento vai de encontro com o objetivo de promover a razoável duração do processo e a cooperação processual, além de impor medidas necessárias para a solução satisfativa do feito, conforme interpretação dos arts. 4º, 6º e 139, IV, todos do CPC/2015.III - Recurso especial provido. (REsp 1736217/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019)

Outro argumento comumente utilizado nas decisões judiciais é de que caberia ao exequente demonstrar que houve tentativa frustrada de inscrição pelo exequente. A título de exemplo, colacionamos excerto extraído do processo nº 0006126-61.2010.4.05.8400, junto à 4ª Vara Federal – RN, *in verbis*:

> **D E S P A C H O**
>
> Pleiteia a exequente a inscrição da parte executada no cadastro de inadimplentes, por meio do SERASAJUD, assim como pesquisa de ativos da demandada, via BacenJud - petição de id. n.º 4058400.5955336 .
>
> É o que importa relatar.
>
> A efetivação da medida pleiteada, por meio do SERASAJUD, através do Poder Judiciário, antes de qualquer tentativa de concretização pela exequente, não se mostra adequada, eis que pode ser adotada pelo próprio credor.
>
> Cabe ao Estado-Juiz, na função subsidiária, intervir somente nas hipóteses em que a realização do ato/diligência se mostrar impossível à parte exequente, o que, registre-se, não é o caso da inclusão do(a) devedor(a) nos registros do SERASA, que pode ser implementada diretamente pela própria parte exequente mediante simples solicitação da anotação da restrição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Por ser assim, indefiro o pedido de utilização do SERASAJUD, ressaltando que, caso tenha a parte exequente real interesse na providência, no espírito de cooperação que anima o novo CPC, fica desde já autorizada pelo Juízo e pela Lei a proceder à devida operacionalização do registro, nos termos de precedente do eg. Tribunal Regional Federal da 5.ª Região (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5.ª Região. Agravo de Instrumento n.º 145763. [Partes não informadas]. Rel. Des. Fed. Roberto Machado. 14de dezembro de 2017. *DJE* 19 jan. 2018, p. 171).

Ocorre que, recente precedente o STJ corrobora o entendimento de que é inexigível que o exequente busque adotar medidas administrativas de inscrição. A matéria foi objeto de análise pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.835.778, que revendo decisão do TJPR, decidiu que a inscrição no SPC não depende de negativa prévia no âmbito administrativo por parte do exequente, vejamos a ementa abaixo colacionada:

> RECURSO ESPECIAL Nº 1.835.778 - PR (2018/0264494-0)
>
> RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE.
>
> EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. QUESTÕES DEVIDAMENTE APRECIADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REQUERIMENTO DE INCLUSÃO DO NOME DO EXECUTADO EM CADASTROS DE INADIMPLENTES, NOS TERMOS DO ART. 782, § 3º, DO CPC/2015. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NORMA QUE DEVE SER INTERPRETADA DE FORMA A GARANTIR AMPLA EFICÁCIA À EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA. REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.1. A controvérsia posta no presente recurso especial consiste em saber, além da adequação da tutela jurisdicional prestada, se o requerimento de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, nos termos do que dispõe o art. 782, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015, depende da comprovação de prévia recusa administrativa das entidades mantenedoras do respectivo cadastro.2. Da leitura do acórdão recorrido, verifica-se que a Corte local apreciou expressamente a questão relacionada à norma do art. 139, inciso IV, do CPC/2015, não havendo que se falar em negativa de prestação jurisdicional.3. O ordenamento jurídico brasileiro deve tutelar não apenas o reconhecimento do direito postulado pela parte perante o Poder

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Judiciário, mas, também, a efetivação desse direito. Trata-se do princípio da efetividade, corolário do devido processo legal, o qual foi alçado pelo Código de Processo Civil de 2015 como norma fundamental, ao estabelecer em seus arts. 4º e 6º o direito à obtenção da atividade satisfativa.4. Nessa linha, foram implementados no novo CPC diversas medidas executivas visando garantir a efetividade da tutela jurisdicional prestada, permitindo-se ao Magistrado, ainda, a aplicação de medidas atípicas, a fim de coagir indiretamente o executado a satisfazer a obrigação, em conformidade com o teor do art. 139, inciso IV, do CPC/2015.5. Em relação às medidas executivas típicas, uma das novidades trazidas pelo novo diploma processual civil é a possibilidade de inclusão do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, a qual encontra previsão expressa no art. 782, § 3º, do CPC de 2015.6. Tal norma deve ser interpretada de forma a garantir maior amplitude possível à concretização da tutela executiva, em conformidade com o princípio da efetividade do processo, não se mostrando razoável que o Poder Judiciário imponha restrição ao implemento dessa medida, condicionando-a à prévia recusa administrativa das entidades mantenedoras do respectivo cadastro, em manifesto descompasso com o propósito defendido pelo CPC/2015, especialmente em casos como o presente, em que as tentativas de satisfação do crédito foram todas frustradas.7. Considerando que o único fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias foi a necessidade de requerimento administrativo prévio pelo exequente, não havendo, portanto, qualquer análise acerca das circunstâncias do caso concreto para se verificar a necessidade e a potencialidade de a negativação coagir o devedor à satisfação da obrigação, impõe-se o retorno dos autos para que o pedido seja novamente analisado.8. Recurso especial parcialmente provido. (grifo nosso)

Mister ressaltar, por oportuno, que o indeferimento da inscrição/negativação é mais frequente quando o exequente é a Fazenda Pública.

Tal prática, por sua vez, tem gerado grande número de recursos por parte da Fazenda, retardando ainda mais o processo executivo, e contribuindo para a redução dos índices de efetividade do Poder Judiciário.

Além disso, tais decisões não nos parecem em harmonia com o CPC conforme veremos adiante.

3. Da adequada interpretação sistemática do CPC

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como já pronunciava o ex-Ministro do STF Eros Grau[3], não é possível que a interpretação constitucional se dê em tiras. Tal ensinamento, válido também para legislação infraconstitucional, exige que o hermeneuta tome como premissa básica a existência de um sistema que deve ser harmonizado.

Na espécie, no que toca à responsabilidade pela inscrição do devedor em cadastro de inadimplentes, o CPC quando quis atribuir ao exequente a responsabilidade pela efetivação da medida, simplesmente oportunizou à parte que, por meio de certidão judicial (art. 517,§ 1º) ou da própria decisão (art.495, § 2º), comparecesse junto ao órgão cadastrador e levasse a restrição a efeito, vejamos a literalidade da lei:

> Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.
>
> § 1º Para efetivar o protesto, incumbe ao exequente apresentar certidão de teor da decisão.
>
> Art. 495. A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária.
>
> (...)
>
> § 2º A hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência.

Diferentemente acontece no caso do art. 782, § 3º, vez que a inscrição do SPC/SERASA é denominada pelo caput do dispositivo ato executivo. Ao denomina-lo desta forma, alei passou a exigir, além de requerimento da parte, a atividade jurisdicional, o que é operacionalizado por meio de oficial de justiça, senão vejamos:

> Art. 782. Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá.
>
> § 1º O oficial de justiça poderá cumprir os atos executivos determinados pelo juiz também nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 2º Sempre que, para efetivar a execução, for necessário o emprego de força policial, o juiz a requisitará.
>
> § 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.

O vocábulo "poderá" não resguarda uma faculdade do juízo quanto à efetivação da inscrição, mas sim, uma análise jurídica quanto ao preenchimento dos requisitos legais e seu deferimento.

Nessa toada, uma vez deferida a inscrição, nos parece de clareza solar que a efetivação da medida ocorrerá por oficial de justiça, ou outro meio mais ágil posto à disposição do Poder Judiciário.

Saliente-se que essa funcionalidade é, inclusive, festejada pelo Poder Judiciário como sinônimo de maior agilidade procedimental, de sorte que, não nos parece legítimo, simplesmente pelo fato da parte exequente ser o Poder Público, ser feita distinção que a lei não o fez.

Tal posicionamento encontra respaldo em recente decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 0043756-98.2014.4.01.0000, interposto pela União, no sentido de que "em 2018, o sistema da Serasa Experian foi liberado para utilização pela Justiça Federal, a fim de registrar o nome do executado no mencionado cadastro de inadimplente", razão pela qual foi dado provimento ao recurso "para determinar a inclusão do nome da executada no SERASAJUD".

4. Conclusão

Nessa toada, apesar da resistência de alguns poucos juízes de primeiro grau, temos que, de acordo com a devida e escorreita interpretação da legislação, é atribuição do Poder Judiciário, e não da exequente, uma vez deferida a inscrição no cadastro de inadimplentes, a efetivação da medida, posição essa alicerçada também na Jurisprudência nacional.

5. Referências

Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 02/01/2020.

ASSIS, Araken. **Execução Forçada e Efetividade do Processo**. Disponível para acesso em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_b

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

iblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_01_07.pdf. Acesso em 04.02.2020.

Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 13/01/2020.

MARINONI, Luiz Guilherme e **MITIDIERO**, Daniel. **Código de processo civil**: comentado artigo por artigo. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 239.

NOTAS:

[1] Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 02/01/2020.

[2] **Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 13/01/2020.

[3] **MARINONI**, Luiz Guilherme e **MITIDIERO**, Daniel. **Código de processo civil**: comentado artigo por artigo. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 239.

NOTAS:

[1] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

[2] https://www.cnj.jus.br/transparencia-cnj/acordos-de-cooperacao-tecnica/termo-de-cooperacao-tecnica-n-0202014/

[3] https://www.conjur.com.br/2006-mar-23/leia_integra_voto_ministro_eros_grau

www.conteudojuridico.com.br

O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

LEONARDO RIBEIRO DA SILVA: Bacharel em Direito, Universidade Católica de Brasília - UCB, Especialista em Direito Administrativo, LFG/Anhaguera. Advogado.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o fenômeno da pejotização no âmbito trabalhista e suas implicações nas relações de emprego. Abrangem ainda, os princípios trabalhistas mais relevantes no combate á prática da pejotização, as vantagens e desvantagens, a diferença entre pejotização e terceirização. Por fim, importante salientar que após analisadas as características inerentes a pejotização, não obstante, toda a divergência que cerca o tema, observa-se que a pejotização continua sendo considerada uma fraude às relações de emprego mesmo diante das significativas mudanças na legislação laboral.

Palavras chave: Pejotização. Pessoa jurídica Fraude às relações de emprego.

Sumário: 1. Introdução. 2. Contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços. 3. Princípios trabalhistas 4. Pejotização. 4.1 Vantagens e desvantagens da Pejotização 4.2. Pejotização e terceirização. 5. Conclusão

1. Introdução

No mundo moderno, o modelo de contratação tradicional e protecionista do direito do trabalho mostrou-se inadequado diante da constante evolução da economia e de novos modelos empresariais, bem como, deixou de atender às necessidades das relações de emprego.

Diante dessas constantes transformações sociais e econômicas, a flexibilização das normas trabalhistas surgiu para atender a necessidade de se pensar novas formas de contratação e também como um mecanismo para manter a saúde financeira e competitividade das empresas.

No entanto, a flexibilização das normas trabalhistas que gerou novos modelos de vínculos laborais e novas categorias de empregados, teve como consequência a diminuição da proteção dos direitos laborais, ou seja, a flexibilização precarizou as relações trabalhistas fragilizando a proteção laboral conferida ao trabalhador.

A matéria a ser tratada neste artigo versa sobre um desses novos modelos de contratação cuja prática é muito comum em diversos meios laborais: a pejotização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A pejotização é um modelo de contratação que surgiu no cenário laboral na década de 90 e ganhou espaço graças à flexibilização das normas trabalhistas e a consequente precarização das relações de emprego. É um modelo de contratação que tem sido considerado majoritariamente fraudulento pela doutrina e jurisprudência trabalhista.

O objetivo desse artigo é avaliar o que está envolvido no conceito e características da pejotização e qual o alcance desse modelo de contratação nas relações de emprego e suas consequências.

O artigo visa esclarecer que a pejotização é uma modalidade de contratação que burla a legislação trabalhista, e que não deve ser confundida com a terceirização licita e nem com o trabalho autônomo, além disso, a pejotização não foi amparada legalmente pela Reforma trabalhista.

2. Contrato de trabalho e Contrato de prestação de serviços

Segundo o art. 442 da CLT, o contrato de trabalho é o acordo tácito ou expresso que formaliza a relação de emprego. Existem várias teorias que buscam explicar a natureza jurídica do contrato de trabalho, dentre essas teorias, duas se mostram mais relevantes: a teoria anticontratualista e a teoria contratualista.

Segundo a teoria anticontratualista, a relação de emprego se concretiza no momento da inserção do empregado na empresa. Esse entendimento é corroborado por Sérgio Pinto Martins que ensina que: "Para a teoria anticontratualista, o trabalhador incorpora-se à comunidade de trabalho visando cumprir os objetivos almejados pela produção nacional, sem existir autonomia de vontade na discussão das cláusulas contratuais" (MARTINS, 2001, p.94).

Já a teoria contratualista, adotada majoritariamente pela doutrina trabalhista, assevera que contrato de trabalho é um pacto de vontade entre empregador e empregado que resulta na relação de emprego. "Com efeito, o elemento volitivo é essencial para a formação da relação empregatícia, o que demonstra a existência de um contrato, expressão máxima da liberdade de constituir obrigações mútuas, para as partes pactuantes" (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p.37).

O contrato de trabalho é definido como bilateral, oneroso, comutativo, consensual, pessoal, de execução continuada, subordinativo e para alguns é também definido como um contrato de adesão.

Importante salientar a definição de empregado e empregador respectivamente prevista nos artigos 2º e 3º da CLT. Vejamos os dispositivos legais:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.
>
> Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste a mediante salário.

A leitura dos dispositivos supracitados permite destacar cinco características essenciais do contrato de trabalho, quais sejam: a pessoalidade, habitualidade, onerosidade, subordinação e alteridade.

A pessoalidade define que o contrato de trabalho é personalíssimo e só pode ser prestado pessoalmente pelo empregado (pessoa física).

Para José Cairo Jr (JUNIOR, 2006, p.156): "O contrato de trabalho é celebrado *intuitu personae* em relação à pessoa do empregado. É um contrato personalíssimo e, por conta disso além de não se admitir que o empregado seja pessoa jurídica, a prestação de serviço deverá ser executada pessoalmente, vedada a substituição por outra pessoa".

A habitualidade significa que o contrato de trabalho é de prestação sucessiva, contínua e não eventual, ou seja, não se esgota em uma única prestação.

A onerosidade determina que o trabalho prestado não seja gratuito devendo existir uma contraprestação pecuniária pelo serviço executado.

A característica da subordinação expressa que a atividade do empregado é permanentemente dirigida pelo empregador, ou seja, o empregado não tem autonomia na execução do serviço prestado.

E por fim, a alteridade é a característica que determina que os riscos da atividade empresarial não possam ser imputados ao empregado. Para Sergio Pinto Martins (MARTINS, 2001, p.96): "O empregado presta serviços por conta alheia (alteridade). Alteridade vem de *alteritas,* de *alter,* outro. É um trabalho sem assunção de qualquer risco pelo trabalhador. O empregado pode participar dos lucros da empresa, mas não dos prejuízos. Quando está prestando um serviço para si ou por conta própria, não será empregado, podendo ocorrer apenas a realização de um trabalho, ou a configuração do trabalho autônomo. É requisito do contrato do trabalho o empregado prestar serviços por conta alheia e não por conta própria".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É por fim, salientamos que, o contrato de trabalho só tem validade jurídica quando estão presentes todos os seus requisitos ou características.

Também é importante tecer algumas considerações sobre o contrato de prestação de serviços. Esse contrato tem sua previsão legal no art. 594 do Código Civil e prescreve que "toda espécie de serviço ou trabalho licito, material ou imaterial, pode ser contratado por meio de retribuição".

No contrato de prestação de serviços o objeto é o serviço autônomo e não o serviço subordinado, ou seja, o profissional prestador de serviços tem autonomia para decidir qual seja a melhor forma de execução do serviço contratado. Ressalte-se que mesmo que haja algumas diretrizes estabelecidas pelo contratante (tomador de serviços) sobre o trabalho pactuado não retira a autonomia do prestador de serviços.

Esse tipo de contrato também pode ser firmado entre duas pessoas jurídicas o que pressupõe igualdade entre as partes inexistindo o elemento da subordinação que é imprescindível no contrato de trabalho.

A importância de diferenciar o contrato de trabalho do contrato de prestação de serviço é relevante, porque a legislação laboral só tutela os integrantes de uma relação de emprego formalizada por meio de um contrato de trabalho. Além disso, para o direito do trabalho o empregado, necessariamente, só pode ser uma pessoa física e nunca uma pessoa jurídica.

Essa diferenciação também é importante, pois, no caso da pejotização o contrato civil de prestação de serviços é utilizado para substituir o contrato de trabalho fraudulentamente.

3. Princípios trabalhistas

Alguns princípios trabalhistas têm sido utilizados pelo judiciário trabalhista no intuito de expor as relações de emprego mascaradas pela pejotização.

Dentre esses princípios trabalhistas vamos destacar dois que entendemos serem os principais e mais relevantes: o princípio da primazia da realidade e o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

O princípio da primazia da realidade determina que a realidade dos fatos seja mais importante do que os contratos ou ajustes celebrados pelas partes, algumas de forma fraudulenta ou abusiva, ou seja, no âmbito trabalhista o que importa mais os fatos concretos do que está consubstanciado nos documentos, contratos ou ajustes formalizados entre as partes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Mauricio Godinho Delgado (DELGADO, 2015, p 211): [...] O princípio do contrato realidade autoriza, assim, por exemplo, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviços, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fáticos jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação)".

A justiça laboral entende que o contrato de trabalho é um contrato realidade, ou seja, os fatos devem ser considerados da forma como aconteceram e não somente como estão previstos no contrato firmado entre as partes, é importante considerar que o empregado permanece sendo a parte hipossuficiente da relação de emprego e por isso mesmo, muitas vezes se vê forçado a aceitar condições extremamente desfavoráveis em prol da manutenção do emprego.

Assim, a aplicação desse princípio nas demandas trabalhistas permite que o magistrado busque a verdade real dos fatos seja de forma direta, confrontando documentos e realidade dos fatos, ou ainda de forma indireta, aplicando-o em conjunto com outros dispositivos legais, buscando a solução mais adequada e justa para a resolução do caso concreto.

Nesse sentido, vejamos jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região:

> Vínculo Empregatício. Pejotização. Uma vez caracterizados os requisitos relativamente à pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade, tudo configura o contrato de trabalho, tal como definido nos arts. 2º e 3º da CLT, atuando o trabalhador no desempenho de atividades relacionadas ao objeto finalístico da Empregadora, em homenagem ao princípio da primazia da realidade, não há o que se falar em existência de contrato civil celebrado entre as partes, mas de efetiva relação empregatícia. (Processo: 01069-2010-008-10-007 RO. Relatora Desembargadora Flavia Simões Falcão. Publicado no DEJT de 17/11/2015).

Já o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas prevê a impossibilidade do trabalhador dispor de seus direitos trabalhistas sempre que essa renúncia resultar em prejuízo para o mesmo.

A CLT em seu art. 9º define bem esse princípio ao determinar que "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas". O mesmo diploma, em seu art. 468

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

preceitua que, a alteração das condições de trabalho só pode ser feitas com a anuência do empregado, desde que não lhe acarrete prejuízos, sob pena de nulidade.

Assim, quando no caso concreto é configurada uma relação de emprego fraudulenta, a aplicação desse princípio serve como embasamento para que todos os direitos trabalhistas suprimidos em decorrência de uma relação empregatícia fraudulenta sejam restaurados, ou seja, ele "devolve" a proteção legalmente conferida ao trabalhador.

4. Pejotização

O fenômeno da pejotização surgiu sob a égide do empreendedorismo, do trabalho autônomo, da flexibilização das relações de emprego e da consequente precarização das normas trabalhistas.

É considerada uma prática muito comum nas relações de emprego e pode ser observada em diversos segmentos empresariais.

A pejotização pode ser definida como a modalidade de contratação ou recontratação na qual o empregado (pessoa física) é obrigado a constituir uma pessoa jurídica (PJ) para a prestação de serviços ao empregador como condição indispensável para a manutenção do emprego. Após a contratação ou recontratação como pessoa jurídica (PJ) o empregado passa a emitir notas fiscais para o empregador (contratante) isentando-o de diversos direitos e encargos trabalhistas tais como férias, horas extras, 13º salário e também das contribuições previdenciárias e depósitos do FGTS.

No entendimento de Simone Costa e Felipe Ternus (COSTA, TERNUS, 2012. p.201):

> Em decorrência da busca de maior produtividade e lucro por parte das empresas é que surge o fenômeno da pejotização. Atualmente pode ser considerada uma nova modalidade fraudulenta ao sistema jurídico trabalhista brasileiro. Consiste basicamente, em uma contratação, realizada através de contrato de prestação de serviços, de determinada pessoa jurídica, empresa devidamente constituída, para a prestação de algum serviço específico.
>
> Normalmente esta contratação ocorre para burlar uma relação de emprego, em que a empresa contratante deveria assumir as expensas e encargos trabalhistas a seu funcionário, em sendo assim, a não contratação direta,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> não o faz responsabilizar-se por despesas decorrentes da relação de trabalho como férias, décimo terceiro salário, entre outras contribuições.

A legislação trabalhista considera a pejotização uma fraude, pois, descaracteriza o vínculo empregatício formal e mascara a verdadeira relação de emprego existente entre as partes, já que favorece o empregador que tem considerável redução nos encargos trabalhistas, sociais e fiscais, além de potencializar seus lucros, e por outro lado, suprime importantes e essenciais, direitos trabalhistas.

É relevante observar que, a prestação de serviços efetuada por uma pessoa jurídica ou um profissional autônomo é sempre feita de forma independente e sem subordinação jurídica à empresa contratante, ora tomadora do serviço. Isso porque a pessoa Jurídica ou o profissional autônomo tem legalmente assegurado liberdade e autonomia para prestar o serviço da forma que lhe for mais conveniente e desde que cumpra o que foi estipulado no contrato entre as partes e nesse caso, não se observa nenhuma ilegalidade.

No entanto, na pejotização a Pessoa Jurídica constituída para a prestação de serviços ao empregador (contratante) continua mantendo todas as obrigações formais de um empregado contratado sob as regras previstas na CLT, ou seja, permanecem as características de pessoalidade, habitualidade, onerosidade, subordinação e alteridade.

Ademais, na pejotização é fácil observar a relação de emprego fraudulenta, pois, a empresa constituída pelo empregado, em geral, não tem sede própria, não presta serviços para outras empresas, o tempo de constituição da empresa é mínimo e é evidente a subordinação jurídica ao empregador/ contratante.

Normalmente a pejotização tem maior incidência entre os trabalhadores que prestam serviços intelectuais (médicos, advogados, jornalistas, profissionais de TI, a classe artística etc.), mas também ocorre no meio esportivo e em outras categorias profissionais com menor incidência.

Essa incidência maior em relação aos serviços intelectuais se justifica pela previsão do art. 129, da Lei nº 11.906/2005, que assevera que:

> Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

De fato, os que defendem a pejotização como uma prática legal acreditam que, trabalhadores que prestam serviços essencialmente intelectuais, não estariam sendo lesados em seus direitos trabalhistas porque, nesse caso particular, eles não seriam vistos como parte hipossuficiente da relação de emprego uma vez que possuem conhecimento e liberdade para definir qual relação contratual que lhes seria mais vantajosa.

No entanto, é preciso ressaltar que a considerável autonomia que o trabalho intelectual concede ao empregado não pode e nem deve ser entendida como uma renúncia aos direitos e proteção previstos na legislação trabalhista, uma vez constatado que houve o intuito de mascarar a relação de emprego e lesar o empregado, independente da categoria profissional atingida, toda fraude deve ser combatida com rigor.

Como já dissemos anteriormente, a CLT em seu art. 9º prescreve que "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas".

É evidente que nem toda contratação de uma pessoa jurídica é fraudulenta e ilegal, desde que o contrato de prestação de serviços atenda a todos os dispositivos legais e não estejam presentes os requisitos essenciais que configuram uma relação de emprego, a contratação de uma pessoa jurídica não encontra nenhum obstáculo legal.

Consideramos que a pejotização, por ser uma fraude trabalhista, tem como principal consequência a precarização das relações do trabalho impondo ao empregado/PJ a supressão dos direitos e garantias trabalhistas, e por outro lado, dando ao empregador -/contratante a possibilidade de aumentar seus lucros burlando a lei e os cofres públicos também, pois deixa de recolher as contribuições previdenciárias, sociais e fiscais.

4.1. Vantagens e Desvantagens da Pejotização

Para o empregador (empresa contratante) a pejotização traz várias vantagens dentre elas, destacam-se a redução de custos na folha de pagamento, pois com a contratação de um empregado PJ o empregador se livra dos encargos trabalhistas (férias, horas extras, 13º salario etc.), além das contribuições previdenciárias, fiscais e depósitos do FGTS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Além disso, o empregador/contratante também reduz custos com a contratação em si, pois o empregado PJ não precisa realizar exames admissionais, não necessita de exames médicos periódicos etc., e a burocracia é bem menor, e na ocasião do término do contrato não há verbas rescisórias a serem pagas.

A maior desvantagem para o empregador/contratante seria o risco de sofrer uma ação judicial após o encerramento do contrato para reconhecimento do vínculo empregatício e a condenação ao pagamento de todas as verbas trabalhistas devidas ao empregado, bem como, os depósitos do FGTS, multas, e recolhimentos previdenciários e fiscais acrescidos de juros e correção monetária. Ademais, em alguns casos pode haver a condenação em danos morais, e ainda deve-se considerar o pagamento de honorários advocatícios.

Já as vantagens para o empregado /PJ seria principalmente, a remuneração superior àquela auferida nas relações de emprego regidas pela CLT, além disso, supostamente o empregado teria maior autonomia de tempo o que permitiria a prestação de serviços para outras empresas possibilitando o aumento de renda, além disso, outra vantagem seria a redução na alíquota do imposto de renda.

As desvantagens do empregado/PJ são muitas e podemos citar a obrigatoriedade de arcar com os custos para constituir e manter uma pessoa jurídica, contratação de contador, emissão de notas fiscais etc.

Mas a maior desvantagem, com certeza é a perda dos direitos trabalhistas e da proteção assegurada na legislação laboral.

4.2. Pejotização e Terceirização

Outro ponto importante a se esclarecer é que a pejotização e a terceirização não são iguais, pelo contrário, suas características são distintas e não se confundem.

No entendimento Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (PAULO, ALEXANDRINO, 2010, p.77):

> A terceirização no sentido estrito, ou prestação de serviços, tem sido largamente utilizada no Brasil, seja como técnica de especialização das atividades, seja para propiciar uma melhor gestão dos negócios da empresa, por meio do incremento da produtividade e da redução de custos na contratação de pessoal. Na terceirização, a empresa, sem executar determinados serviços com seus próprios empregados, contrata os serviços de outra

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> empresa, para que esta os realize com o seu pessoal, sob sua responsabilidade (da empresa contratada).

Nota-se que na terceirização existe uma relação trilateral que compreende a empresa tomadora de serviços (contratante), a empresa prestadora de serviços (contratada), e o empregado que efetivamente executa o serviço. Ressalte-se também que na terceirização a relação de emprego se dá entre a empresa prestadora de serviço e o empregado.

Sobre a trilateridade presente na terceirização, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (GARCIA, 2015, p.209) entende que:

> Entre o empregado e o empregador (que é uma empresa prestadora de serviços) verifica-se a relação de emprego, ou seja, o contrato de trabalho (art. 422, caput, da CLT).
>
> O vínculo entre o tomador (quem terceirizou alguma de suas atividades) e a empresa prestadora decorre de outro contrato, de natureza civil ou comercial, cujo objetivo é a prestação do serviço empresarial.

Antes do advento da Lei nº 13.429/2017 (reforma trabalhista) só era possível terceirizar as atividades-meio das empresas e nesses casos, a terceirização era considerada lícita, mas quando a terceirização era direcionada para as atividades-fim das empresas configura-se a terceirização ilícita.

Esclarecemos que atividade-meio é aquela importante para o desempenho e bom funcionamento da empresa, já atividade-fim é aquela que determina o núcleo definidor da principal atividade desenvolvida pela empresa.

No entanto, a Lei nº 13.429/2017 (reforma trabalhista) alterou a Lei nº 6.019/74 essa alteração tornou possível a terceirização da atividade-fim das empresas tomadoras de serviço, desde que sejam observados os requisitos legais.

Assim, o texto legal normatizou a prática da terceirização possibilitando maior liberdade na contratação de serviços terceirizados e regras mais claras e específicas, além da possibilidade de se terceirizar as atividades-fim das empresas.

No entanto, as alterações instituídas pela Lei nº 13.429/17 na legislação trabalhista não legalizou a prática da pejotização. Logo, se for provado judicialmente que o empregado contratado como PJ, na verdade, exerce suas atividades com as mesmas características de um empregado celetista, em especial a subordinação, configura-se a fraude e há o reconhecimento do vínculo empregatício pela justiça

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

laboral, condenando-se o empregador (empresa contratante) ao pagamento de todas as verbas trabalhistas, depósitos do FGTS e recolhimentos previdenciários.

Nesse sentido, vejamos jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região:

> Vínculo de emprego. Pejotização. A celebração de contrato de prestação de serviços através do fenômeno da "pejotização" com o intuito de configurar um suposto trabalho autônomo, somente evidenciou a tentativa da reclamada de mascarar típica relação empregatícia, não restando outra alternativa a não ser declarar incidentalmente a nulidade do contrato de prestação de serviços estabelecido entre a reclamada e a pessoa jurídica da qual a reclamante é sócia, com fulcro no art. 9º da CLT, reconhecendo-se a existência do vínculo de emprego entre as partes, na forma do art. 2º e 3º da Consolidação. Recurso da reclamada desprovido. (TRT1-RO: 01002090720150111173RJ, Relator José Luís Campos Xavier. Data do julgamento: 02/10/2019, sétima turma. Data de publicação: 11/10/2019.).

Dessa forma fica claro que, a pejotização e a terceirização não se confundem: a primeira configura uma fraude trabalhista se comprovado entre o empregado (pessoa jurídica) e a empresa contratante o vínculo empregatício; já a segunda é uma forma de contratação licita entre uma empresa prestadora de serviços e uma empresa tomadora de serviços, lembrando que todos os empregados terceirizados têm seus direitos trabalhistas assegurados conforme previsto na CLT.

5. Conclusão

Neste artigo, buscamos esclarecer alguns pontos controvertidos sobre a prática da pejotização, suas características, sua incidência nos serviços intelectuais, e as diferenças entre a pejotização e a terceirização. O enfoque é demonstrar que, mesmo com as mudanças da legislação laboral, a pejotização não foi normatizada.

As características da pejotização demonstram que a constituição de uma pessoa jurídica pelo empregado tem o intuito de mascarar a relação empregatícia, uma vez que estão presentes todos os requisitos que caracterizam o contrato de trabalho regido pela CLT.

Foi demonstrado que a pejotização não se confunde com a terceirização, uma vez que na pejotização o empregado constitui uma pessoa jurídica, mas mantêm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

todos os requisitos de uma relação empregatícia, em especial, a subordinação o que configura a fraude trabalhista.

Assim, a prática da pejotização permanece sendo entendida pela doutrina e pela jurisprudência trabalhista como uma fraude, e uma vez provado que inexiste uma relação de prestação de serviços, mas sim, uma relação de emprego o Judiciário Trabalhista tem desconstituído a pejotização, reconhecido o vínculo laboral e condenado o empregador/contratante ao pagamento de todos os direitos assegurados na legislação trabalhista ao empregado e em alguns casos, também incide a condenação em danos morais.

Referências

BELMONTE, Alexandre Agra. **Pejotização, intermediação de venda de seguros, participação em blogs de consultas e opiniões e contratos de figuração avulsa – algumas reflexões.** Suplemento Trabalhista nº066/07, p. 22-26. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. VADE MECUM. **CLT- Consolidação das leis do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL**. Código civil.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.

BRASIL. **Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005**. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Recurso Ordinário. Processo 01002090720175010073 RJ.** Relator José Luís Campos Xavier. Data do julgamento: 02/10/2019, Sétima turma. Data de publicação: 11/10/2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **Recurso Ordinário. Processo n.01069-2010-008-10-007.** Relatora Desembargadora Flávia Simões Falcão. Publicado no DEJT de 17/11/2015.

COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. **A pejotização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no direito do trabalho**. Simpósio Internacional de Direito: Dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais-DESCONTINUADO, v. 2, n. 2, p. 193-

216, 2012. Disponível em: <http:// editora.unoesc.edu.br/index.php/.../article/download/2285/1308>. Acesso em: 07 abr.2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso do direito de trabalho**. 14. ed., São Paulo: LTr, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa**. Manual de Direito do Trabalho**, 8ª edição. São Paulo: Método, 2015.

JÚNIOR, José Cairo. . **Direito do trabalho**. Vol.1. 1 ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 14. ed. rev. ampl., atualizada até maio/2001. São Paulo, Atlas, 2001.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO PENAL EM TEMPO DE PANDEMIA

MARCO TULIO RODRIGUES LOPES: Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (2010). Atualmente é Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Maranhão. Ex-Defensor Público. Ex-Analista Judiciário. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal. Pós-graduado em Ciências Penais. Pós-Graduado em Direito Tributário.

Como se sabe, de acordo com a OMS o mundo é acometido pela pandemia da doença alcunhada de COVID-19 causada pelo *coronavírus / Sars-Cov-2*. Malgrado não seja regra absoluta, febre, tosse e dificuldade de respirar, são os sintomas característicos. *Epidemia* ocorre quando uma doença de caráter transitório ataca simultaneamente grande número de indivíduos em determinada localidade. Já a *pandemia* acontece nas hipóteses em que essa epidemia atinge grande escala, geralmente em caráter continental. Segundo o Ministério da Saúde, o primeiro mês da circulação do *coronavírus Sars-Cov-2* no Brasil deixou 77 mortes e 2.915 casos confirmados. Uma disseminação dessa magnitude, gera reflexos múltiplos em todos as searas sociais, inclusive no direito. Em nosso país, várias são as implicações jurídicas da pandemia. Relações trabalhistas sofrem impacto, relações de consumo igualmente. No direito econômico e no direito legislativo [*criação de leis – Câmara de Deputados já tem quase 100 projetos para minimizar impacto de pandemia*] há também sensíveis efeitos colaterais. O Ministério da Saúde, a fim de operacionalizar as disposições legais, editou regulamentação específica na Portaria 356/2020.

No campo do direito penal, crimes que têm pouca ocorrência no cotidiano em tempos de normalidade, passaram a ter maior visibilidade, a exemplo:

1) crime de desobediência (art. 330, CP);

2) crime de infração de medida sanitária preventiva (art. 268, CP);

3) crime de epidemia (art. 267, CP);

4) crime de perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132, CP);

5) crime de perigo de contágio de moléstia grave (art. 131, CP);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 6) crime de usura pecuniária ou real, assim se considerando, por exemplo, a conduta de obter ou estipular, abusando da premente necessidade, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida (Lei nº 1.521/5, art. 4º, "b").

Eventual punição varia e deve ser fixada de acordo com conduta do sujeito que transgrediu as determinações público-sanitárias. A resposta criminal será dada à luz do caso concreto. Fundamental, de logo, estabelecer que a função do direito penal **é proteger determinados bens tidos como imprescindíveis para a vida em sociedade** – como é o caso da saúde, em especial a saúde pública. Desta forma, o direito penal tem a incumbência de cuidar/proteger [*seja prevenindo, seja punindo*] daqueles direitos considerados mais importantes, permitindo aos indivíduos conviver conjunta e harmonicamente. Ilustrando, os crimes de homicídio e lesão corporal têm como função proteger a **vida** e integridade física das pessoas.

O art. 267/CP aduz que, causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos, constitui crime com **pena altíssima** de 10 a 15 anos [*pena mínima maior que a vista em outros crimes, como **roubo, furto, extorsão, etc***]. Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro. Oportuno informar que, mesmo que o sujeito pratique a conduta apenas culposamente *[isto é, sem a intenção deliberada de fazê-la ou alcançar um resultado específico previamente desejado*], continuará havendo crime – atraindo, nesse caso, uma pena menor de 1 a 2 anos.

Por seu turno, o art. 268/CP pune com pena de 1 mês a 1 ano, acrescido de multa criminal, aquele que infringir determinação do poder público destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa [*por exemplo, determinação de fechar determinados estabelecimentos comerciais, não frequentar alguns lugares ou abster-se de praticar certas condutas*]. Em termos gerais, é uma espécie de desobediência a ordens legais do poder público.

Recentemente, a **mídia** veiculou que em SP *"duas pessoas foram detidas por usar caminhão de som para pedir que população volte às ruas"*. Nessa situação, entendeu o Delegado de Polícia, que os sujeitos devem ser indiciados justamente por esse delito previsto no art. 268/CP[1].

Rememore-se **que**, **quanto ao médico**, existe crime específico [art. 269/CP], cuidando das ocasiões onde ele deixa de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória – como é o caso da COVID-19.

Temos também previsão legal para as seguintes condutas: a) **Fabricar álcool gel falsificado ou adulterado** - Art. 273/CP [*Falsificação, corrupção,*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais] b) **Subtrair máscaras, álcool gel, remédios e outros materiais de hospitais ou equipamentos de saúde** - Art. 257/CP [*Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento*].

Saliente-se, embora agora não seja prioridade de modo algum a prisão desenfreada de pessoas [notadamente aquelas que sequer tem condições para suprir necessidades humanas básicas], a atuação do direito penal, além de representar significativo **efeito simbólico**, é um **instrumento suplementar** no combate a comportamentos que, nesse momento, possam ser lesivos à saúde de todos. A prevalência é da conscientização em primeiro lugar, reforçando o senso de cidadania e solidariedade voluntária de todos. Segundo pensadores como Beccari, Feuerbach, Durkheim e Jackbs, o direito penal é ferramenta capaz, aliada a outros meios, claro, de criar áureas de **prevenção geral**, **visando desestimular pessoas a agirem de maneira desacertada**. Em outras palavras, na esteira do que sustentam esses autores, cumulada à efetiva punição dos infratores *[que, quando necessário,também deve ser levada a efeito de modo intransigível e exemplar]*, tem-se um mecanismo de atuação quase que pedagógico, objetivando ensinar uma construção da consciência de observância irrestrita de normas sanitárias socialmente impostas e, ao mesmo tempo, criar um espectro de intimidação naqueles que porventura estiverem com a intenção desse descumprimento, reforçando o respeito à validade e aplicação da norma. Aqui, essencial o reforço das políticas estatais de fiscalização difusa, como é o caso do policiamento ostensivo, permitindo que sejam identificados os cidadãos descumpridores. Logo, havendo constatação desses descumprimentos e necessidade diante do caso concreto, é possível prisão em flagrante, a polícia procederá a condução do indivíduo à delegacia, a denúncia será oferecida pelo Ministério Público, inaugurando-se o processo criminal para, ao final, haver possibilidade de aplicação da pena.

Registre-se, **ademais**, o artigo 41 da Lei de Contravenções Penais prevê que: ***provocar alarma**, anunciando desastre ou perigo inexistente, ou praticar qualquer ato capaz de produzir pânico ou tumulto: Pena: prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.* Notícia: *Uma advogada, digital influencer e apresentadora de TV com mais de 80 mil seguidores foi denunciada pelo MP/PR. O motivo? Ela afirma ter tossido na maçaneta das vizinhas para elas "largarem mão de ser idiotas". https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/C6C76D3E493307_mp-pr-representacao.pdf).* Incidência desse art. 41 da LCP.

Gestores **públicos** [**Prefeitos**, por exemplo] também podem ser punidos. Ilustrativamente, se o Prefeito Municipal contrariar as medidas para enfrentamento da emergência em saúde pública estabelecidas na Lei Federal 13.979/2020, poderá

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sofrer as agruras do art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/61 [*negar execução a lei federal*], que trata dos chamados **crimes de responsabilidad**e.

No campo **do** direito do **consumidor**, interessante informar **elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços é conduta abusiva**, possibilitando a penalização administrativa [como multa, suspensão de fornecimento de produtos, suspensão temporária de atividade, cassação de licença do . estabelecimento, interdição, total ou parcial, do estabelecimento, etc]. No mesmo diapasão, a Lei nº 1.521/5, art. 4º, "b" [**crimes contra a economia popular**] define como crime punível com detenção de 6 meses a 2 anos a usura pecuniária ou real, assim se considerada, por exemplo, a conduta de obter ou estipular, abusando da premente necessidade, **lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo**.

De mais a mais, cumpre esclarecer que as penas aqui tratadas podem ser aplicadas cumulativamente com eventuais **multas** administrativas estatais e indenizações de caráter civil [reparação de danos] em eventos, por exemplo, de desobediência à quarentenas, proibição de circulação de pessoas, etc – como ocorre na Itália atualmente.

Diante do **exposto**, pode-se concluir que as infrações envolvendo o COVID-19 podem ser assim resumidas:

Infração ao dever de fechamento de atividades não essenciais ou não autorizadas pelo poder público.	**Art. 268 do Código Penal -** Infração de medida sanitária preventiva;
Infração à determinação de isolamento ou quarentena.	**Art. 268 do Código Penal -** Infração de medida sanitária preventiva;
Agente que, após receber determinação de realização compulsória, deixar de realizar exame médico, testes laboratoriais ou coleta de amostras clínicas.	**Art. 268 do Código Penal** - Infração de medida sanitária preventiva;
Impedir agente de saúde de realizar as suas atividades e de tomar as providências necessárias e determinadas ao combate e prevenção da doença infecciosa.	**Art. 132 do Código Penal** - Perigo para a vida ou saúde de outrem;
Praticar ato capaz de produzir o contágio, sabendo estar contaminado com o COVID-19, com o fim de transmitir a outrem.	**Art. 131 do Código Penal** - Perigo de contágio de moléstia grave;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Determinada pessoa, sabendo estar contaminada por determinado vírus ou quando o deveria saber, causa epidemia, isto é, o contágio de uma doença infecciosa que atinge grande número de pessoas habitantes da mesma localidade ou região.	**Art. 267 do Código Penal** - Epidemia;
Deixar o médico de denunciar à autoridade pública caso de paciente diagnosticado com doença cuja notificação é compulsória.	**Art. 260 do Código Penal** - Omissão de notificação de doença;
Fabricar álcool gel falsificado ou adulterado.	**Art. 273 do Código Penal -** Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;
Subtrair máscaras, álcool gel, remédios e outros materiais de hospitais ou equipamentos de saúde.	**Art. 257 do Código Penal** - Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento
Prefeito Municipal que agir propositalmente de forma contrária às determinações expedidas para evitar a propagação da COVID-19, tanto pela União, Estados e Municípios.	**Art. 268 do Código Penal -** Infração de medida sanitária preventiva;
A negligência do Chefe do Poder Executivo Municipal ao omitir-se no cumprimento das normas federais, estaduais ou municipais de prevenção de contágio da COVID-19, pode resultar em epidemia na forma culposa.	**Art. 267, §2º, do Código Penal** - Epidemia culposa;
Prefeito Municipal que contrariar as medidas para enfrentamento da emergência em saúde pública estabelecidas na Lei Federal n. 13.979/2020.	**Art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/61 -** Negar execução a lei federal;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Chefe do Poder Executivo Municipal que desobedecer a ordem legal de funcionário público, a exemplo das autoridades sanitárias estadual e federal e das Polícias Civil e Militar, no exercício de seu poder de polícia, para assegurar a implementação das políticas de contenção da propagação da COVID-19 estabelecidas pela União e pelo Estado de Santa Catarina.	**Art. 330 do Código Penal** - Desobediência;
Aumento abusivo de preços em situação de calamidade pública.	**Art. 39, X, do Código de Defesa do Consumidor -**
Venda de produtos acima do valor justo aproveitando-se da pandemia	**Lei nº 1.521/5, art. 4º, "b"** [crimes contra a economia popular] b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.
Obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, lucro patrimonial abusivo e desproporcional.	**Alínea "b", do art. 4º da Lei nº 1.521/1951**
Outras infrações contra a relação de consumo: Favorecer, sem justa causa, determinado comprador e freguês (por exemplo, estocar máscara para determinados consumidores que aceitem pagar preço acima do praticado normalmente); vender mercadorias em desacordo com as prescrições legais (por exemplo álcool gel de procedência duvidosa); Misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, e vendê-los como puros; ou misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los por	**Art. 7º e incisos da Lei 8.137/90**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

preço estabelecido para os de mais alto custo. Fraudar preços, etc.	
Provocar alarma, anunciando desastre ou perigo inexistente, ou praticar qualquer ato capaz de produzir pânico ou tumulto:	**Art. 41 da Lei de Contravenções Penais**

[1] Nessa situação em SP, em nossa opinião, além do crime do artigo 268/CP, haveria possibilidade alternativa de enquadramento nos ditames do art. 267/CP [epidemia], haja vista que, consoante art. 29/ CP, "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade". Portanto, no momento em **que** o sujeito inobserva a determinação pública restritiva para tentar evitar a rápida disseminação da doença, ele, ainda indiretamente, colabora e concorre para que a epidemia seja criada ou continue sendo propagada. Vale lembrar, como dito, que há previsão da punição do agente tanto na hipótese de agir intencionalmente [dolo] quanto na ocorrência de ação culposa [ou seja, sem intenção, popularmente conhecido como comportamento realizado "sem querer"]. Verificar a possibilidade de incidência do art. 267 [epidemia] ao invés do art. 268, nessas situações, é de importante discussão, na medida em que a pena para o primeiro é bem mais rigorosa, aplicando-se um maior juízo de reprovação da conduta em tempos onde a força coercitiva das orientações sanitárias assume singular prioridade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PRAZO PRESCRICIONAL PARA AS EXECUÇÕES DE MULTAS BASEADAS EM ACÓRDÃOS DO TCU.

LEONARDO TOSCANO DE BRITO:
Advogado da União. Consultor Jurídico da União no Estado do Acre.

Resumo: O presente artigo visa fomentar a discussão doutrinária, e trazer à colação a jurisprudência, acerca do prazo prescricional que possui o Poder Público para executar as multas aplicadas pelo TCU em processos administrativos que lhe são atribuídos por competência constitucional. Eis que, é atual a divergência no que toca ao prazo prescricional de atuação do Poder Público, objeto de diversos questionamentos judiciais. Demonstraremos, no entanto, longe da pretensão de exaurir o tema, a posição das Cortes Superiores, e seus fundamentos, realizando ainda, uma brevíssima análise interpretativa acerca da legislação. Referido artigo nos levará à conclusão de que a legislação, em harmonia, estabelece o prazo quinquenal, lhe sendo aplicável ainda causas de interrupção e suspensão do lapso prescricional. Vamos à leitura.

Palavras-chave: Direito Civil e Processual Civil. Execução. Fiscalização do TCU. Sanção de multa. Prescrição.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Princípios norteadores da execução no Código de Processo Civil 2.2.Das atribuições do Tribunal de Contas. 2.3. Natureza jurídica do título originário do TCU 3.Da execução de multa e débito. *Distinguishing* necessário. 4.Multa. Prazo prescricional quinquenal. 4.1. Início do prazo. 4.2. Causas de interrupção da prescrição. 4.2.1. Da aplicação do decreto 20.910/1932. 4.2.2. Apuração criminal e aplicação do art. 200 do CC/02. 5.Conclusão. 6.Referências.

1.Introdução

Muito além do sincretismo introduzido no âmbito procedimental, ou seja, fazendo deixar de ser a execução um "processo novo", mas sim uma fase umbilicalmente ligada à satisfação do bem da vida a ser assegurado, o novo processo civil trouxe à luz diversos princípios, dentre eles o da cooperação, eticidade, boa-fé, entre outros.

2. Desenvolvimento

2.1. Princípios norteadores da execução no Código de Processo Civil

A execução civil se desenvolve com vista a dar concretude a direitos, sejam eles tipificados em títulos extrajudiciais ou judiciais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, o processo executivo deve se desenvolver com vista a satisfazer os interesses do exequente. Tal afirmação pode ser extraída do artigo 797 do CPC que "ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados".

Apesar do que sobredito, não podemos desconsiderar a regra constante do artigo 620 do Código de Processo Civil de 1973, e reproduzida no atual art. 805 do CPC, segundo a qual "quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso ao devedor".

Nesse diapasão, devemos estar sempre atentos a fim de compatibilizar os princípios acima elencados, seja o da execução em favor do credor, seja o da menor onerosidade do devedor.

2.2. Das atribuições do Tribunal de Contas da União.

O Tribunal de Contas da União, também denominado de TCU, se caracteriza como órgão que auxilia ao Congresso Nacional no controle externo da máquina pública, possuindo competências elencadas no art. 71 da Carta Magna, e, a despeito de possuir denominação vernácula de Tribunal, não integra o Poder Judiciário[1].

Eis que, no desempenho do seu mister, especialmente no julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Pública[2], o Tribunal se depara com situações de malversação do dinheiro público, corrupção, prejuízo ao erário, entre outros tipos de dano.

Para coibir as situações referenciadas, a Carta Republicana atribuiu ao TCU a competência sancionatória, de sorte que é da sua atribuição aplicar sanções àqueles responsáveis por ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, desde que previstas em lei, e além doutras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário. Esse é o espírito da norma estampado no art. 71, VIII, da CF[3].

Restaria prejudicada a efetividade da medida sancionatória se a esta não lhe fosse dada a possibilidade de cobrança imediata. E justamente fundado nesse propósito que a Constituição instituiu a natureza de título executivo à condenação advinda do TCU, segundo dicção do art. 71, § 3º, da CF[4].

2.3. Natureza jurídica do título originário do TCU

Impende esclarecer que a CRFB não dispôs expressamente se a natureza do título executivo seria judicial ou extrajudicial. Ocorre, porém que o TCU não é Poder,

tampouco, como já sobredito, integra o Judiciário, de sorte que, descartada a possibilidade de se tratar de título judicial.

Ademais, no campo infraconstitucional, tanto o CPC de 1973, quanto o NCPC de 2015 deixaram em *numerus clausus* os títulos considerados como extrajudiciais, a saber:

> Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:
>
> (...)
>
> XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

No mesmo sentido, os arts. 23, inciso III, alínea "b", e 24 da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), por sua vez, prescrevem:

> Art. 23. A decisão definitiva será formalizada nos termos estabelecidos no Regimento Interno, por acórdão, cuja publicação no Diário Oficial da União constituirá:
>
> (...)
>
> III - no caso de contas irregulares:
>
> (...)
>
> **b) título executivo bastante para cobrança judicial da dívida decorrente do débito ou da multa, se não recolhida no prazo pelo responsável;**
>
> Art. 24. A decisão do Tribunal, de que resulte imputação de débito ou cominação de multa, torna a dívida líquida e certa **e tem eficácia de título executivo, nos termos da alínea b do inciso III do art. 23 desta Lei.**

Assim sendo, o que dito até aqui deixa estampada a atribuição constitucionalmente definida ao TCU de julgar as contas e aplicar sanções àqueles responsáveis por ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas.

Estabelecida tal premissa, mister que nesse processo administrativo sejam respeitadas todas as garantias constitucionais, a exemplo do contraditório e ampla defesa conforme estabelecido no art. 5, LV, da CF[5].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Findo o trâmite administrativo, ou seja, transitado em julgado nesta seara, e verificada a inadimplência do responsável, resultante da omissão em pagar espontaneamente seu débito, só resta ao credor, *in casu* a União, com base no referido título executivo, promover sua execução forçada, conforme dispositivos acima citados.

Tal situação legal é bem explicada por JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES:

> "A decisão do Tribunal de Contas pode revestir-se sob forma de acórdão, nos termos do art. 23 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, acórdão que é condenatório porque obriga o responsável a reparar o dano a que deu causa, e/ou impõe o pagamento de multa pelo ato irregular praticado, afirmando ainda que por expressa determinação constitucional, a natureza do acórdão condenatório das Cortes de Contas passou a ter eficácia equivalente em todos os seus efeitos ao título executivo (Tomada de Contas Especial, 1ª ed., 1996, Brasília Jurídica, p. 373 e seguintes)."

3. DA EXECUÇÃO DE MULTA E DÉBITO. *DISTINGUISHING* NECESSÁRIO.

Recentes discussões envolvendo a escorreita interpretação do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal[6], dominaram o cenário jurídico dos últimos anos no que toca às ações envolvendo a Fazenda Pública. São exemplos de tal controvérsia os temas abaixo listados:

> RE 669069[7] (é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil - tema de repercussão geral nº 666).
>
> RE 852475[8] (reconheceu a imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de ato doloso de improbidade administrativa. - tema de repercussão geral nº 897)
>
> RE 636886[9] (é prescritível a ação de ressarcimento ao erário baseada em decisão de Tribunal de Contas - tema de repercussão geral nº 899).

Pois bem, antes de adentrarmos à temática própria deste artículo, qual seja, a cobrança da multa aplicada pelo TCU, importante termos em mente que, muitos, senão a maioria dos acórdãos do referido tribunal, ao aplicarem a sanção, anteriormente determinam medidas de ressarcimento ao erário ou outro tipo de imputação de débito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na espécie, portanto, um mesmo acórdão pode veicular pretensões diversas, tipo ressarcimento ao débito e multa, de sorte que o regime jurídico adotado será diferente, a depender da sua natureza jurídica, é o que veremos adiante.

Freddie Didier[10], citando Celso de Albuquerque Silva, afirma que: "Fala-se em *distinguishing (ou distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente".

Mais adiante explica que: "O *distinguish* é, como se viu, por um lado, exatamente o método pelo qual se faz essa comparação/interpretação (*distinguish*/método). Se, feita a comparação, o magistrado observar que a situação concreta se amolda àquela que deu ensejo ao precedente, é o caso então de aplicá-lo ou superá-lo, mediante sério esforço argumentativo, segundo técnicas de superação do precedente que serão vistas a seguir (*overruling e overriding*).

Entretanto, se feita a comparação, o magistrado observar que não há aproximação entre o caso concreto e aquele que deu ensejo ao precedente, ter-se-á chegado a um resultado que aponta para a distinção das situações concretas (*distinguish*-resultado), hipótese em que o precedente não é aplicável, ou o é por aplicação extensiva (*ampliative distinguishing*)".

Na exposição em análise, é possível observar que embora o Acórdão do TCU sirva de fundamento à execução, este possui capítulos diversos, um deles materializado no dever de ressarcimento ou imputação de débito, enquanto que o outra trata de aplicação exclusiva de sanção pecuniária, a multa.

O presente estudo, portanto, se limita a tratar da sanção do tipo multa aplicada ao responsável.

Em continuidade, uma vez respeitados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, acaso haja condenação ao pagamento de multa esta será cobrada administrativamente, e não havendo pagamento voluntário, outra medida não resta ao ente público senão executá-la.

Do que se vê, portanto, a matéria que alicerça a execução pode nada tem haver com ressarcimento, e tratar apenas de aplicação de sanção!

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Estabelecida tal premissa, ou seja, feito o *distinguisching*, e demonstrada a inaplicabilidade do precedente do STF relacionados à improbidade ou ressarcimento, passemos à análise da prescrição em matéria de direito administrativo sancionador.

4**. MULTA. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL.**

É firme na jurisprudência que, em se tratando de multa administrativa imposta pelo TCU, não há que se falar na imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5°, da CF.

Vale aqui também afirmar que é inaplicável o prazo prescricional disposto no Código Civil, uma vez que estamos a tratar de relação de Direito Público, incidindo na espécie a legislação especial referente ao Decreto n° 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal das "dívidas passivas" da Administração Pública, ou ainda a Lei nº 9.783/1999, que disciplina a prescrição punitiva do Poder Público, por uma questão de isonomia.

Com esse mesmo raciocínio, o STJ afastou a aplicação do Código Civil nas relações de Direito Público no tocante ao prazo prescricional da ação indenizatória ajuizada contra o Estado, diante do caráter especial do Decreto n° 20.910/32 (REsp 1251993/PR, ReI. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012. DJe 19/12/2012).

Assim, especificamente quanto ao prazo prescricional das multas impostas pelo TCU, a jurisprudência do STJ e dos Tribunais Regionais Federais, segue tal entendimento, como demonstram os seguintes julgados:

> "ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL. ART. 1º DA LEI 9.873/1999. INAPLICABILIDADE. 1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF**.** 2. **Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo qüinqüenal. 3. Inaplicável à hipótese dos autos o disposto no art. 1º da Lei 9.873/1999, que estabelece que, nos casos em que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.** Isso porque a instância de origem apenas consignou que as condutas imputadas ao gestor público não

caracterizavam crime, sendo impossível depreender do acórdão recorrido a causa da aplicação da multa. Dessa forma, é inviável, em Recurso Especial, analisar as provas dos autos para verificar se a causa da imputação da multa também constitui crime (Súmula 7/STJ). 4. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário." (STJ - SEGUNDA TURMA - RESP 894539/PI - 2006/0229288-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN - Julgamento: 20/08/2009 - Publicação: DJe 27/08/2009) (Grifou - se).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO A INSTRUÇÃO NORMATIVA. EXAME INCABÍVEL EM SEDE DE APELO ESPECIAL. ARTS. 31 E 57 DA LEI 8.443/92, 471 DO CPC, 884 DO CC, 26, VI, E 27, § 1º, DA LEI 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. **TESE DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA OU FALHA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. IMPUTAÇÃO DO DÉBITO E APLICAÇÃO DE SANÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE IMPRESCRITIBILIDADE. LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL.** DECURSO. OCORRÊNCIA.

(...)

7. Em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99. Em hipótese similar à presente, porquanto ausente prazo decadencial específico no que concerne ao exercício do poder de polícia pela Administração, antes do advento da Lei 9.873/99, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.105.442/RJ (Rel Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 22/2/2011), sob o rito do art. 543-C do CPC, assentou ser ele de 5 anos, valendo-se da aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910/32.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para julgar procedente o pedido inicial, desconstituindo a decisão do Tribunal de Contas da União no processo de tomada de contas especial do Convênio 5013/96, ressalvando-se a via judicial para o pleito de eventual ressarcimento." (STJ - PRIMEIRA TURMA -

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Processo REsp 1480350/RS - RECURSO ESPECIAL 2014/0142962-8 - Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES - Julgamento: 05/04/2016 - Publicação: DJe 12/04/2016). (destacamos).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. **MULTA DE ADMINISTRATIVA (SEGURANÇA). PRESCRIÇÃO. PRAZO QÜINQÜENAL. DECRETO 20.910/32. (RECURSO REPETITIVO - RESP 1.105.442-RJ).**

1. A sanção administrativa é consectário do Poder de Polícia regulado por normas administrativas. A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado.

2. Deveras, e ainda que assim não fosse, no afã de minudenciar a questão, a Lei Federal 9.873/99 que versa sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Federal colocou uma pá de cal sobre a questão assentando em seu art. 1º caput: "Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado."

3. A possibilidade de a Administração Pública impor sanções em prazo vintenário, previsto no Código Civil, e o administrado ter a seu dispor o prazo quinquenal para veicular pretensão, escapa ao cânone da razoabilidade, critério norteador do atuar do administrador, máxime no campo sancionatório, onde essa vertente é lindeira à questão da legalidade.

4. Outrossim, as prescrições administrativas em geral, quer das ações judiciais tipicamente administrativas, quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo do Decreto 20.910/32, obedecem à quinquenalidade, regra que não deve ser afastada in casu.

5. Destarte, esse foi o entendimento esposado na 2ª Turma, no REsp 623.023/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 14.11.2005: "PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO - PRESCRIÇÃO - RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO - CRÉDITO DE

NATUREZA ADMINISTRATIVA - INAPLICABILIDADE DO CC E DO CTN - DECRETO 20.910/32 - PRINCÍPIO DA SIMETRIA.

1. Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil.

2. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa tem nascedouro num vínculo de natureza administrativa, não representando, por isso, a exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN.

3. Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria.

4. Recurso especial improvido."

6. Precedentes jurisprudenciais: REsp 444.646/RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, DJ 02.08.2006; REsp 539.187/SC, Rel. Min. DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJ 03.04.2006; REsp 751.832/SC, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 20.03.2006; REsp 714.756/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ 06.03.2006; REsp 436.960/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 20.02.2006.

7. À luz da novel metodologia legal, publicado o julgamento do Recurso Especial nº 1.105.442/RJ, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).

8. Agravo regimental desprovido." (AgRg no Ag 1303811/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 18/08/2010).

"EMBARGOS À EXECUÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. MULTA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. HIGIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO. MANUTENÇÃO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1.Trata-se de apelação de sentença, em embargos à execução, na qual foi julgado improcedente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pedido de desconstituição de acórdão do Tribunal de Contas da União, no qual o embargante foi condenado, no exercício do cargo de prefeito, a ressarcir valores ao erário e ao pagamento de multa, tudo por conta de irregularidades no cumprimento do objeto de convênio/prestação de contas. 2. Sobre a prescrição, propõe-se o seguinte esquema: a) a ação (pretensão estatal) de ressarcimento ao erário é imprescritível (STF. Pleno. MS 26.210-9/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Dje 10/10/2008); b) "por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial" (STJ. 2ªTurma. REsp 894539/PI. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJe 27/08/2009); **c) "(...) Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/92" (REsp 894539/PI)"; d) considerando que a Lei n. 8.443/92, que regula o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, não dispõe sobre prescrição, há que se recorrer à analogia, a fim de fixar o marco legal de prescrição do direito sancionador; e) a norma geral de prescrição prevista no Código Civil não funciona como regra "natural" de prescrição da pretensão de imposição de multa no âmbito do Tribunal de Contas da União; f) também a Lei n. 9.873/99, que "estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta", não se aplica à espécie. A uma, porque a tomada de contas especial não tem, a priori, caráter punitivo; a duas, porque as infrações de natureza funcional foram expressamente excetuadas de sua abrangência; g) o Decreto n. 20.910/32, com apoio do Código Civil - em caráter subsidiário-, é o diploma adequado a incidir na hipótese;** h) reforça este raciocínio o enunciado n. 150 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação". A inteligência do enunciado autoriza a conclusão de que, se a ação de execução do título - o acórdão do TCU - prescreve no prazo de cinco anos, no mesmo prazo prescreve a pretensão sancionatória. 3.Não há se falar em prescrição, considerados os fatos demarcadores dos marcos prescricionais e a legislação aplicável (Decreto n. 20.910/32, arts. 1º e 4º,Código Civil art. 199, c/c 202, c/c art. 203, c/c art. 322). 4 (...). 7.Mantida a higidez do acórdão do Tribunal de Contas da União, deve prosseguir a execução. 8.Apelação a que se nega provimento." (TRF 1ª REGIÃO - QUINTA TURMA - AC 200630000025283, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, e-DJF1 DATA:03/06/2011 PAGINA:196).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No STF, quando do julgamento do MS 32.201/DF[11] (rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 21.3.2017), os Ministros que compõem a Primeira Turma do STF assinalaram que a lei orgânica do TCU, ao prever a competência do órgão para aplicar multa pela prática de infrações submetidas à sua esfera de apuração, deixou de estabelecer prazo para exercício do poder punitivo. Entretanto, isso não significava hipótese de imprescritibilidade. Devendo incidir, no caso, a **prescrição quinquenal**, prevista na Lei 9.873/1999, que regula a prescrição relativa à ação punitiva pela Administração Pública Federal Direta e Indireta, pois embora se refira a poder de polícia, a lei aplica-se à competência sancionadora da União em geral.

Cabe registrar, por oportuno, que apesar da previsão quinquenal da Lei nº 9.873/1999, *"quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal"* (art. 10, § 1°, da referida Lei).

Saliente-se que, quanto a esse tema havia divergência entre STJ[12] e STF[13], porém, recentemente o STJ passou a decidir que o **prazo prescricional previsto na lei penal se aplica às infrações disciplinares também capituladas como crime independentemente da apuração criminal da conduta do servidor.**

Ultrapassada a temática relativa aos reflexos na prescrição se o ato administrativo também for considerado como crime, **não resta dúvida que o prazo prescricional a ser observado para a cobrança da pena de multa é o quinquenal, com fundamento na Lei nº 9.873/1999.**

4.1. Início do prazo

Os processos administrativos que tramitam no âmbito no TCU possuem etapas instrutivas e decisórias específicas, garantidos o contraditório e a ampla defesa, havendo, ainda, a possibilidade de interposição de recursos naquela Corte de Contas, vários com efeito suspensivo.

Quando as contas são julgadas irregulares há imputação de débito e/ou multa, decisão que tem eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, § 3º, da CF/88 e art. 24 da Lei nº 8.443/92), tornando a dívida líquida e certa.

Após o julgamento, o responsável é notificado para recolher o valor devido. Se o responsável, regularmente notificado, não recorrer e nem recolher tempestivamente a importância devida, a sim é formalizado o procedimento para cobrança executiva, o qual é encaminhado ao Ministério Público junto ao Tribunal para, por meio da Advocacia-Geral da União (AGU) ou das unidades jurisdicionadas ao TCU que detêm essa competência, promover a cobrança judicial da dívida ou o arresto de bens.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Deste modo, os processos de tomada de contas e de quaisquer outras naturezas julgados pelo TCU somente se encerram após a apreciação de todos os recursos aviados pelos responsáveis.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é firme no sentido de ser a data do julgamento pela Corte de Contas o termo inicial da prescrição. Por todos, confira-se:

> Decisão: Cuida-se de recurso extraordinário interposto por HUMBERTO ALVES DE SOUSA, ex-prefeito do Município de Pilõeszinhos/PB, com fundamento no artigo 102, III, "a", da Constituição Federal de 1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado (fls. 92/93):
>
> "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACÓRDÃO DO TCU QUE RECONHECEU IRREGULARIDADE NA TOMADA DE CONTAS E CONDENOU EX-PREFEITO NO PAGAMENTO DE MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL A CONTAR DA DECISÃO DO TCU. CARÁTER PUNITIVO E NÃO RESSARCITÓRIO. PRESCRIÇÃO AFASTADA.
>
> 1. Os presentes Embargos dizem respeito à Execução Diversa de título extrajudicial, no caso, Acórdão do TCU que, ao apreciar o processo de Tomada de Contas Especial para apurar possível irregularidade na prestação de contas do Convênio nº 282/2000, julgou irregulares as referidas contas e condenou o ex-Prefeito ao ressarcimento ao erário, na quantia indicada, além do pagamento de multa no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).
>
> 2. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP 894539/PI, da Relatoria do Ministro Herman Benjamin, firmou entendimento no sentido de que, sendo a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, inquestionável cuidar da imprescritibilidade constitucionalmente prevista no referido artigo 37, § 5º.
>
> **3. O mesmo julgado, especificamente no que se refere a multa aplicada, explicitamente registrou a diferente solução a ser aplicada quanto ao prazo prescricional. É que, enquanto o ressarcimento do dano possui natureza civil, a multa tem caráter punitivo, o que afasta a imprescritibilidade.**

> **4. O acórdão do TCU foi julgado na Sessão de 24.01.2006, data esta que deve ser considerada para o termo inicial da contagem do prazo prescricional quinquenal, enquanto que a Ação de Execução Diversa foi ajuizada perante a Seção Judiciária da Paraíba em 30.11.2006, conforme consulta realizada no sítio daquela Seção Judiciária.**
>
> **5. Não há que se falar no prazo inicial da prescrição a contar da data em que foi firmado o Convênio 282, de 29.06.2000, vez que a exigência da obrigação teve origem, exatamente, com o acórdão do TCU.** 6. Apelação improvida. Documento: 905771 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 27/08/2009 Página 13 de 13.

O julgamento, portanto, é o marco temporal que deve ser considerada para início do prazo de prescrição para ajuizamento da ação de cobrança da dívida.

4.2. Causas de interrupção da prescrição.

Estabelecido o prazo prescricional, importante verificarmos acerca da existência de causas interruptivas e/ou suspensivas do evento.

4.2.1. Da aplicação do Decreto 20.910/1932

Como já afirmado pela jurisprudência, aplicável à matéria o Decreto nº 20.910/1932, o qual prevê em seu artigo 4º[14] que não há à fluência do prazo prescricional durante a tramitação administrativa.

Desta forma, não há que se falar em prescrição enquanto a existência do débito é discutida junto ao TCU. Assim, só após o julgamento, e respectivos recursos, notificação para pagamento, e não pagamento voluntário, é que se tem por definitivamente formado o título, e iniciado o prazo prescricional.

A regra acima exposta não se aplica nos casos em que o ato tenha repercussão na esfera penal, conforme veremos adiante.

4.2.2. Apuração criminal e aplicação do art. 200 do CC/02.

Seguindo, temos que, além do art. 4º, do Decreto 20.910/1932, outros diplomas normativos estabelecem causas suspensivas e/ou interruptivas da prescrição. Exemplo é o art. 200 do CC/02[15], o qual preconiza que, em havendo demanda de natureza penal, a prescrição somente correrá após decisão definitiva nessa seara.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Importante rememorar que, já foi visto linhas acima que o prazo prescricional a ser utilizado será aquele previsto na lei penal se a infração também for capitulada como crime independentemente da apuração criminal da conduta do servidor. Em havendo repercussão criminal do fato, não correrá a prescrição até apuração final definitiva.

A posição aqui defendida é corroborada pela jurisprudência da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do **REsp 1.631.870[16]**, senão vejamos:

> "Em se tratando de responsabilidade civil *ex delicto*, o exercício do direito subjetivo da vítima à reparação dos danos sofridos somente se torna viável em toda plenitude quando não pairam mais dúvidas acerca do contexto em que foi praticado o ato ilícito, sobretudo no que diz respeito à definição cabal da autoria, que, de praxe, é objeto de apuração concomitante no âmbito criminal", apontou o relator do recurso, ministro Villas Bôas Cueva.

5. Conclusão

Frente ao que sobredito, é possível afirmar a inaplicabilidade da tese da imprescritibilidade quando a temática for sanção pecuniária oriunda de fiscalização do TCU.

Da leitura da legislação é possível extrair o uso devido do lapso temporal quinquenal, contado a partir do julgamento das contas pelo TCU, em razão da causa de interrupção prevista no art. 4 do Decreto 20.910/32.

Será aplicado o prazo penal em existindo tal repercussão do ato administrativo, independente de investigação criminal, na linha dos precedentes do STJ e STF já elencados.

E por fim, não há que se falar em início do prazo prescricional se a matéria for objeto de apuração criminal, visto que não corre a prescrição enquanto não houver sentença penal definitiva, conforme previsto no art. 200 do CC/02.

6. Referências

Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 02/01/2020.

Decreto 20.910/1932. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm Acesso em 02/01/2020.

Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 13/01/2020.

Constituição Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acessado em 17/02/2020.

MS 32.201/DF (rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 21.3.2017), Disponível em http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo858.htm Acessado em 17/02/2020

ASSIS, Araken. **Execução Forçada e Efetividade do Processo**. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_01_07.pdf. Acesso em 04.02.2020.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4ª ed., v. 2, Salvador:

NOTAS:

[1] Constituição Federal. Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

[2] Constituição Federal. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[3] Estabelece o art. 71 da Constituição Federal: (...) VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

[4] Estabelece o art. 71 da Constituição Federal: (...) § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo**.**

[5] Constituição Federal. Art. 5 (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[6] Constituição Federal. Art. 37. (...) § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

[7] http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioTese.asp?tipo=TRG&tese=3445

[8] http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386249

[9] http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442028&ori=1

[10] DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4ª ed., v. 2, Salvador: Juspodivm

[11] http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo858.htm

[12] **O prazo prescricional previsto na lei penal se aplica às infrações disciplinares também capituladas como crime independentemente da apuração criminal da conduta do servidor. Para se aplicar a regra do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 não se exige que o fato esteja sendo apurado na esfera penal (não se exige que tenha havido oferecimento de denúncia ou instauração de inquérito policial). Se a infração disciplinar praticada for, em tese, também crime, deve ser aplicado o prazo prescricional previsto na legislação penal independentemente de qualquer outra exigência.** STJ. 1ª Seção. MS 20.857-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. Acd. Min. Og Fernandes, julgado em 22/05/2019 (Info 651).

[13] (...) LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA LEI PENAL, INDEPENDENTEMENTE, DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO NA ESFERA CRIMINAL. (...) STF. 1ª Turma. MS 35631 ED/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 22/11/2018.

(...) Capitulada a infração administrativa como crime, o prazo prescricional da respectiva ação disciplinar tem por parâmetro o estabelecido na lei penal (art. 109

do CP), conforme determina o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, independentemente da instauração de ação penal. (...) STF. 1ª Turma. AgRg no RMS 31.506/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 26/3/2015.

[14] DECRETO 20.910/1932: "Art. 4º **Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la**."

[15] Código Civil. Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, **não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva. (grifo nosso)**

[16] https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/512469754/recurso-especial-resp-1631870-se-2016-0025292-4/inteiro-teor-512469789

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CRIMES CIBERNÉTICOS: TIPIFICAÇÃO E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

FERNANDO HENRIQUE MENEZES DA SILVA BRAIDA:
Bacharelando em Direito pela Universidade Brasil, campus Fernandópolis - SP.

Artigo apresentado à Universidade Brasil, polo de Fernandópolis, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Graduação (Bacharelado) em Direito. Orientadores: Prof. Ademir Gasques Sanches e Prof. Me. Érica Cristina Molina dos Santos.

RESUMO: O advento da internet (*web*) representou um marco histórico para a humanidade, melhorou a comunicação, trouxe rapidez no compartilhamento de dados e informações e facilitou a vida cotidiana das pessoas. Entretanto, ao conectar o mundo, a *web* também trouxe a possibilidade de práticas virtuais ilícitas de toda ordem. Esta pesquisa, de revisão bibliográfica, teve por objetivo buscar entendimento dos principais aspectos da ocorrência dos crimes cibernéticos, sua tipificação e o conteúdo de algumas leis no ordenamento jurídico brasileiro voltado a esses crimes. Os resultados apontaram que, apesar dos avanços conseguidos pelas Leis 12.737/2012 e 12.965/2014, que secundam o Código Penal brasileiro na tipificação e imputação criminal às condutas cibernéticas ilícitas, há necessidade de alterações das normais legais para se realizar um combate mais efetivo à impunidade do delito virtual e oferecer segurança jurídica para o uso da internet diante da nova realidade digital.

Palavras-chave: internet, crimes cibernéticos, normas legais, combate

ABSTRACT: The advent of the internet (web) represented a historic mark for humankind, improved communication, brought speed and data and information sharing, and facilitated people's daily lives. However, by connecting the world, the web also brought the possibility of illicit virtual practices of all kinds. This research, under a bibliographic review, aimed to understand the main aspects of the occurrence of cybercrimes as well as their typification, and the content of some laws in the Brazilian legal system related to these crimes. The results showed that Laws 12.737/2012 and 12.965/2014, which support Brazilian Penal Code, brought important advances in the typification and criminal imputation to any illicit cyber conduct. However, there is need to introduce changes in the legal norms to make the combat against impunity for cybercrime more effective and to provide legal certainty for internet use in the face of the new digital reality.

Keywords: internet, cybercrimes, legal norms, fight

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DESENVOLVIMENTO. 2.1 Conceito. 2.2 Classificação e tipificação dos crimes. 2.3 Legislação brasileira.

2.4 Investigação dos crimes cibernéticos. 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A internet, como um marco histórico da humanidade, foi criada para melhorar a comunicação entre as pessoas e trazer mais rapidez na troca e compartilhamento de informações (CAMPELO; PIRES, 2017). Ao conectar o mundo, fez com que os indivíduos a utilizassem para facilitar sua vida cotidiana. Hoje, não há negar-se que o mundo é considerado predominantemente digital, e a internet (*web*) faz parte do dia a *E-mails*, *facebook*, *twitter*, páginas virtuais, redes sociais e a *web* como um todo interligam milhões de computadores e celulares e compartilham todo tipo de ações, informação e dados. Pela *web* veiculam desde o simples ato de fazer compras, pagar uma conta, realizar transferências ou depósitos bancários, a tudo que pode ser efetivado sem que o usuário se desloque até lojas físicas, bancos etc. Praticamente, todas as tarefas podem ser executadas por um sistema computacional, e o mundo real passou a ser veiculado no ciberespaço, onde não se exige a presença física para o relacionamento das pessoas (MAUES; DUARTE; CARDOSO, 2016). No Brasil, com a Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP) na década de 1980, a *web* expandiu-se por todo o território nacional, vindo a integrar-se, pela internet, ao resto do mundo. Não se deve desconsiderar que o avanço das novas tecnologias tenha influenciado imensamente as relações interpessoais e comerciais, por comunicações pessoais, informações e compartilhamento de dados com rapidez e eficiência, e trouxe inúmeros benefícios à população (MAUES; DUARTE; CARDOSO, 2016). Todavia, apesar de todos os seus benefícios, com a inovação e as facilidades que ela trouxe às pessoas, é fácil de se pensar que a rede da internet também tenha proporcionado formas de cometimento de práticas ilícitas já existentes ou novas, condutas a que se tem denominado de criminalidade digital, igualmente de forma rápida e eficiente (CAMPOS; PRADO, 2017; CAMPELO; PIRES, 2017), tais como pornografia infantil e adulta, homofobia, racismo, estelionato, crime contra a vida e casos de intolerância religiosa (CAIADO; CAIADO, 2018; KUMAGAI, 2016).

Essa prática crescente de ilícitos no meio digital configura um elevado custo aos usuários, criando, adicionalmente, a falsa sensação de impunidade aos infratores (CRUZ; RODRIGUES, 2018) devido, principalmente, à ausência de legislação adequada, às dificuldades para determinação da autoria do crime, ligada à [in]competência de julgamento, à coleta das provas, às perícias e até mesmo à execução das penas, que se veem prejudicadas e ineficientes (BROTOT, 2017). Mas, contrariamente ao que "as pessoas creem, os crimes praticados através da internet

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

possuem tipificação e, quando identificado os infratores, se tem a sanção penal" CRUZ; RODRIGUES, 2018, p. 6).

Pela internet esses comportamentos criminosos se tornam especialmente perigosos, uma vez que se pode acessar remotamente, de forma lícita ou não, e decifrar sistemas informatizados, possibilitando o cometimento de todos os tipos de crimes, de difícil rastreamento, traduzindo-se em uma zona de ilusão onde não existe o direito (MIRAGEM, 2009). Embora se reconheça tratar-se "de uma ilusão efêmera, pois tal distanciamento não torna impossível o rastreamento das condutas ilícitas e sua consequente punição" (CAMPOS; PRADO, 2017, p. 1), os crimes cibernéticos são uma novidade recente no sistema jurídico (FERREIRA; FERREIRA JÚNIOR, 2010).

Esta pesquisa, de cunho de revisão da literatura, visou realizar uma análise dos principais aspectos dos crimes cibernéticos, tipos de ocorrências e algumas leis do ordenamento jurídico brasileiro voltadas a esses crimes.

2 DESENVOLVIMENTO

A cibernética envolve a ciência dos sistemas de informação, e os crimes cibernéticos representam condutas praticadas contra alguém (pessoa física ou jurídica) pelo emprego dos sistemas da informática. Tais crimes violam o estado natural dos dados e os recursos oferecidos por um sistema de processamento (compilação, armazenamento ou transmissão) e constituem um atentado contra a pessoa, a integridade corporal e a liberdade individual, a honra, um bem juridicamente protegido, a ordem econômica, o patrimônio individual ou público, a administração pública, a segurança da informática, ou seja, são uma ação antijurídica e condenável (ALMEIDA, 2015; CAMPELO; PIRES, 2019).

2.1 Conceito

Um crime é conduta típica, culpável, porque viola norma jurídica, e os crimes de informática (também chamados de cibernéticos, digitais, virtuais, *cybercrimes*) são cometidos por meio de computadores ou contra eles mesmos (ALMEIDA, 2015; MAUES; DUARTE; CARDOSO, 2018). Em sua maioria, são crimes praticados pela internet, em que o computador é o instrumento material para sua perpetração (CAMPELO; PIRES, 2019). Todavia, não é necessária conexão com a internet para a consumação do crime (ALMEIDA, 2015), uma vez que ela é, em essência, o meio de acesso empregado e não o instrumento: é pela invasão de dados de um computador que se comete o delito, como, por exemplo, furto de dinheiro de conta bancária, cópia de fotos pessoais com o fito de ameaça à vítima, extorsão ou mácula de sua imagem (GONÇALVES, 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os crimes cibernéticos, similarmente aos crimes comuns, são "condutas típicas, antijurídicas e culpáveis, porém praticadas contra ou com a utilização dos sistemas da informática" (BORTOT, 2017, p. 341). Em outras palavras, um crime realizado por computador é um comportamento ilegal, que objetiva apropriar-se indevidamente (ou transmitir) dados e informações considerados sigilosos ou pessoais em busca de algum favorecimento próprio. Trata-se de um crime ou contravenção, dolosa ou culposa, praticada por pessoa física ou jurídica, com emprego da informática, que transgride a segurança informática, a integridade das pessoas ou organizações e a confidencialidade. Em sentido mais amplo, o crime cibernético é um delito eletrônico tal como qualquer outra conduta criminosa que emprega a tecnologia como método, meio ou fim.

Tais operações delituosas são executadas por sujeitos ativos do delito (COURI, 2009; ALMEIDA, 2015) como: *hackers*, responsáveis pelos crimes, pessoas de grande habilidade técnica em sistemas de informática que, normalmente, invadem máquinas e adulteram *softwares*, aplicando-lhes novas funcionalidades diante de falhas nos sistemas; os *crackers* (conhecidos por *black hats*, ou chapéus negros), especialistas cujo desafio é vencer os sistemas, são os verdadeiros invasores de computadores que adulteram programas e dados, comparados a terroristas, e aplicam seu amplo conhecimento da informática com propósitos ilícitos (furto de dados, valores e outros ilícitos) (COURI, 2009; CAMPOS; PRADO, 2017); OLIVEIRA, 2017). Diferentemente e em sentido oposto, os *white hats* (chapéus brancos) se encontram entre os que empregam seu conhecimento de informática para aperfeiçoar os sistemas de segurança de um *software*, atuando de forma legal (BORTOT, 2017).

2.2 Classificação e tipificação dos crimes

A utilização da internet e de sistemas informatizados para transmissão e arquivamento de dados é uma realidade inquestionável, mas não se pode dizer o mesmo da segurança das operações, sujeitas a invasões e práticas ilícitas (virtuais ou cibernéticos), com prejuízos frequentemente elevados aos usuários da rede (CAMPOS; PRADO, 2017; MAUES; DUARTE; CARDOSO, 2018).

Para Almeida et al. (2015), os crimes cibernéticos, conforme a doutrina brasileira dominante, são delitos de natureza formal (aqueles que se consumam no momento da prática da conduta delitiva). Maggio (2013, s.p.) explica:

> Trata-se de crime comum ([...] praticado por qualquer pessoa), plurissubsistente (costuma se realizar por meio de vários atos), comissivo (decorre de uma atividade positiva do agente: "invadir", "instalar") e, excepcionalmente, comissivo por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> omissão (quando o resultado deveria ser impedido pelos garantes – art. 13, § 2º, do CP), de forma vinculada ([...] cometido pelos meios de execução descritos no tipo penal) ou de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio de execução), conforme o caso, formal (se consuma sem a produção do resultado naturalístico, embora ele possa ocorrer), instantâneo (a consumação não se prolonga no tempo), monossubjetivo (pode ser praticado por um único agente), simples (atinge um único bem jurídico, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada da vítima).

Entre os crimes cibernéticos, Oliveira et al. (2018), secundados por Sanches e Ângelo (2018), mencionam como os mais comuns: os crimes contra a honra, difamação, calúnia e injúria, pedofilia e pornografia infantil, divulgação não autorizadas de conteúdo, violação dos direitos autorais e criação de perfis falsos. Na atualidade, porém, dentre as classificações doutrinárias para crimes virtuais, adota-se a que mais se aproxima da realidade dos fatos. Embora existam divergências quanto a classificar os crimes de informática, eles podem ser distribuídos em crimes próprios e impróprios (FERREIRA; FERREIRA JÚNIOR, 2010; CAMPELO; PIRES, 2019).

Os primeiros (próprios) referem o emprego do computador como meio e objeto para a execução dos crimes, e do sistema informático do sujeito passivo (vítima) para a prática de condutas criminosas cometidas contra, por exemplo, o sistema financeiro, independentemente da motivação, com a invasão de dados não autorizada: visa-se modificar, alterar, inserir dados falsos em *softwares* ou *hardwares*, ou simplesmente causar danos (OLIVEIRA et al., 2017). Almeida et al. (2015, p. 224) corroboram que crimes virtuais próprios "são aqueles em que o sujeito ativo utiliza o sistema informático do sujeito passivo, no qual o computador como sistema tecnológico é usado como objeto e meio para execução do crime".

Os segundos (impróprios) referem condutas ilícitas perpetradas contra bens jurídicos tutelados pelo Estado (crimes tipificados) (CAMPOS; PRADO, 2017). Almeida et al. (2015, p. 225) consideram estes crimes como aqueles executados com a "utilização do computador, ou seja, por meio da máquina [...] utilizada como instrumento para realização de condutas ilícitas que atinge todo o bem jurídico já tutelado". Trata-se, portando, de crimes já tipificados na lei, executados com o uso do computador e da rede, embora o computador não seja elemento essencial para a prática criminosa, como é o caso da pedofilia, que pode servir-se de outros meios que não a informática para a produção do ato ilícito (CAIADO; CAIADO, 2018).

Como um sistema de informação (computador) é um instrumento de ação (como armas, explosivos etc., usados de forma criminosa) para se cometer um delito,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ele também deve ser tutelado pelo Estado quanto ao ataque ou lesões a bens e interesses que advierem a partir de seu uso, quer em atividades individuais, quer em atividades coletivas ou sociais, uma vez que o computador passou a ser instrumento para a prática criminal. Deve-se destacar que a informática trouxe a prática de novos delitos além daqueles anteriormente previstos no ordenamento jurídico brasileiro, que passaram a exigir regulamentação própria para se evitar a impunibilidade desses crimes cometidos pelo ambiente virtual (BORTOT, 2017).

Quanto aos crimes cibernéticos, consideram-se a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade como elementos que fundamentam sua classificação, uma vez que os crimes com essas características já se enquadram no ordenamento penal pátrio. Campelo e Pires (2019, p. 4) entendem que tipificar um crime é "descriminar qual o tipo de crime e definir sua punição", o que requer esclarecer seu tipo penal, constitucionalidade, esfera de proteção, significância da conduta criminosa, causalidade, imputação objetiva e subjetiva (crime doloso ou culposo), grau de participação do ofendido, consequências e danos gerados, consumação ou tentativa, entre outros aspectos tipificadores. É pertinente destacar que, no âmbito virtual, as tecnologias proporcionaram condutas criminosas novas, sendo necessária aptidão para reconhecer e punir as modalidades de crimes virtuais: muitas práticas já são ordenadas penalmente (e.g., pedofilia e pornografia infantil), mas existem crimes virtuais de pouca ocorrência, não se tendo ainda a devida proteção do internauta.

Todavia, não se fala em tipicidade do crime virtual sem se pensar no código penal, aplicado em conjunto com algumas legislações existentes voltadas aos crimes virtuais, alguns dos quais já tipificados na legislação penal como os crimes de ameaça, difamação, calúnia, injúria, apologia ao crime ou criminoso, falsa identidade, dentre outros, alterando apenas o cenário da prática criminosa (COURI, 2009; CRUZ; RODRIGUES, 2018). Como a internet é tão somente um instrumento de execução do delito, não se pode afirmar que o ordenamento jurídico brasileira proteja o espaço virtual, o que não impede qualquer investigação no sentido de elucidar tais crimes.

2.3 Legislação brasileira

Embora relativamente novo no âmbito legal, as condutas virtuais criminosas aparecem no atual panorama global com a exigência de alterações na legislação penal informática com o fito de se evitar a impunidade dos delitos informáticos de qualquer natureza (ALMEIDA et al., 2015). De um modo geral, costuma dizer que existem os crimes informáticos puros, puros sem previsão legal (e alguns com previsão legal) e os impuros (COURI, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os crimes virtuais puros ocorrem quando o autor do evento age para atacar, virtual ou fisicamente, sistemas, redes, programas e unidades de armazenamento de dados, mesmo que a legislação para enquadrá-los seja incipiente: caso da interceptação de e-mail pessoal, comercial, da administração pública ou qualquer correspondência virtual, conforme artigos 151 e 152 do CP (BRASIL, 2013) e art. 10º da Lei 9296/96 (BRASIL, 1996), porque se constituem violação e divulgação de informações sigilosas ou reservadas (art. 153, §1º-A do CP), contidas nos sistemas de informação ou banco de dados. Couri (2009) ainda reconhece outros delitos virtuais puros tais como: inserção de dados falsos, alteração ou exclusão indevida de dados corretos, alteração não autorizada de sistema de informação ou *softwares* (art. 313-B do CP) (BRASIL, 2013), violação da proteção intelectual de programa computacional para sua comercialização (art. 12 da Lei 9.609/98) (BRASIL, 1998).

Os crimes virtuais puros sem previsão legal não possuem tipificação penal expressa, isto é, apresentam ausência de definição legal (conceitos, implicações, sanção penal expressa), como o envio de vírus e *e-mail bombing* – crimes típicos cujo objeto é o computador – que apenas recebem reprimenda no art. 163 do CP (BRASIL, 2013), posto que geram danos apenas aos seus receptores. São crimes de difícil subsunção, isto é, inclusão ou enquadramento a uma normal legal em abstrato, devendo-se enquadrar uma conduta ou fato concreto à norma jurídica (norma-tipo) para poder tipificar o crime. O mesmo ocorre quando programas espiões ou sem controle (*cookies*, *spywares*, *freewares*) registram as informações pessoais do usuário (pessoais ou comerciais), para, posteriormente, se venderem tais informações sem consentimento do usuário; ou quando ocorre a instalação de programa espião (como o vírus "cavalo de troia") por meio de arquivo anexado que, após instalado no computador, apropria-se de informações, arquivos e senhas do usuário para o autor do delito provocar danos ao usuário. Trata-se de uma verdadeira invasão capaz de produzir danos irreversíveis à máquina (e seus programas instalados) e ao indivíduo a que se destinam (COURI, 2009).

Os crimes informáticos impuros correspondem ao uso do computador como instrumento simples de produção de ofensa a outros bens tutelados juridicamente, tais como crimes contra a honra, injúria, de ameaça furto, apropriação indevida, violação autoral, escárnio, favorecimento da prostituição, ato obsceno, incitação ou apologia ao crime ou ao criminoso, falsificação de dados, estelionato eletrônico, pornografia infantil, racismo e xenofobia, dentre outros. Há de se lembrar, ainda, que alguns crimes virtuais impuros têm previsão legal, como estelionato, pedofilia entre outros (COURI, 2009; MACHADO, 2014; ALMEIDA, 2015; MAUES; DUARTE; CARDOSO, 2018).

Diante da realidade criada pela internet, a legislação tem procurado adaptar-se às novas configurações em busca de um ordenamento jurídico atual para a

matéria, de forma abrangente. Apesar de o Código Penal brasileiro (BRASIL, 2013) ter sido elaborado em 1940, não abrangendo, pois, elementos para tipificar e enquadrar os crimes eletrônicos, acredita-se seja possível aplicar os princípios gerais do Direito Penal às condutas criminosas no ambiente virtual, além de algumas destas condutas digitais já encontrarem amparo legal no Código Penal brasileiro, mesmo diante da insuficiência de normas específicas, pelo aproveitamento tanto quanto possível da legislação existente (CAMPOS; PRADO, 2017; SANCHES; ÂNGELO, 2018).

Até 2012, não havia legislação específica para punir os crimes cibernéticos próprios, mas apenas legislação para crimes cibernéticos impróprios (BORTO, 2017). Foi em decorrência de alguns episódios, como os ataques a *sites* do governo e divulgação de fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann, com alta repercussão, em diversos *sites* (CRUZ; RODRIGUES, 2018), que se abriram as discussões para punir os autores de condutas infracionais no meio virtual. Foram propostas e sancionadas, em caráter de urgência (ALMEIDA, 2015), duas leis que cobriam deficiências no ordenamento jurídico brasileiro: a Lei 12.735/2012 (BRASIL, 2012a), conhecida como "Lei Azeredo", e a Lei 12.737/2012 (BRASIL, 2012b), conhecida como "Lei Carolina Dieckmann".

Brasil (2012a) propunha tipificar condutas assumidas pelo uso de sistema eletrônico, digital ou similares, praticadas contra sistemas informatizados, ao mesmo tempo em que autorizava que os órgãos da polícia judiciária estruturassem setores e equipes especializadas para o combate de ações delituosas em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado. Na mesma data, a lei 12.737 (BRASIL, 2012b) tratou da tipificação criminal e alterou o artigo 154-A do Código Penal (BRASIL, 2013) quanto à invasão de dispositivo informático[1], crime novo que passou a ser acrescido ao ordenamento jurídico:

> Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. (BRASIL, 2012b).

A referida lei transcende a condenação do infrator e atinge, igualmente, o indivíduo que "produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no **caput**" do Art. 154-A (BRASIL, 2012b), ficando sujeito às mesma sanções do autor da conduta ilícita.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Campelo e Pires (2019) resumem as penas colimadas na lei, mesmo que em forma de crime subsidiário ou apenas doloso: seis meses a um ano se o crime por invasão resultar na obtenção de comunicações eletrônicas privadas, de segredos comerciais ou industriais, de informações sigilosas definidas em lei e do controle remoto não autorizado do dispositivo invadido.

Mas foi em 2014 que a Lei 12.965/2014 (BRASIL, 2014), chamada Marco Civil da Internet, trouxe regulamentação para o uso da internet no Brasil. Ele surgiu visando normatizar as relações no ambiente virtual e as condutas não contempladas pelo ordenamento brasileiro. A lei estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determinou diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação ao uso da *web*.

Além das garantias constitucionais (BRASIL, 2012c), entre os princípios reiterados por Brasil (2014, Art. 3º) estão: garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, sob a tutela da Constituição Federal; prevenção e proteção à privacidade, à inviolabilidade das informações e dados pessoais; neutralidade e estabilidade da rede, bem assim sua segurança e funcionalidade; estímulo ao uso de boas práticas e responsabilização dos agentes infratores.

Cabe, aqui, entretanto, uma ressalva sobre a inviolabilidade: ainda não está pacificado nos tribunais o que caracteriza "a violação indevida de mecanismo de segurança, conforme é definido no dispositivo legal, visto que nem sempre o usuário possui qualquer nível de segurança implementado ou que talvez seja inviável comprovar tal violação" (CAIADO; CAIADO, 2018, p. 14). Logo, embora as leis brasileiras sejam um avanço importante no combate à criminalidade cibernética no País, ainda requerem ajustes para os diversos aspectos da criminalidade digital (ALMEIDA et al., 2015; BORTO, 2017).

2.4 Investigação dos crimes cibernéticos

A liberdade de expressão e de comunicação é uma garantia da liberdade do homem e um direito fundamental seu. Por outro lado, o anonimato se faz aviltante, sem que se possa responsabilizar o autor perante terceiros, principalmente quando expõe ideias que maculam as pessoas, sendo ele mesmo (o anonimato) vedado pelo art. 5º da Constituição da República (BRASIL, 2012c). Ora, a internet permite que seja garantido o anonimato, o que pode gerar reflexos negativos no mundo real, mas não se pode aceitar a faculdade do anonimato se constitua uma liberdade para fins ilícitos (COURI, 2009): a liberdade privada e o direito à privacidade são um bem maior dos cidadãos, e o Código Penal protege contra a violação dessa privacidade, quer por invasão de domicilio, quer por violação, sonegação ou destruição de

correspondência (BRASIL, 2013). Em decorrência, pode-se dizer que, na rede, o anonimato é relativo, uma vez que se devem restringir práticas delituosas. Mesmo sendo ainda deficiente, a legislação brasileira procura atender à demanda sempre crescente para elucidar e punir os tipos de crimes virtuais (ALMEIDA et al., 2015).

Assim trata o Direito Digital:

> A possibilidade de visibilidade do mundo atual traz também riscos inerentes à acessibilidade, tais como segurança da informação, concorrência desleal, plágio, sabotagem por *hacker*, entre outros. Assim, na mesma velocidade da evolução da rede, em virtude do relativo anonimato proporcionado pela internet, crescem os crimes, as reclamações devido a infrações ao Código de Defesa do Consumidor, as infrações à propriedade intelectual, marcas e patentes, entre outras. (PINHEIRO, 2011, p. 76).

Engana-se, entretanto e em contrapartida, aquele que acredita serem os crimes cibernéticos intocáveis, à margem do mundo real, sem vigilância. O crime informático é um ilícito material, que deixa vestígios, detectáveis por meio de perícias bem constituídas nos termos do Código de Processo Penal (BRASIL, 2013), a serem realizadas, preferencialmente, por profissional habilitado que tenha conhecimentos em informática e em sistemas de comunicação, viabilizando coleta e instrução das provas (COURI, 2009; CRUZ; RODRIGUES, 2018), embora se reconheça que a persecução penal de crimes em ambiente virtual inda seja insatisfatória, quer pela deficiência de leis tipificadoras, quer por ausência de peritos habilitados e até mesmo por falhas ou falta de cooperação internacional (ALMEIDA, 2015).

Pesquisadores de segurança digital se permitem, potencialmente, mudar as forenses digitais para melhor eficácia nas investigações, embora se compreendam as muitas limitações às investigações e aos modelos de segurança. Além disso, a abordagem nos crimes pode produzir impacto mínimo devido a falhas na políticas ou leis e motivações existentes por detrás de uma infração (CAIADO; CAIADO, 2018).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa permitiu aferir alguns aspectos relevantes para entendimento dos principais aspectos dos crimes cibernéticos, sua tipificação e o ordenamento jurídico brasileiro relativo aos crimes virtuais.

Os crimes cibernéticos, tais como os crimes comuns, são condutas típicas, culpáveis e antijurídicas, que traduzem um comportamento ilegal de apropriação indevida de informações e dados, sigilosos ou pessoais, para favorecimento próprio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

São crimes executados pela *web*, em que o computador é apenas um instrumento de execução.

Trata-se de crime ou contravenção, praticados por pessoa física ou jurídica, que ofendem a segurança informática e a integridade ou a confidencialidade de pessoas ou organizações. Entre os crimes cibernéticos mais comuns se encontram: os crimes contra a honra, difamação, calúnia e injúria, pedofilia e pornografia infantil, divulgação não autorizada de conteúdos e criação de perfis falsos. A classificação de tais crimes virtuais considera a aproximação com o crime real, levando-se em conta tipo penal, constitucionalidade, conduta criminosa e causalidade, objetividade e subjetividade do delito (doloso ou culposo), consequências e danos provocados, consumação ou tentativa, entre outras facetas tipificadoras.

Embora recentes no âmbito legal e apesar dos avanços importantes no combate à criminalidade digital no País, a tipificação e imputação criminal das condutas cibernéticas ilícitas carecem de mudanças e adequações na legislação penal informática para se evitar a impunidade desse tipo de delito. Todavia, apesar das deficiências do atual ordenamento jurídico brasileiro (como a Lei 12.737/2012 e Lei 12.965/2014), a legislação brasileira tem buscado atender à crescente demanda de esclarecimento dos crimes cibernéticos e sua justa punição.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. J.; MENDONÇA, A. B.; CARMO, G. P.; SANTOS, K. S.; SILVA, L. M. M.; AZEVEDO, R. R. D. Crimes cibernéticos. **Ciências Humanas e Sociais Unit**, Aracaju, SE, v. 2, n.3, p. 215-236, mar. 2015. (Cadernos de graduação).

BORTOT, Jessica Fagundes. Crimes cibernéticos: aspectos legislativos e implicações na persecução penal com base nas legislações brasileira e internacional. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p.338-362, 1º sem. 2017. ISSN - 1678-3425.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, de 25.7.1996. Brasília, DF, Presidência da República, 1996.

_____. Lei nº 9.609 , de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, de 20.2.1998 e retificado no DOU de 25.2.1998. Brasília, DF, Presidência da República, 1998.

_____. Lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar

condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, de 3.12.2012. Brasília, DF, Presidência da República, 2012a.

_____. Lei Ordinária nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** de 3.12.2012. Brasília, Presidência da República, 2012b.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil [1988]**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. 35. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012c.

454 p. (Série textos básicos; n. 67)

_____. **Código Penal [1940] e Código de Processo Penal [1941]**. 6. ed.

atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do

Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013. 221 p.

_____. Lei Ordinária 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,** de 24.4.2014. Brasília, DF, Presidência da República, 2014.

_____. MPF – Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. **Crimes cibernéticos**. Brasília: MPF, 2018. 275 p. (Coletânea de artigos; v. 3).

CAIADO, Felipe B.; CAIADO, Marcelo. Combate à pornografia infantojuvenil com aperfeiçoamentos na identificação de suspeitos e na detecção de arquivos de interesse. In: BRASIL. MPF – Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. **Crimes cibernéticos**. Brasília: MPF, 2018. (Coletânea de artigos; v. 3), p. 8-24.

CAMPELO, Larissa; PIRES, Pamela de Freitas. **Crimes virtuais**. [*onlilne*], maio 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/72619/crimes-virtuais. Acesso em: 13 out. 2019.

CAMPOS, *Emília Malgueiro; PRADO, Maíra Lins.* ***Crimes eletrônicos****. [online], 06 jul. 2017. 11 p. Disponível em:* https://www.portalintelectual.com.br/crimes-eletronicos. Acesso em: 10 out. 2019.

COURI, Gustavo Fuscaldo. **Crimes pela internet**. 2009. 26 f. Artigo (Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito Candido Mendes, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

CRIMES DIGITAIS: o que são, como denunciar e quais leis tipificam como crime? [internet], 19 out. 2019. Disponível em: https://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/594495899/crimes-digitais-o-que-sao-como-denunciar-e-quais-leis-tipificam-como-crime. Acesso em: 19 out. 2019.

CRUZ, Diego; RODRIGUES, Juliana. Crimes cibernéticos e a falsa sensação de impunidade. **Revista Científica Eletrônica do Curso De Direito**. 13. ed., jan. 2018. 18 p. Periódico Semestral.

FERREIRA, Lóren Formiga de Pinto; FEREIRA JÚNIOR, José Carlos Macedo de Pinto. Os crimes de informática e seu enquadramento no direito penal pátrio. **Revista dos Tribunais**, v. 893, página 407-424, mar. 2010. (Fascículo 2, matéria penal, doutrina penal).

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado**: parte especial. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

KUMAGAI, Rosângela Castro. **A falta de órgãos que promovem investigação criminal cibernética**. 2016. 13 f. Artigo (Graduação em Direito) – Faculdade Aldete Maria Alves (FAMA), Iturama, MG, 2016.

MACHADO, Lucyana A. Crimes cibernéticos: a consciência digital, independente da idade, é o caminho mais seguro para o bom uso da internet, sujeita às mesmas regras de ética, educação e respeito ao próximo. [*online*], 20 nov. 2014. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8772/Crimes-ciberneticos. Acesso em: 19 out. 2019.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Novo crime: invasão de dispositivo informático - CP, Art. 154-A. 6 p.** [internet], 22 out. 2019. Disponível em: https://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942478/novo-crime-invasao-de-dispositivo-informatico-cp-art-154-a. Acesso em: 22 out. 2019.

MAUES, G. B. K.; DUARTE, K. C.; CARDOSO, W. R. Silva. Crimes virtuais: uma análise sobre a adequação da legislação penal brasileira. **Revista Científica da FASETE**, p. 155-180, 2018.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da internet. **Revista de direito do consumidor**, v. 18, n. 70, p. 41-92, abr./jun. 2009.

OLIVEIRA, B. M.; MATTOS, K. R.; SIQUEIRA, M. S.; OLIVEIRA, N. Crimes virtuais e a legislação brasileira, (re)pensando direito. **Revista do Curso em Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo, EDIESA**, ano 7, n. 13, p. 119-130, jan./jun. 2017. ISSN versão eletrônica 2447-3464; ISSN versão impressa 2237-5963.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANCHES, Ademir Gasques; ÂNGELO, Ana Elisa de. **Insuficiência das leis em relação aos crimes cibernéticos no Brasil**. [*online*], maio 2018. 2 p. Disponível em:

https://jus.com.br/artigos/66527/insuficiencia-das-leis-em-relacao-aos-crimes-ciberneticos-no-brasil. Acesso em: 13 out. 2019.

www.conteudojuridico.com.br

A TEORIA DA IMPREVISÃO E SUA INAPLICAÇÃO NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL EM VIRTUDE DOS EFEITOS DA PANDEMIA DA COVID-19

LEONARDO RIBEIRO DA SILVA: Bacharel em Direito, Universidade Católica de Brasília - UCB, Especialista em Direito Administrativo, LFG/Anhaguera. Advogado.

Resumo: O presente artigo visa analisar a inaplicação da teoria da imprevisão nos contratos de locação residencial em virtude dos efeitos da pandemia da Covid-19. Serão vistos os aspectos gerais dos contratos de locação, o contrato de locação residencial, um breve conceito da teoria da imprevisão e os requisitos que permitem a sua aplicação. Por fim, o artigo visa analisar o contrato de locação residencial, os possíveis impactos da pandemia da Covid-19 no âmbito contratual e a impossibilidade da aplicação da teoria da imprevisão a esse tipo de contrato e suas justificativas.

Palavras chave: Teoria da imprevisão. Contratos de locação residencial. Pandemia Covid-19.

Sumário: 1. Introdução. 2. Contratos de locação 2.1. Contrato de locação residencial 3. Teoria da imprevisão. 3.1. A inaplicabilidade da teoria da imprevisão nos contratos de locação residencial em virtude dos efeitos da pandemia da Covid-19. 4. Conclusão. 5. Referências.

1.Introdução

Nós vivemos tempos difíceis e incertos, a pandemia mundial da Covid-19 que nos atingiu mudou drasticamente a rotina da sociedade, e seus reflexos se fez sentir na economia de um modo geral, nas relações contratuais privadas, nos setores da saúde, nas áreas governamentais etc.

Naturalmente, as consequências da pandemia da Covid-19 também se estenderam ao ordenamento jurídico vigente que precisou adaptar algumas normas legais para atender a esse período emergencial e atípico. Dessa forma, estamos diante da flexibilização de alguns institutos legais, bem como, a necessidade de criação de normas jurídicas temporárias que atendam as situações específicas que vão surgindo em meio à crise institucionalizada.

As ações governamentais para deter o avanço da contaminação do Covid-19 determinaram o fechamento parcial ou total do comércio, o isolamento social, a diminuição ou suspensão das atividades industriais, novas regras trabalhistas etc. No

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

entanto, é fácil observar que não há um consenso entre as autoridades políticas estabelecidas, no que diz respeito, a melhor forma de combate à pandemia, o que tem gerado severa divergência de entendimento entre o governo federal, estadual e municipal.

Um dos setores que mais tem sofrido os efeitos da pandemia da Covid-19 é o setor de locação comercial, tendo em vista que a maior parte das atividades comerciais e de serviços foi suspensa praticamente em todo o país. E muitos têm sido os questionamentos sobre o que fazer com os vários contratos de locação comercial que repentinamente foram afetados por essa situação atípica e inesperada.

Apesar das locações comerciais serem o alvo da maior parte dos questionamentos jurídicos no cenário atual, a nossa intenção, no momento, é refletir um pouco sobre os contratos de locação residenciais, que em escala bem menor, também são alvos de questionamentos em virtude dos efeitos da pandemia da Covid-19.

Dessa forma, o objetivo desse artigo é analisar os impactos da pandemia da Covid-19 nos contratos de locação residencial, e a inaplicabilidade da teoria da imprevisão a esses contratos.

O artigo visa esclarecer que a locação residencial sofreu bem menos impactos devido à pandemia da Covid-19, e que devido a isso a teoria da imprevisão não se aplica a esse tipo de locação, ademais, as dificuldades que surgirem no adimplemento desses contratos podem ser resolvidas de forma extrajudicial, preferencialmente, utilizando-se a boa-fé objetiva e o bom senso entre as partes.

2. Contrato de locação

O contrato de locação é um dos contratos mais utilizados na história da humanidade, e nos tempos atuais permanece sendo um contrato bem presente e rotineiro nas relações sociais.

No contrato de locação uma das partes cede à outra o uso e o gozo de bem não fungível, por tempo determinado ou não, mediante retribuição. Esse conceito pode ser encontrado no art. 565, do Código Civil.

Nos contratos de locação as partes são denominadas de locador e locatário (ou inquilino).

Os elementos essenciais do contrato de locação são:

a) Objeto que pode ser coisa móvel ou imóvel;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

b) Preço que é denominado de remuneração ou aluguel. A locação não pode ser gratuita, caso contrário pode se converter em comodato. O preço pode ser livremente estipulado pelas partes e o pagamento pode ser feito em parcelas ou pago integralmente por um período.

Ressalte-se que o pagamento deve ser feito em dinheiro, não podendo ser feito em moeda estrangeira, nem vinculado à variação cambial ou ao salário mínimo. Por fim, o preço é devido mesmo que a coisa locada não seja usada efetivamente.

c) Consentimento pode ser expresso ou tácito. Nas locações com prazos previstos acima de 10 anos, a Lei das locações (Lei nº 8.245/91), exige o consentimento conjugal.

Além disso, o contrato de locação tem como características ser um contrato bilateral, comutativo, oneroso, consensual, de trato sucessivo ou execução continuada.

O Código Civil elenca as obrigações do locador nos arts 566 a 568, e as obrigações do locatário nos arts. 569 a 578.

Importante ressaltar que a locação de imóveis urbanos (comerciais e residenciais) é disciplinada pela Lei das Locações ou Inquilinato, e a locação de imóveis rurais pelo Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64).

2.1. Contrato de locação residencial

O contrato de locação residencial é disciplinado pela Lei de Locações ou Inquilinato (Lei n.8.245/91), é o contrato onde uma das partes denominada locador (proprietário) cede o uso de imóvel urbano, mediante retribuição pecuniária ou aluguel, a outra parte denominada locatária (ou inquilino).

Os contratos de locação residencial podem ser verbais ou escritos, no entanto, o contrato formalizado por escrito confere maior segurança jurídica às partes.

Também é importante ressaltar que, as regras que incidem sobre o aluguel nos contratos de locação residencial estão previstas nos arts. 17 a 20 da Lei de locações, essas regras são importantes porque asseguram um valor justo de pagamento para o locatário protegendo-o de aumentos abusivos após a formalização do contrato e, resguardando o direito de moradia. Por outro lado, também é uma proteção para o locador, pois, impede a desvalorização do aluguel

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

durante a vigência do contrato, ou seja, é uma forma de preservar o patrimônio do locador.

Ainda sobre o aluguel, art. 19 prescreve que não havendo acordo entre o locador e o locatário sobre o valor compactuado, após três anos de vigência do contrato, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao valor do mercado.

Outro aspecto importante a ser considerado são as garantias locatícias que podem ser inseridas no bojo do contrato, a pedido do locador. Essas garantias estão previstas no art. 37 da Lei de Locações. Vejamos:

> Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:
>
> I- Caução;
>
> II- Fiança;
>
> III- Seguro de fiança locatícia;
>
> IV- Cessão de quotas de fundo de investimento.
>
> Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

Essas modalidades de garantias são uma maneira de proteger o locador e garantir o cumprimento da obrigação contratual. Na maioria das vezes, a exigência da garantia locatícia é indispensável para a formalização do contrato de locação.

Dentre as modalidades de garantias prescritas em lei, as mais utilizadas têm sido a fiança, a caução e por último o seguro de garantia, sendo que, a fiança em regra, é a menos onerosa para os locatários.

Na fiança, uma terceira pessoa figura no contrato de locação como garantidora das obrigações do locador, assim, em caso de inadimplência do locatário o fiador assume as obrigações deste.

A caução costuma ser bem onerosa para o locatário, pois corresponde ao depósito adiantado de 03 (três) meses de aluguel. Ao término do contrato, não se verificando nenhuma pendência financeira por parte do locatário, o dinheiro depositado é devolvido. Lembrando que a caução também pode ser prestada por meio de bens móveis ou imóveis.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Já o seguro fiança, como já diz o nome é aquele que o seguro substitui a figura do fiador tradicional. O seguro fiança assegura ao locador o pagamento do aluguel e dos encargos locatícios em caso de inadimplemento das obrigações contratuais por parte do locatário de forma rápida e sem burocracia.

Por outro lado, essa modalidade de garantia não se mostra muito atraente para o locatário devido ao alto custo, pois nem sempre a contratação do seguro vai cobrir todo o contrato de aluguel e é preciso renovar o serviço de acordo com os períodos estipulados pelas seguradoras. Além disso, as seguradoras também costumam fazer uma análise de renda o que pode impedir a contratação dessa garantia, como por exemplo, no caso de locatários que sejam autônomos.

Ressalte-se ainda que, nessa modalidade de garantia os valores não serão devolvidos ao final do contrato ao locatário.

Por fim, importante dizer que o inadimplemento das obrigações contratuais por parte do locatário enseja multas, eventual inclusão do mesmo no serviço de proteção ao crédito, bem como ação de despejo se solicitada pelo locador. A ação de despejo está prevista nos arts. 59 a 66 da Lei das Locações.

3. Teoria da imprevisão

A teoria da imprevisão está prevista nos artigos. 478 a 480 do Código Civil. Segundo o art. 478: "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação".

E nesse mesmo sentido de revisão contratual, corroborando o entendimento do artigo supracitado, é relevante salientar o art. 317 também do Código Civil que prescreve que: "Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o momento da sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação".

Conforme os dispositivos supracitados evidencia-se que a teoria da imprevisão permite a revisão contratual judicial desde que ocorra um desequilíbrio superveniente na relação contratual que onere excessivamente uma das partes em detrimento da outra, tendo como causa fato extraordinário e imprevisível, ou seja, independente da vontade das partes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A teoria da imprevisão é de origem francesa e deriva de uma antiga cláusula, presente nos contratos de execução prolongada e denominada como cláusula *rebus sic stantibus* que determina que o vínculo contratual obrigatório entre as partes, subsiste enquanto se manter inalterado o estado do fato vigente à época da contratação.

Assim para que seja possível a aplicação da teoria da imprevisão devem-se observar os seguintes requisitos;

a) O contrato deve ser sinalagmático, oneroso, comutativo, de prestação diferida ou continuada;

b) O fato deve ser extraordinário e superveniente;

c) O fato deve ser imprevisível, alheio a vontade das partes;

d) Desproporção entre a prestação devida, de forma a onerar excessivamente umas das partes em detrimento da outra.

Dentre os requisitos citados salienta-se que a imprevisibilidade dos acontecimentos deve ser observada objetivamente, pois não é qualquer situação rotineira que se qualifica como requisito para a aplicação da teoria da imprevisão.

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2003, p.462) ensina que: "o princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades comezinhas de cumprimento, por fatores externos perfeitamente previsíveis. O contrato visa sempre uma situação futura, um porvir. Os contratantes, ao estabelecerem o negócio, têm em vista justamente a previsão de situações futuras. A imprevisão que pode autorizar uma intervenção judicial na vontade contratual é somente a que refoge totalmente às possibilidades de previsibilidade".

Conclui-se, então, que a teoria da imprevisão só pode ser utilizada desde que seja comprovado que houve um desequilíbrio contratual gerado por fatos imprevisíveis e extraordinários, e que tenham gerado excessiva onerosidade para uma das partes, ou seja, não basta apenas estarmos vivendo uma crise imprevisível e extraordinária, é imprescindível a comprovação dos demais requisitos.

3.1. Inaplicabilidade da teoria da imprevisão nos contratos de locação residencial em virtude dos efeitos da pandemia da Covid-19

É indubitável que a pandemia da Covid-19 é um fato extraordinário e imprevisível, tendo suas consequências severas repercussões em diversos setores da sociedade, principalmente na economia, sendo o comércio uma das atividades mais atingidas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Diante dessa situação muitos contratos de locação foram atingidos e já se observa diversas ações judiciais com o intuito de revisar esses contratos tendo como principal argumento a teoria da imprevisão.

De fato, a locação comercial foi duramente atingida pelos efeitos da pandemia da Covid-19, uma vez que as ações governamentais determinaram o fechamento quase total das atividades comerciais o que afetou diretamente o valor das locações comerciais, ou seja, a maior parte dos locatários sofreu queda brusca em suas receitas e, por conseguinte, deixou de auferir renda suficiente para honrar com suas obrigações contratuais fixas, como por exemplo, o aluguel.

Ora, o objeto primário da locação comercial é a atividade econômica e os benefícios advindos dessa atividade, como por exemplo, a geração de emprego etc., mas esse objeto foi claramente prejudicado pelos efeitos da pandemia da Covid-19, ou seja, há um desequilíbrio interno nas obrigações contratuais pactuadas.

Então, no caso das locações comerciais existe a possibilidade concreta da aplicação da teoria da imprevisão, pois estamos diante de um fato imprevisível, extraordinário e que tende a onerar excessivamente uma das partes causando o desequilíbrio contratual entre as partes.

Ademais, é preciso considerar o fato de que enquanto perdurar os efeitos da pandemia da Covid-19 que determinou o fechamento compulsório do comércio e de atividades não essenciais tanto o locador quanto o locatário estão impedidos de cumprir plenamente as obrigações contratuais pactuadas. Ora, o primeiro não pode cumprir a sua obrigação básica de dispor o imóvel locado para o uso a que se destina (art. 22, I, II, da Lei nº 8.245/91), e o segundo não pode adimplir a despesa fixa do aluguel, uma vez que não tem como utilizar livremente o imóvel locado para exercer sua atividade profissional ou comercial, logo, não consegue auferir renda suficiente para honrar seus compromissos.

Mas e as locações residenciais? Será que é possível afirmar que a pandemia do Covid-19 e seus efeitos constitui argumento suficiente para a aplicação da teoria da imprevisão na revisão contratual do aluguel?

Como já foi dito anteriormente, o objeto primário da locação residencial é a moradia do locatário, ora, mesmo com todas as dificuldades trazidas pela pandemia da Covid-19 há de se considerar que as locações residenciais não tiveram sua principal finalidade atingida, em outras palavras, o locatário continua tendo o uso pleno e pacífico do imóvel locado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ou seja, o imóvel locado não foi atingido pelos efeitos da pandemia e por isso mesmo, não sofreu nenhuma desvalorização, logo, não há motivos para a aplicação da teoria da imprevisão baseada nessa premissa.

Percebe-se que nas locações residenciais o que muda é a situação particular de uma das partes qual seja, o locatário, e não a situação do imóvel locado.

Outro efeito da pandemia da Covid-19 a se considerar foram as alterações de várias regras trabalhistas e suas consequências nas relações empregatícias.

Dentre essas consequências, temos trabalhadores que tiveram seus contratos de trabalho rescindidos, interrompidos, ou suspensos, e ainda, casos de redução de salários.

Evidente que essas alterações podem dificultar que os locatários residenciais cumpram suas obrigações contratuais conforme estipulado entre as partes, de fato, isso pode ser um motivo válido e plausível para o atraso no pagamento do aluguel ou para que se faça uma revisão dos valores acordados entre as partes.

Por outro lado, consideremos a possibilidade de que os locadores de imóveis residenciais também estão sendo atingidos pelos efeitos da pandemia, uma vez que, a maior parte desses locadores tem como fonte principal ou secundária de renda, a locação desses imóveis. Assim, não se verifica o desequilíbrio contratual e nem a excessiva onerosidade que possa gerar enriquecimento ilícito para uma das partes.

De fato, diante do cenário econômico crítico do país e da incerteza do fim dessa pandemia, é melhor buscar soluções extrajudiciais baseadas no bom senso, na boa-fé entre as partes antes de partir para a judicialização do problema.

O art. 18 da Lei das Locações (Lei nº 8.245/91) oferece uma solução para que as partes cheguem a um consenso sobre o valor do aluguel, segundo o texto legal: "É lícito às partes fixar, de comum acordo, novo valor para o aluguel, bem como inserir ou modificar cláusula de reajuste".

Assim, as partes podem estipular contratualmente, cláusulas para o pagamento do aluguel com vigência temporária, quer dizer, até passarem os efeitos da pandemia da Covid-19. Essas cláusulas podem fixar novo valor para do aluguel, a redução desse valor, uma nova data para pagamento do aluguel etc., são muitas as possibilidades para que as partes entrem em consenso e preservem o contrato.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Também se pode utilizar a garantia locatícia estipulada no contrato para garantir o adimplemento do aluguel.

Logo, nas locações residenciais não estão presentes todos os requisitos que permitem a aplicação da teoria da imprevisão, pois embora, a pandemia da Covid-19 seja um fato imprevisível e extraordinário, não se configura o requisito da onerosidade excessiva e nem se verifica um desequilíbrio interno das obrigações contratuais, assim, conclui-se que nos contratos de locação residencial não há como aplicar a teoria da imprevisão em virtude dos efeitos da pandemia da Covid-19.

Porém, ressalte-se que, eventualmente nos casos concretos a situação pode ter outro desenho e se verificar a possibilidade, ainda que remota, da aplicação da teoria da imprevisão, pois, cada caso concreto tem suas próprias peculiaridades relevantes que devem ser consideradas, pois, todo contrato também precisa ser interpretado de acordo com a realidade fática em que se insere.

4. Conclusão

Neste artigo, tecemos algumas considerações sobre os aspectos gerais dos contratos de locação, dando maior enfoque, aos contratos de locação residenciais, também consideramos o conceito da teoria da imprevisão e seus requisitos essenciais, bem como, sua aplicação em virtude dos efeitos da pandemia da Covid-19. O objetivo central foi demonstrar a inaplicabilidade da teoria da imprevisão nos contratos de locação residencial em virtude dos efeitos da pandemia da Covid-19.

A pandemia da Covid-19 gerou inúmeros efeitos em diversos setores da sociedade, inclusive a economia. Destacaram-se os efeitos da pandemia no setor de comércio, em especial no diz respeito aos contratos de locação comercial e residencial, todavia, houve um olhar mais detalhado sobre os contratos de locação residencial.

Diante dos efeitos da pandemia da Covid-19, a teoria da imprevisão tem sido usada como argumento para a revisão dos contratos de locação no tocante ao aluguel, por isso, foi visto o conceito e os requisitos essenciais que permitem a aplicação da referida teoria nos casos gerados em decorrência da pandemia.

Também foi demonstrado que nos contratos de locação residencial o objeto primário, qual seja a moradia do locatário, não foi atingido pelos efeitos da pandemia do Covid-19, ou seja, o locatário continuou tendo o uso pleno e pacífico do imóvel locado, conforme o art.22, incisos I e II, da Lei das Locações, e também não se observou o desequilíbrio interno das obrigações contratuais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Logo, nos contratos de locação residencial não se verificou um dos requisitos essenciais para a aplicação da teoria da imprevisão, qual seja a onerosidade excessiva, uma vez que os efeitos da pandemia incidem sobre a situação particular de umas das partes, qual seja o locatário e não sobre o imóvel locado.

5. Referências

BRASIL. **Código civil.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.

_____ **Lei do Inquilinato**: Lei nº 8.245, 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 20 abr.2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro**. Vol. 3 São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3ª ed. Vol.2. São Paulo: Atlas, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

SISTEMA JURÍDICO E CODIFICAÇÃO: A VINCULAÇÃO DO JUIZ À LEI FRENTE AO CARÁTER DA JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE IDEOLÓGICA DE REVELAÇÃO

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[1]
(coautora)

Resumo: O objetivo do artigo é analisar a vinculação do juiz à lei frente ao caráter da jurisprudência como fonte ideológica de revelação. Analisa-se a liberdade do juiz para decidir. Utiliza-se fundamentação teórica com base na hermenêutica jurídica, em princípios como o da segurança 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 introdução ao estudo do direito.

Palavras-Chave: Codificação. Jurisprudência. Hermenêutica Jurídica.

Abstract: The purpose of the article is to analyze the link of the judge to the law in face of the character of jurisprudence as an ideological source of revelation. The judge's freedom to decide is analyzed. Theoretical basis is used based on legal hermeneutics, on principles such as legal certainty. 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 introduction to the study of law.

Keywords: Coding. Jurisprudence. Legal Hermeneutics.

Sumário: 1. Introdução: o direito enquanto categoria histórico-social e a função da codificação no sistema jurídico – 2. Codificação e ideologia da subsunção: o papel dos juízes na criação do direito – 3. A função do direito codificado na decisão dos casos – 3.1 Liberdade e vinculação do juiz – 3.2 Vinculação através do direito jurisprudencial e pela dogmática – 4. Direito codificado e jurisprudência: aspectos ideológicos da criação jurisprudencial do direito – 5. Conclusão

1. INTRODUÇÃO: O DIREITO ENQUANTO CATEGORIA HISTÓRICO-SOCIAL E A FUNÇÃO DA CODIFICAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Direito pertence a vários mundos: ao mundo da natureza, dos valores e da cultura. Ele participa do mundo da natureza porque tem base na vida humana e nas relações dela provinda; diria Aftalión que o Direito, enquanto inserto no mundo natural, é um objeto natural psíquico, ou seja, está no tempo, mas não no espaço e ocorre a partir de uma percepção interior (Aftalión, 1980, p. 19). Participa do mundo dos valores por causa da significação que imprime às relações sociais, orientando-a para a realização do bem comum. E por fim, utilizando-se ainda do pensamento de Aftalión, o Direito é um fenômeno cultural porque se insere no contexto das realizações humanas (Aftalión, 1980, p. 19).

Abstraído o caráter simbólico cultural e volitivo do Direito, pode-se ainda dizer que ele possui um valor histórico-social variando conforme a sociedade e conforme a época. Ele é uma instituição político-normativa que regula as relações/interações sociais através da coercitividade para garantir o equilíbrio e a ordem social. Além disso, expressa também um poder emanado de uma autoridade que controlará o comportamento das diversas classes sociais e que manterá a segurança e o controle delas.

Existem, em toda sociedade, conflitos de interesses econômicos, políticos e ideológicos. O Direito, nesse cenário, intervém legitimando e protegendo as vontades vencedoras em detrimento das outras através de dispositivos jurídicos (o Direito será um dispositivo regulador e impositivo de normas que controlará os conflitos futuros). Esses interesses são historicamente relativos, o que obriga o direito e as regras estabelecidas por ele a também serem, já que eles devem versar sobre as necessidades de seu tempo e de sua sociedade (cada sistema socioeconômico e político-ideológico produzirá um conjunto de normas juridicamente institucionalizadas e consolidadas pela ideologia dominante).

Evgeny Bronislavovich Pachukanis enfoca o direito sob o aspecto da dialética e do materialismo histórico quando diz que não é cientificamente correto emitir um conceito de Direito abstrato, formal e a-histórico que seja válido para todas as sociedades e épocas, pois esse conceito não explica o desenvolvimento da sociedade humana nem o movimento histórico que levou o Direito a diferenciar-se de sociedade para sociedade, muito menos explica as diferenças de complexidade entre os diversos sistemas jurídicos. Pachukanis entende que o direito é uma expressão histórica que é caracterizada pela existência de sujeitos atomizados, egoístas, e portadores de interesses opostos; surgindo para mediar/regular a reciprocidade de relações entre os elementos sociais desunidos (Pachukanis, 1988, p. 37 - 46). Este autor diz ainda que o direito será pleno apenas na sociedade burguesa – produtora de mercadorias – e que traduzirá a relação de troca (ou de conflito) entre os possuidores de mercadorias (inclusive a força de trabalho); ou seja, o direito é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

inerente às relações de produção e concretizará as necessidades do modo de produção que vigora (Pachukanis, 1988, p. 37 - 46).

As diferentes correntes jurídicas ocidentais vêm se dividindo entre concepções ideológicas que podem ser agrupadas em duas grandes orientações doutrinárias de acordo com as características em comum que apresentam: todos apresentam concepções não religiosas do direito, cujas normas serão diferentes das normas sociais e das normas morais; então as correntes jurídicas serão agrupadas de acordo com as etapas de elaboração das normas e da elaboração técnica, e a função dos juízes no processo de elaboração jurídica.

A primeira orientação doutrinária é a Escola Clássica, também chamada de Escola da Exegese. Segundo Aftalión, essa escola surge após a Revolução Francesa para diminuir o poder dos juízes (eles foram reduzidos a "boca da lei"). Para essa escola, o direito era a própria lei escrita (única fonte formal do direito e única fonte pela qual o Estado emanar o direito positivo) e o Código de Napoleão era para ela o mesmo que o *Corpus Iuris Civiles* era para Justiniano. A Escola da Exegese faz um estudo direto e analítico dos textos jurídicos, não havendo possibilidade de existir lacunas na lei. Existiriam duas explicações caso as decisões dos juízes fossem diferentes para o mesmo caso: falta de ética ou incompetência. As consequências desses dogmas seriam que ao costume e à jurisprudência seriam negados o valor de fontes do direito; e ao juiz será negado o trabalho de criar normas, devendo ele apenas aplicar a lei de forma mecânica (Aftalión, 1980, p. 779 - 780). Hoje, tem-se a concepção de um direito continental (em oposição ao *commom law*), para o qual seria o direito codificado, o direito escrito.

A segunda orientação doutrinária pode ser chamada de Escola Jurisprudencial e baseia-se no sistema jurídico anglo-saxão. Vicente Ráo o divide em três corpos: *common law* (direito comum), *statute law* (direito estatuário) e *equity* (direito-equidade). Para Ráo, o *commom law* é um conjunto de princípios observados desde tempos remotos e aceitos (mesmo que tacitamente) pelo poder judiciário e legislativo, esses princípios são extraídos pelos juízes e juristas dos julgados, sendo então declarados como direito comum. O *statute law* é o direito escrito, mas que serve apenas para orientar em parte a decisão judicial. E a *equity* se dá quando o juiz beneficia um dos lados para promover a justiça, ela tem o papel de tornar o direito menos rígido, facultando ao direito a possibilidade de evolução. Assim, no sistema jurídico anglo-saxão, o juiz ganha destaque como criador do direito e a jurisprudência passa a ser a sua principal fonte (Ráo, 1999, p. 131 - 138).

As decisões judiciais são relevantes e adequam a norma ao caso concreto, sendo por isso, uma fonte de direito superior à capacidade estatal de legislar. Se por um lado os juízes não têm a única função de interpretar e aplicar a lei; por outro, eles

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

têm também a função de criá-la, o que aperfeiçoará a ordem jurídica. Dessa forma, o Direito, tal qual a linguagem, interage com o mundo através de códigos. Direito e linguagem são códigos que devem ser decodificados, interpretados, explanados. Existe outro significado para código que é, segundo os Doutrinadores Rosangela de Fátima Jacó Batista e José Pereira da Costa, "um conjunto sistemático de preceitos e proibições (leis) que se agrupam de acordo com os aspectos sobre os quais versam" (Batista e Costa, 2006, p. 123). A codificação, assim, interfere na decisão dos juízes, pois as normas possuem menor ou maior imperatividade, intervindo na decisão judicial e no valor atribuído a elas pelos julgadores.

2. CODIFICAÇÃO E IDEOLOGIA DA SUBSUNÇÃO: O PAPEL DOS JUÍZES NA CRIAÇÃO DO DIREITO

O julgador não deduz estritamente sua decisão da lei, esta serve apenas como uma base pela qual o juiz se guia. Se ele fizesse isso, estaria julgando de acordo com os preceitos Legalistas (encabeçada pela Escola da Exegese), cujos postulados básicos – como explica o doutrinador Antonio Bento Betioli – foram o entendimento de ser o Estado o único autor do direito, o dogmatismo legal e a subordinação à vontade do legislador. Essa escola, surgida na França, no início do século XIX, acreditava estar no código todo o direito, ou seja, a lei era a única fonte de direito e o intérprete devia se subordinar ao legislador para compreender o sentido da lei. Adquirindo o texto da lei relevância absoluta, não podia o intérprete ir buscar uma solução para o conflito fora dela (Betioli, 2011, p. 390 - 391).

Para que a decisão seja correta, o julgador deve ajustar/adaptar a norma ao caso que está sendo julgado, ou seja, deve transportar o seu significado para que a subsunção seja feita de forma adequada. A teoria do direito e a metodologia jurídica ganham, dentro desse contexto, a função de criar as regras para transferência do sentido, podendo ou não buscar a assistência do legislador para que haja uma melhor interpretação. Essa busca do sentido da lei na figura do legislador se dá pela natureza histórica da hermenêutica, cujo modelo de interpretação se baseia na criação de um legislador fictício e na busca de sua intenção no ato de criação da lei (Betioli, 2011, p. 381).

Tinha-se a ideia de que a decisão deveria estar estritamente vinculada ao código referido pela lei (a sentença teria o papel de consubstanciar o conteúdo da lei). Essa vinculação imperativa do juiz à lei visa ao estabelecimento de uma jurisprudência unímoda, uniforme, análoga. As decisões jurídicas poderiam, até, ser previstas já que seriam paradigmáticas.

No entanto, hoje tem-se a compreensão de que o juiz ou intérprete, em seu papel de julgar, deve se ater à vontade social dominante. Teoricamente, para se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

aproximar do melhor sentido da lei, deve abandonar "preconceitos de classe", e, procurar captar as "valorações vigentes". Deve ser autônomo e independente. Porém, se quiser ser correto em seu "affaire" de julgar, deve analisar o sentido que a comunidade confere à conduta em questão. Cabe ao juiz (como órgão da comunidade) interpretar a comunidade ao mesmo tempo em que interpreta o caso. Sem dúvida, o que se exige de um juiz para que interprete, ou aplique o melhor sentido jurídico ao caso, é que ele proceda com boa vontade e que nunca tome, como ponto de partida dogmático, a infalibilidade das suas próprias ações.

Contudo, no processo de extração e aplicação do sentido da lei, também é necessário, segundo Miguel Reale, que o juiz ajuste a norma geral e abstrata ao caso concreto (Reale, 2010, p. 169); o que, para muitos autores, representa a fonte autêntica do Direito Objetivado. Para outros, o juiz seria um mero aplicador do direito, sendo ele apenas uma "máquina de silogismos" (de acordo com o liberalismo burguês). Os legalistas clássicos atribuem a atividade jurisprudencial somente aos poderes legislativos e executivos, que tem a criação e a regulação das leis como suas funções; sendo a criação do direito monopólio do poder legislativo (Aftalión, 1980, p. 779 – 780).

Contudo, essas premissas são falsas. Uma tendência juspositivista que se contrapõe a essa visão é o Realismo Jurídico. Para os realistas, não é possível se aplicar o direito de forma imediata como previsto na lei, pois deve ser levada em consideração a realidade social – a lei é apenas um dos fatores que influenciam na decisão judicial - José Cretella Jr. diz que uma lei divorciada da realidade social é uma lei estéril, pois pode ter vigência e não ter eficácia (Cretella Jr., 1984, p. 27). Ainda para os realistas, são normas jurídicas apenas as proferidas pelos tribunais e que o direito é estabelecido através de uma vontade política, não estando o poder de definição nas mãos dos legisladores (Carnio e Gonzaga, 2011, p. 110).

Giorgio del Vecchio diz que a lei é a expressão racional do direito, sendo um pensamento jurídico deliberado e consciente criado por representantes que expressam a vontade predominante de uma sociedade. Ainda segundo del Vecchio, a lei é ao mesmo tempo pensamento e vontade, pensamento porque representa uma determinação lógica e vontade porque representa um ato de império (Del Vecchio, 1979, p. 409). Corrobora com essa ideia Aftalión quando diz que a lei é uma norma geral estabelecida por um órgão competente de determinada sociedade de forma reflexiva e consciente, sendo geralmente escrita (Aftalión, 1980, p. 281). Contudo, modernamente tem-se uma outra visão sobre o que são as leis e o que elas representam. Pachukanis, sob a ótica marxista, diz que a lei é o resultado dos conflitos sociais e dos conflitos de interesses entre classes; sendo, portanto, a expressão da ideologia e da classe vencedora (Pachukanis, 1988, p. 114 – 116). O sentido de lei se completa, então, quando dizemos que ela não é apenas uma forma de regulamentar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a sociedade e os conflitos e as violências nela existentes, mas é também a consubstanciação da ideologia de um Estado (que fica deste ou daquele lado do poder para garantir sua soberania). O juiz, para aplicar decisões justas e equânimes, não poderá se deixar cooptar pela classe hegemônica e se tornar um instrumento de repressão e controle; ele não é um simples técnico que aplica o direito de acordo com a vontade do legislador (ou da classe dominante), mas sim uma pessoa com poder jurisdicional autônomo que estuda as antinomias e lacunas do direito e da lei; o direito criado por ele é legítimo e de caráter obrigatório, sendo reconhecido e reiterado pelo legislador, pelos litigantes e pelos tribunais.

Os juízes não aplicam um direito geral e abstrato, mas sim uma norma individual. Cada juiz terá sua filosofia e seus métodos de intelecção e cognição, porém a decisão judicial e a atividade jurisdicional dos juízes não são ilimitadas. A eles deve ser dada certa liberdade interpretativa e liberdade de conhecer a realidade na qual vive. Os juízes devem também se afastar da legalidade quando ela objetar a aplicação da justiça, pois ao juiz cabe a aplicação do direito, e não exatamente a aplicação da lei. Contudo, existem critérios e limites que restringem a jurisdição do magistrado. Antonio Bento Betioli diz que os limites materiais (normas substantivas) regulam e definem as relações jurídicas e criam direitos e deveres nas relações interpessoais, e que os limites formais (normas adjetivas) são de natureza instrumental, ou seja, definem os procedimentos a serem seguidos para efetivar as relações jurídicas; caso as normas criadas pelos juízes ultrapassem (ou não respeitem) os limites materiais ou formais, a sentença perderá sua legitimidade e será nula (Betioli, 2011, p. 194).

3. A FUNÇÃO DO DIREITO CODIFICADO NA DECISÃO DOS CASOS

3.1 LIBERDADE E VINCULAÇÃO DO JUIZ

A codificação do direito só tem uma consequência importante se as regras codificadas se imporem na decisão de casos concretos, e isso ocorrerá se o juiz as levar em consideração. Em consequência, o juiz estará estreitamente vinculado às normas codificadas. O juiz, em seu trabalho, sofre certas restrições referentes as suas decisões. Uma dessas restrições diz respeito à escolha dos argumentos fundamentadores da decisão, e a outra restrição diz respeito às alternativas de decisão. Os objetivos visados com a vinculação dos juízes também podem ser divididos em duas vertentes: com a codificação e a positivação do direito, criou-se uma jurisprudência mais uniforme, o que acarretou em uma maior exatidão do resultado da decisão e com isso aumentou-se a eficácia com que as normas jurídicas determinam a escolha de alternativas do agente. A verificação de que ele cumpre essas regras de decisão só pode ser feita se ele admitir estar sujeito a elas, e a sujeição dele ao sistema codificado é necessária à administração da justiça.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Devem ser garantidos ao juiz os direitos referentes a sua independência e a independência de vinculação e decisão. Se esses direitos não forem positivados, corre-se o risco de o juiz julgar de acordo com preceitos políticos e de acordo com interesses de terceiros. A base desses direitos fundamenta-se na perspectiva de que os tribunais e juízes devem estar sujeitos apenas ao direito e às leis.

No sistema jurídico alemão, tentou-se limitar a atividade dos juízes com a criação de leis que versavam sobre a proibição da analogia e sobre a estrita vinculação do juiz ao texto da lei. Contudo, essa tentativa [de limitar a atividade dos juízes] mostrou-se ineficiente, pois é o juiz, que de acordo com a Teoria da Moldura, irá criar os limites da punibilidade, julgando cada caso de uma forma diferente; faz-se mister salientar que o juiz não deve ser, como Montesquieu problematizou, "a boca da lei"; ele deve usar de sua criatividade para que haja uma melhor interpretação sobre o texto da lei. A atividade jurisprudencial também não pode estar submetida à interpretação dogmática do direito caso ela limite a liberdade de vinculação do juiz.

Quando ocorre a interpretação da lei embasada no caso concreto, a atividade do juiz passa a constituir a esfera de ação e de significado das palavras da lei; sendo que uma vinculação mais rígida não poderá disfarçar, nem alterar esse fato. A jurisprudência que for obrigada a seguir cegamente o texto da lei continuará a ir de acordo com as condições de atuação, mesmo que seja obrigada a ir contra elas – isso ocorrerá na falta de alternativa. A vinculação do juiz no Estado de direito quer evitar a insegurança jurisprudencial, ou seja, a variação que a jurisprudência sofre e a opacidade de seus determinantes. A jurisprudência deve demonstrar imutabilidade, coerência e segurança. Nenhuma lei poderá limitar a atividade da jurisprudência, ao contrário, aquela é que é limitada por esta. A lei – ou mais precisamente o texto da lei – é um instrumento oferecido pelo legislador ao juiz para que este possa julgar e criar uma jurisprudência uniforme, além de lhe possibilitar a efetivação da justiça e da equidade.

Os elementos vinculativos estarão presentes na ação dos juízes, caso não estejam na lei; os juízes, desse modo, se vincularão aos resultados de sua própria decisão. Essa afirmação se baseia na análise dos sistemas jurídicos sem codificação, ou com uma codificação rudimentar em que a vinculação dos juízes à lei não se dá de forma efetiva, tendo eles que se basear na jurisprudência. A vinculação de casos futuros se dá na medida em que o nosso sistema jurídico retira as regras de decisão de sentenças passadas.

3.2 VINCULAÇÃO ATRAVÉS DE REGRAS DE INTERPRETAÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A metodologia jurídica criou os métodos (ou cânones) de interpretação para controlar as ações decisórias dos juízes, reforçando sua vinculação à lei; esses métodos são definidos e estudados pela Hermenêutica Jurídica. Dentre esses métodos, encontramos: a) a vinculação ao sentido literal da normal (interpretação literal ou gramatical; b) a vinculação ao significado do preceito legal (interpretação sistemática); c) a vinculação à finalidade da norma imaginada pelo legislador histórico (interpretação histórica); d) a vinculação à finalidade atual da norma em questão (interpretação teleológica); e) a vinculação aos preceitos jurídicos contidos na Constituição (interpretação conforme a Constituição).

a) Método Exegético, Literal ou Gramatical:

Segundo Ferraz Júnior, a interpretação gramatical fundamenta-se na ocupação, em primeiro lugar, da lexemática da norma, ou seja, do conjunto de morfemas, palavras ou locuções que constituem um idioma, o qual a norma é expressa de forma escrita. O intérprete não pode acrescentar informações ao texto, tendo de ser fiel ao seu conteúdo e tendo de se limitar ao que o autor diz.

O direito enfrenta o problema da plurissignificação das palavras, o que permite que ocorra uma dispersão semântica. Essa dispersão pode ser amenizada fixando-se mais rigorosamente os sentidos técnicos dos termos visando à precisão conceitual, o que torna as palavras menos ambíguas e menos vagas - o correto uso das regras gramaticais, ou a ausência do uso, e sua clareza e precisão, geram ainda assim, equívocos quanto às interpretações das normas (Júnior, 2011, p. 252 – 253).

b) Método Sistemático:

De acordo com a concepção de Tércio Sampaio, o método sistemático leva em consideração o sistema jurídico global, introduzindo na interpretação elementos estranhos, pois se utiliza de outros textos para o estudo em questão. É realizado um confronto entre o texto principal estudado e outro texto da mesma lei (exame de contexto da lei), ou com os textos de outros sistemas jurídicos positivos (direito comparado), desde que todos versem sobre a mesma relação. Esse método é utilizado levando-se em conta que as normas são mutuamente influenciadas, que uma interfere na outra, ampliando ou restringindo seus princípios e significados (Júnior, 2011, p. 256 – 257).

c) Método Histórico:

Diz Miguel Reale que esse método tem inspiração na Escola Histórica de Savigny e foi criado devido aos desajustes do método exegético, pois começaram a aparecer várias situações não contempladas pelas normas (Reale, 2010, p. 281 - 284). Faz parte desse método a investigação das condições do surgimento da norma com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o objetivo de encontrar a vontade por trás de sua criação, sendo a lei um pré-juízo psicológico. O método histórico cria um legislador fictício – um artifício retórico – e atribui-se a ele um querer.

d) Método Teleológico:

Telos quer dizer fim, finalidade. Utilizando-se das explanações de Ferraz Júnior, concluímos que o método teleológico atribui um propósito a norma e busca sua finalidade. Esse método é o mais flexível dentre todos, pois dá ênfase à participação do intérprete na representação do sentido. O direito tem a tarefa de promover a sociabilidade humana, e a norma, que é uma das expressões do direito, busca esse fim (de acordo com o método teleológico), sendo a realização concreta da justiça o fim maior do direito (Júnior, 2011, p. 265).

e) Interpretação conforme a Constituição:

A Interpretação conforme a Constituição, como explica Antonio Henrique Graciano Suxberger, é aquela que quando há discordância, ambiguidade, ou polissemia em uma lei, devem-se levar em consideração os preceitos fundamentais da Constituição (Suxberger, 2012).

Esses métodos, contudo, não são infalíveis. A priori, os métodos em si necessitam ser interpretados. Os valores da Lei Fundamental não podem ser especificados com exatidão; também não pode ser definido com exatidão o objetivo da regulamentação da norma; e, na melhor das hipóteses, a vontade do legislador histórico até pode ser recriada de forma inequívoca.

Contudo, o juiz, ainda assim, não está vinculado a um determinado resultado, pois não existem metarregras para as regras de interpretação. O juiz é livre para escolher as regras que usará para interpretar e como os diferentes métodos de interpretação conduzem a diferentes resultados, não se poderá esperar uma estrita vinculação do juiz à lei.

3.3 VINCULAÇÃO ATRAVÉS DO DIREITO JURISPRUDENCIAL E PELA DOGMÁTICA JURÍDICA

A jurisprudência cria precedentes (decisões que servem de referência para um caso parecido) e por isso se deveria gerar efeitos vinculativos; contudo não é isso o que ocorre. As diferenciações de problemas, os princípios das decisões, as determinações de teor liberais e as instituições se afirmam com valores e princípios corretos, não só porque são legitimados pela jurisprudência, mas porque são realmente seguidos e confirmados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quando confrontada com um direito jurisprudencial diferenciado, a argumentação jurídica ocupa-se da própria diferenciação de problemas produzidas pela jurisprudência ao invés de se ocupar da norma concretizada. Existem exemplos que mostram o contrário: o juiz pode desviar-se da jurisprudência, afastando-se dos precedentes; porém, terá um esforço muito maior para justificar sua decisão.

A dogmática jurídica estabelece, define e sistematiza as regras de decisão judicial, de fundamentação da argumentação, de diferenciação e classificação de casos e da aplicação da lei; o que faz com que o juiz fique vinculado faticamente, pois a dogmática diferencia e estabiliza a ação do juiz: ela estabelece relevâncias, diminui o número de possibilidades de decisão para um determinado caso, sistematizar problemas e põe padrões de fundamentação à disposição. É a dogmática jurídica que injeta conteúdo e sentido às leis segundo critérios próprios.

O direito jurisprudencial e a dogmática jurídica são não só fontes formais de direito ou elementos que definem e fundamentam as decisões, mas também programas informais (sistemas de regras que estão além da atividade judicial, mas que não necessariamente está contra ela). Os programas informais incluem a utilização de informações provindas de outros processos, como: a fixação da pena no direito penal e a apreciação de testemunhas. A dogmática e a jurisprudência oferecem uma grande quantidade de possibilidades de ação para os juízes, por exemplo: infringir a lei "X", reclusão de 4 a 7 anos; a decisão de quanto tempo essa pessoa passará presa será dada de acordo com os estudos e observações do julgador.

As "considerações das consequências" tornaram-se um dos objetos da atividade interpretativa jurisprudencial. A lei apenas diz quais serão as consequências da decisão do juiz; como e quando ele deve fazer vai de acordo com as concepções do julgador. Os programas informais não são usados de forma indiscriminada, eles fundamentam-se em regras que podem ser controladas e cujo agravo é sancionado.

4. DIREITO CODIFICADO E JURISPRUDÊNCIA: ASPECTOS IDEOLÓGICOS DA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO

A ideia de que a sentença judicial deveria estar estritamente vinculada ao código da lei foi sobrepujada pela ideia de que o juiz cria o direito; o que é afirmado pelo Realismo Jurídico, pois, segundo essa corrente, a validade de uma norma jurídica consolida-se com o parecer dos tribunais, ou seja, a norma só é válida quando efetivamente aplicada e observada pelo juiz – de acordo com Paulo Dourado de Gusmão quando cita Alf Ross (Gusmão, 1984, p. 481 - 482). Contudo, a questão sobre a função da codificação na ação do juiz torna-se mais complicada, pois a tarefa do juiz não fica mais totalmente reduzida à lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Existem várias situações que estão situadas entre a interpretação literal da lei e a interpretação livre, na qual o juiz leva em consideração aquilo que "sente" que é certo. A palavra 'sentença' vem do termo 'sentir', ou seja, a sentença é aquilo que o juiz "sente" (julga) o que é correto e o que é justo.

O Direito e a lei estão no quarto nível de análise social, ou seja, demoram de cem a mil anos para se modificarem. Contudo, a jurisprudência pode ser alterada drasticamente sem que com isso se mudem as leis; ou ainda, uma jurisprudência contra legem pode ser criada sem a alteração da lei, um exemplo muito claro disso – feito pela Doutrinadora Maria Helena Diniz – é a utilização de cheques pós-datados como pagamento a vista - que é contra a lei, mas que muitos juízes interpretam esse caso pelo princípio da boa fé e, também, muitos juízes se utilizam desse tipo de pagamento (Diniz, 2003, p. 308 – 309). Pode-se citar também a greve de servidores públicos, que é inconstitucional pois essa greve vai de encontro à ordem pública já que são os servidores públicos os agentes administrativos do Estado, e sem eles este para, contudo, os juízes aceitam a greve de servidores públicos, e os próprios juízes, em alguns casos, fazem greve.

O Direito, como se sabe, é poroso, vago e ambíguo. Poroso porque seu sentido evoluiu durante os séculos e adquiriu diversos significados; vago porque precisa ser encaixado dentro de um contexto para ter o significado desejado; e ambíguo por encerrar, em si mesmo, diversos significados ao mesmo tempo – toda a lei é vaga e ambígua, e por consequência o ordenamento jurídico também. Então, o juiz surge nesse cenário como um qualificador axiológico, atribuindo valores e significado às leis. Se a lei fosse clara, não haveria a necessidade de juízes e julgamentos, ela simplesmente seria aplicada. Contudo, são elaboradas "linhas de defesa" para se evitar o problema linguístico inerente às leis, quais sejam: utilizar-se dos significados naturais das palavras como limitadores interpretativos e distinguir o núcleo do conceito de uma palavra do seu sentido periférico.

O homem é um ser cognoscitivo, deontológico, axiológico e de inteligência lógico-dedutivo-indutiva; por causa disso, comunica-se com o mundo através dos sentidos. A razão surge para se criar uma interpretação da realidade, e a interpretação surge da comunicação. Então, viver é interpretar e o juiz, como homem, não pode fugir à regra, sendo os seus critérios de julgamento subjetivos. A partir do momento em que ele toma contato com a lei, ele a interpreta automaticamente, querendo ou não. Às vezes, o texto da lei é demasiado obscuro, tendo o juiz que se utilizar de "ferramentas" oferecidas pela hermenêutica jurídica para imaginar a solução adotada pelo legislador caso ele estivesse julgando o caso (Gusmão, 1984, p. 481 – 482). Para que a sentença do juiz seja respaldada e confirmada, ela deve estar de acordo com o texto da lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O direito esteve fragmentado por muito tempo, principalmente na Idade Média – período esse em que as leis escritas eram muito poucas e divergiam entre si, tanto no âmbito interno feudo-feudo, quanto no âmbito interno reino-reino. Com a Revolução Francesa, e posteriormente com a ascensão de Napoleão ao poder, surgem os códigos – o primeiro código da Era Moderna foi o Código de Napoleão (1804). Alguns dos objetivos da codificação das leis eram: a uniformização do direito, a conciliação entre as conquistas civis e políticas da Revolução Francesa com o desejo de estabilidade social e econômica, a proteção dos direitos de cidadania e a simplificação do estudo do direito, segundo John Gilissen (Gilissen, 1986, p. 454). Essa unificação do direito criou uma "jurisprudência segura": o comportamento dos tribunais e as sentenças tornaram-se mais previsíveis e as ações dos juízes passaram a ser controladas mais rigidamente; os interessados tinham acesso a livros que permitiam a eles tomar conhecimento sobre suas posições jurídicas e sobre seus direitos em determinadas circunstâncias, além de possibilitar saber sobre a elaboração e a motivação da sentença; eles poderiam também "prever" as próximas sentenças com base na jurisprudência. Vale destacar, *ipsis* litteris, a afirmação de Arnold Wald (Arnold, 2002, p. 54): "*a codificação tem-se revelado como instrumento de unificação legislativa e política, ao mesmo tempo em que aumenta a segurança jurídica, evitando dúvidas e incertezas na aplicação da lei*".

Desse modo, os códigos facilitaram substancialmente o estudo do direito, sistematizando e organizando a matéria jurídica de forma que se estabeleceram os critérios e princípios de decisão e distinção e as distinções de normas e de casos. Diz Clóvis Beviláqua que as codificações, além de corresponderem aos anseios mentais de sistematização e clareza, constituem formações orgânicas do direito que aumentam o poder de segurança e precisão, estabelecem o recíproco esclarecimento e a harmonia dos dispositivos; e, se não canalizados, não se desenvolveriam plenamente, além de prejudicar por sua ação dispersiva (Beviláqua, 1916, p. 9). A sistematização do conhecimento jurídico em códigos, dividindo-os em seções e capítulos, partes gerais e especiais, permitiu aos juristas que eles tecessem comentários e documentassem decisões. O que implicou em uma melhor comunicação entre os juízes acerca dos problemas jurídicos e implicou na difusão e diferenciação das interpretações jurisprudenciais, isso quer dizer que os juristas passaram a ter um número maior de jurisprudências que poderiam ser consultadas e estudadas.

Quando o juiz cria uma norma específica através de uma sentença, as exigências de legitimação são menores a partir do momento em que ele se baseou em uma norma já codificada; esta irá legitimar materialmente aquela sem a necessidade de referenciar os princípios da decisão. Caso a comunidade jurídica se organize e organize suas decisões de uma maneira que haja controvérsias, toda vez que um ato jurídico for decidido de novo, a correção do conteúdo da sentença terá de ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

demonstrado outra vez. A demonstração deverá estar de acordo com princípios jurídicos fundamentais para mostrar que a decisão decorre de princípios aprovados. As ordens jurídicas sem direito jurisprudencial diferenciado e sem direito codificado apegam-se mais ao rito de legitimação da decisão do que ao conteúdo propriamente dito dessa decisão.

Podendo a jurisprudência se socorrer de normas codificadas, não é mais preciso legitimar a decisão a partir de princípios fundamentais (boa fé, bons costumes, caráter condenável); e se, a esses termos, ela se reportar, poderá ser considerada suspeita de tentar distorcer ou contornar as normas codificadas. A decisão assim legitimada também poderá ser acusada de não levar o direito codificado a sério (apesar de que o direito codificado afirma ter materializado os princípios fundamentais). A demonstração da correção da decisão tem apenas o objetivo de mostrar que a dedução da decisão jurídica pode ser demonstrada. Nesse sistema jurídico, só se pode haver legitimação da decisão se a norma invoca princípios jurídicos fundamentais; e como elas são usadas como elemento autenticador na decisão judicial, isso implica dizer que elas são portadoras de um *principium fundamentalis*.

Contudo, a função do direito codificado para a atividade judicial deixa de ser realizada a partir do momento em que o juiz não invoca os princípios jurídicos fundamentais de uma norma ao aplicá-la a um caso concreto, ou quando a norma se torna obsoleta (deixa de ser efetivamente utilizada, mesmo que não tenha sido alterada ou revogada). Isso implica a perda da essência e da função representativa da norma.

A codificação impulsionou a positivação do direito, pois o direito posto (positivo) – segundo Paulo Dourado de Gusmão – é o direito histórico, temporal, e promulgado de acordo com os ritos legitimadores; é um direito que teve ou tem vigência e tem eficácia em determinado território, podendo estender-se ou não para fora dele (Gusmão, 1984, p. 74). O direito natural é um direito invariável, pois é considerado um direito intrínseco ao ser humano – para Del Vecchio, é um ideal de justiça absoluto que corresponde à fundamental exigência da consciência (Del Vecchio, 1979, p. 334); enquanto que o direito positivo passa a ser variável, pois deverá se adequar a uma determinada sociedade em determinada época para resolver não só as contingências humanas, mas também as contingências estatais. Nesse contexto, torna-se mais fácil a suavização da disposição do direito ao legislador, pois o papel de soberano é separado do papel de legislador e este não possui mais um poder absoluto. Como o direito não está mais à disposição do soberano, mas sim do legislador, ele se torna um instrumento de transformação social sem implicar em violação ou desobediência ao soberano. O direito assim torna-se dinâmico e seleto, valendo as leis que atendem às necessidades atuais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por este ângulo, os juízes, por serem aqueles que interpretam e aplicam a lei e por serem aqueles que criam a jurisprudência, são instrumentos de expansão, efetivação e validação do direito. O legalismo clássico tem uma visão deturpada sobre isso, ele pressupõe que a jurisprudência é meramente ilustrativa, servindo apenas de exemplo para as próximas decisões judiciais; contudo, não consegue explicar a vinculação do juiz à jurisprudência, nem consegue explicar o seu papel dentro do ordenamento jurídico.

As fontes estatais de direito nunca conseguiram monopolizar a função de criar o direito; na maioria das sociedades, as fontes do direito foram a jurisprudência e o costume; este último definido por John Gilissen como um conjunto de usos de natureza jurídica que adquiriram força obrigatória, em um grupo sociopolítico dado, pela repetição de atos públicos e pacíficos durante um lapso de tempo relativamente longo (Gilissen, 1986, p. 27). Giorgio del Vecchio diz que o costume é o modo originário da vontade social, ele é composto de regras, que se revelam por uma repetição constante, seguidas do sentimento de obrigatoriedade de forma que os outros possam exigir a manutenção desse comportamento. Diz ainda que ele deve ter um lapso de tempo bastante longo, pois não se observa uniformidade apenas em atos repetidos. Nas sociedades antigas, a autoridade do costume era muito grande, pois o indivíduo é fortemente influenciado por um ambiente histórico, além disso outros fatores concorrem para validar o costume nas sociedades primitivas, como a imitação e o hábito, aquele se explica por produzir menos esforço, é mais cômodo fazer o que já se viu antes; e este se explica porque é mais fácil repetir o que algum dia já se executou. Del Vecchio diz que por isso o Direito Positivo é consuetudinário ou costumeiro e que é falsa a afirmação de que os legisladores criam ou inventam o direito (Del Vecchio, 1979, p. 405 – 408). É importante ressaltar que a jurisprudência vai além do costume, pois este não possui domínio consciente dos princípios (nem todo hábito legitimado pela sociedade é um hábito correto).

Dessa forma, é demasiado restritivo reduzir o ordenamento jurídico a uma estrutura piramidal hierárquica cujos patamares são ocupados por normas gerais e abstratas impostas por interesses ideológicos dos legisladores. A jurisprudência é o elemento que quebra a estrutura piramidal do ordenamento, impedindo que o direito se torne rígido/inflexível; a jurisprudência é o elemento renovador e atualizador dos códigos e leis, não podendo se esquecer de que ao lado da jurisprudência está a doutrina, a analogia, os costumes e os princípios gerais.

A visão positivista de que os poderes têm uma estrutura rígida, fixa e mecânica é anacrônica, visto que essa ideologia não responde mais às necessidades contemporâneas, pois a distinção entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário tornou-se tênue; os dois se completam e fazem parte de uma mesma estrutura. Além disso, no Poder Judiciário, as decisões judiciais tendenciosas são respaldadas por um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Poder Executivo que se fundamenta na coibição simbólica das ideologias. O positivismo acaba por atribuir ao aparelho estatal a exclusiva função de criar o direito, mas se esquece de que a estrutura jurídica contemporânea é influenciada e composta por uma multiplicidade de fatores histórico-sociais.

Como diz Pachukanis, o Direito é em parte um reflexo da ideologia do julgador e em parte um reflexo da ideologia dominante (Pachukanis, 1988, p. 37 - 46), e por consequência as leis, os ordenamentos, as decisões judiciais, as codificações etc também serão; ou seja, o Direito será determinado por uma infra e uma superestrutura, a infraestrutura refere-se ao modo de produção, e a superestrutura refere-se às ideologias e aos princípios ético-culturais, sendo os juízes profundamente influenciados por suas concepções de mundo, suas formações educacionais e familiares, seus valores, suas tendências filosóficas e suas aspirações. É mister dizer que os juízes não se manterão equidistantes das partes litigantes, nem serão orientados por princípios e diretrizes neutros a inatacáveis; ao contrário, terão atitudes e visões estereotipadas e preconceituosas, modeladas por um comportamento conservador e que servirá como elemento legitimador dos atos do legislativo e do executivo; as autoridades governamentais, possuindo uma visão conservadora acerca dos problemas econômicos, sociais e políticos, nomeiam e promovem justamente os juízes que possuem essa postura reacionária (apesar de que existirão juízes de ideologia liberal).

Imaginar o fenômeno jurídico como um instrumento de modificação social é imaginá-lo como uma ordem contraventora e libertária que irá superar as relações de forças que são inerentes a ele. Se o legalismo assume papel de "repressão-violência" na convergência da sociedade política com a sociedade civil, então o judiciário (e por consequência o Direito) será reduzido ao papel de simbolizador da coerção legal.

5. CONCLUSÃO

Com base nas explanações feitas até aqui, surgem questões referentes à satisfação das exigências do princípio de vinculação à lei/ao código: se e em que medida o direito dogmático e o jurisprudencial satisfazem a essas exigências?

Primeiramente, o direito criado pelo juiz em sua decisão deverá estar de acordo com os princípios constitucionais – e as instituições legais – pois assim o diz o imperativo constitucional (quando este não versar sobre as regras de decisão). De qualquer modo, fica comprovado que o juiz tem liberdade para decidir – certas correntes jurídicas defendem que a lei não delimita o espaço de decisão.

Em segundo lugar, a teoria hermenêutica do direito acredita que a lei por si só não é um delimitador da decisão judicial, mas sim a lei consubstanciada no caso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

concreto [que será a própria norma jurídica]. De acordo com essa concepção, a vinculação do juiz a lei concretizada é inerente à diferenciação desta; quanto menos a norma for diferenciada, menos será a vinculação do juiz a norma concretizada.

Como terceiro ponto, coloca-se a questão da regulamentação da vinculação do juiz aos programas informais. A segurança jurídica e a regularidade jurisprudencial tornam-se alcançáveis a partir do momento em que se tem um melhor entendimento das concepções da dogmática jurídica e do direito jurisprudencial – que criarão regras generalizáveis e concretizadas –, e nesse caso eles serão os definidores das regras de vinculação (isso é válido somente para a parte informal das regras de decisão).

Em quarto lugar, a vinculação fica mais clara a partir do momento em que se é adotada a diferenciação entre a motivação da sentença e sua produção. Nessa concepção, os fundamentos da decisão não necessariamente serão os que produziram o resultado e conteúdo da decisão. Nesse sentido, o exame do postulado da observação e os aspectos de fundamentação podem ser controlados, pois eles devem se ater ao texto da lei, ou seja, à linguagem e à diferenciação dos problemas e diferenciação das regras.

Uma dogmática aberta e uma jurisprudência transparente permanecem um postulado tanto quanto o princípio da vinculação. O juiz deve ter um conhecimento amplo sobre os processos formais e informais e sobre os fatores de sua atividade – conhecimento esse adquirido em sua formação universitária – para que possa exercer competentemente sua profissão e ter em mente a harmonização da fundamentação e da determinação de suas decisões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFTALIÓN, Enrique. Et al. *INTRODUCCIÓN AL DERECHO.* 11ª Edição. Buenos Aires. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. 1980.

ARNOLD, Wald. *DIREITO CIVIL.* Introdução e Parte Geral. 9ª Ed., São Paulo. Ed. Saraiva. 2002.

BATISTA, Rosangela de Fátima Jacó e COSTA, José Pereira da. *INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO.* Juazeiro: Ed. e Gráfica Franciscana, 2006.

BETIOLI, Antonio Bento. *INTRODUÇÃO AO DIREITO.* 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2011.

BORGES, Wilson Hilário. *DECISÃO SOCIAL E DECISÃO JURÍDICA. Uma teoria crítico-historicista.* São Paulo. Germinal Editora. 2000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CARNIO, Henrique Garbelline e GONZAGA, Alvaro de Azevedo. *CURSO DE SOCIOLOGIA JURÍDICA.* São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

CÓDIGO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL VOL I. Comentado por Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro. Livraria Francisco Alves. 1916.

CRETELLA JR., José. *INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO.* Rio de Janeiro. Companhia Editora Forense. 1984.

DEL VECCHIO, Giorgio. *LIÇÕES DE FILOSOFIA DO DIREITO.* 5ª Edição. Coimbra. Colecção Studium. 1979.

DINIZ, Maria Helena. *COMPÊNDIO DE INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO.* 15ª Ed. São Paulo, Ed. Saraiva. 2003.

GILISSEN, John. *INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO.* Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1986.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *DICIONÁRIO TÉCNICO JURÍDICO.* São Paulo. Rideel. 1995.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *FILOSOFIA DO DIREITO.* 5ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1999.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO.* 10ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1984.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO.* 6ª Edição. São Paulo. EDITORA ATLAS S.A. 2011.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha; tradução de Manuel Seca de Oliveira. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *TEORIA GERAL DO DIREITO E MARXISMO.* Tradução: Sílvio Donizete Chagas. São Paulo. Editora Acadêmica. 1988.

RADBRUCH, Gustav. *FILOSOFIA DO DIREITO.* 6ª Edição. Coimbra. Colecção Studium. 1979.

RÁO, Vicente. *O DIREITO E A VIDA DOS DIREITOS.* 5ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1999.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

REALE, Miguel. *LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO.* 27ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2010.

SALDANHA, Nelson. *FILOSOFIA DO DIREITO.* Rio de Janeiro. Renovar, 1998.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.* JUS NAVIGANDI. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/133/interpretacao-conforme-a-constituicao>. Acesso em: 08 fevereiro 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito.* 3ª ed. rev. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

---

[1] Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, advogada.

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NOS CRIMES COMETIDOS POR MENOR INFRATOR

LEONARDO AROUCA IKEDA:
Bacharelando no curso de Direito pela Universidade Brasil, campus Fernandópolis - SP.

Trabalho apresentado à Universidade Brasil como parte de exigência para conclusão do curso de direito e pesquisa aprofundada sobre o assunto determinado. Orientador: Prof. Marco Antonio Colmati Lalo

RESUMO: A sociedade dos tempos modernos acompanha o crescimento em paralelo com as novas tecnologias. Porém há algo que jamais deixa de ser um tema muito discorrido, Qual é a **responsabilidade dos pais**, quando seu filho menor de idade comete crimes, sejam banais ou graves. O presente artigo se aprofundará nessas questões que dificilmente encontra um responsável de fato. O **Estado tem sua grande parcela** nessa questão, juntamente com os principais, os Pais das crianças e dos adolescentes passivos de cometerem atos ilícitos. E por fim a sociedade como um **corpo unilateral**, fazendo uma analogia aos adolescentes que ficam sem a educação básica, resultando em chances potenciais para que esse menor cometa erros precocemente. Apresentado os pilares responsáveis pela educação, formação e orientação, fica um pouco mais fácil de compreender até onde vai o limite de responsabilidade de cada um, inclusive a própria criança ou adolescente. Pois em muitos dos casos que foram analisados percebe-se que nem sempre os crimes cometidos por menores são por falta de instrução, por falta de educação, escolaridade ou até mesmo o afeto paterno. Em inúmeros acontecimentos, o adolescentes mesmo com todas as condições que tem para o seu crescimento saudável, acaba cometendo crimes gravíssimos, e colocando sua família e a sociedade em risco. Portanto, tal discussão serve para entendermos de fato como se comporta o adolescente e as crianças na presente sociedade, e como conseguir distinguir quem detém da responsabilidade quando ocorrem os crimes.

Palavras-Chaves : Pais, Estado, Filhos, Estatuto, Educação

ABSCTRACT: The society of modern times follows the growth in parallel with the new technologies. But there is something that never ceases to be a hot topic, what is the responsibility of parents when their minor child commits crimes, whether trivial or serious. In this article you will delve into those issues that you can hardly find a de facto person. The state has its large share in this matter, along with the principals, the parents of passive children and adolescents from committing unlawful acts. And

finally society as a one-sided body, making an analogy to adolescents who lack basic education, resulting in powerful chances for this minor to make mistakes early. Having presented the pillars that are **responsible for education**, training and guidance, it is a little easier to understand how far the limit of responsibility goes, including the child or adolescent. For in many of the cases that have been analyzed it is clear that the crimes committed by minors are not always due to lack of education, lack of education, education or even paternal affection. In countless events, adolescents, despite all the conditions they have to grow up healthy, end up committing very serious crimes and putting their family and society at risk. Therefore, such discussion serves to really understand how adolescents and children behave in the present society, and how to distinguish who holds responsibility when crimes occur.

Keywords: Parents, State, Children, Organization, Education

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 1.1 A responsabilidade civil nos tempos antigos. 2 RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.1 Responsabilidade Civil do Estado como parte ativa. 2.2 Responsabilidade Dos menores de 18 anos. 3. OS PRINCIPAIS RESPONSÁVEIS PELAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES: PAIS, ESTADO E A SOCIEDADE. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1 INTRODUÇÃO

Todo vínculo parental é de suma importância para o direito e a sociedade como um todo. Como os filhos são considerados incapazes até os 16 anos de idade, e relativamente incapazes até completarem a maioridade, esses devem ser disciplinados pelos próprios pais. O Estado em sua constituição não fica isento de tal designação, pois, é conhecido que é de obrigação básica o direito a educação a todo cidadão e também a imposição dos direitos e deveres, para a harmonização da sociedade.

No ordenamento Brasileiro há um entendimento geral que as leis não funcionam para menores, já que em muitos casos há a soltura do menor, sem ao menos haver uma repreensão pelos atos cometidos. Não é incomum em uma ocorrência, o menor ser liberado antes dos policias que efetuaram a prisão. Por isso o assunto é tão debatido, na tentativa de separar os responsáveis, esquece-se de mencionar a índole do jovem.

1.1 A responsabilidade civil nos tempos antigos

Considerando o aspecto da união paternal para os filhos menores, os responsáveis sempre terão o vinculo danoso para as atitudes de seus descendentes até completarem 18 anos e poderem responder por seus próprios atos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "Essa espécie de responsabilidade tem por fundamento o vínculo jurídico legal existente entre pais e filhos menores, o poder familiar, que impõe aos pais obrigações várias, entre as quais a de assistência material e moral (alimentos, educação, instrução) e de vigilância, sendo esta nada mais que um comportamento da obra educativa". (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 239)

É notável que sejam citados todos os órgãos que também terão sua parcela de obrigação na educação da criança e do adolescente, como o Estatuto Da Família, Estatuto da criança e do Adolescente, o Código civil e a Constituição Federal no quesito "Família" e Dever do Estado.

A responsabilidade civil sempre foi vista como forma de vingança no direito antigo, no tempo das Leis de Talião. Depois de tanto tempo era de se esperar que houvesse a extinção completa dessa ideia. Porém por mais que pareça uma barbaridade, no direito Real, a maioria entende que se houver um dano, há de ser ressarcido, não como na forma de antes, sob o ditado do "Olho por olho, e dente por dente". Mas sim na forma punitiva e bem mais organizada dos dias de hoje, seja com a indenização ou até mesmo na forma de Ressocialização por meio de Penas privativas de liberdade ou de direitos.

> 'Vale a pena lembrar, contudo, que, se a equidade não é mencionada como forma direta de julgamento no Código de 2002, este estatuto menciona em mais de uma oportunidade a fixação da indenização de forma equitativa, o que implica um raciocínio por equidade por parte do magistrado. A esse respeito diga-se que, no sistema de 1916, o valor do prejuízo, na responsabilidade civil, sempre foi tido como o valor a ser indenizado. Essa regra geral é exposta no caput do art. 944: "A indenização mede-se pela extensão do dano." No entanto, o parágrafo único desse dispositivo aduz: "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização." Nesta última hipótese, em síntese, aplicará o juiz a equidade. No mesmo diapasão é colocada a indenização carreada ao incapaz, conforme o art. 928, matéria à qual retornaremos no estudo da responsabilidade civil.' (VENOSA, 2017)

O devido artigo levanta as questões sobre indenização, ressarcimento e punição quando o crime/ato danoso é cometido por menor. Pois muito se fala na responsabilidade civil do Estado e também da família, focando somente nesses dois

pilares, comete-se o erro vital de extinguir a responsabilidade principal que é da pessoa menor infratora. No sistema carcerário brasileiro existem inúmeros casos de pessoas presas que vinham de uma boa condição, educação de qualidade por colégios particulares e bem orientados pelos pais dos mesmos, mas que mesmo com todos os aspectos favoráveis o menor prefere seguir o caminho mais tenebroso que é o do crime, e devido ao sistema precário prisional a pessoa incapaz segue no mesmo rumo, até completar a maioridade e ter que cumprir uma pena maior e assumindo total responsabilidade do seus atos.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Apegando ao termo de "responsabilidade" pode-se resumir que é a obrigação de reparação de dano a outrem, seja o dano moral, patrimonial e físico.

A responsabilidade depende exclusivamente do laço conexo com a ação, para que haja uma resposta para tal conduta.

> "A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o direito de satisfazer os direitos do lesado" (SOUSA, 2019)

A responsabilidade civil de ressarcimento surge nas idades medievais, cuja sociedade entendia mesmo sem ornamentos consolidados, que era "JUSTO" que houvesse a vingança, a recompensa por ter causado "mal" a outrem.

Segundo José de Aguiar Dias, "vingança primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal" (Dias 2006, p.26).

O Ordenamento Romano trazia como principal pilar o termo "Pátrio Poder" cujo nome é autoexplicativo, o poder familiar. Porém como a época não permitia discussões mais profundas sobre o assunto, o termo era seguido com muita veemência, de modo que os Pais poderiam abandonar seus filhos se eles não fossem produtivos, ou simplesmente vendê-los.

Somente com o desenvolvimento da sociedade e todos os fenômenos que foram ocorrendo que houve um aprofundamento e tais assuntos, raramente abordados na época Romana. No decorrer desse crescimento jurídico observava-se que muitos filhos mesmo tendo as devidas orientações dos pais partiam para o crime, transferindo posteriormente a responsabilidade para o Estado de reeducar,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ressocializar o menor infrator. Ou seja, quando o desenvolvimento da família não era suficiente ou omisso, o Órgão mor teria que arcar com as consequências.

Devido as análises que foram feitas com o tempo, percebeu-se que o ideal seria dividir a responsabilidade para ambos os pilares da educação da criança e do adolescente até que complete a idade maioral, podendo ter discernimento dos atos e consciência das consequências.

2.1 Responsabilidade Civil do Estado como parte ativa

Por isso o Estado se dividiu em partes essenciais para que o impacto da educação fosse presente na maioria dos jovens, criando Estatuto da Familia, Da criança e do Adolescente, abordando no código Civil e Constituição Federal a responsabilidade dos pais, ou seja, implicou que a responsabilidade prímaria é dos progenitores e posteriormente haverá (em tese) um apoio do Estado na qualidade da educação e direitos e deveres estabelecidos pelos Estatutos que cuidam desse assunto.

Algumas doutrinas afirmam sob proteção da Constituição Federal em seu artigo 5° LXXV, que ocorrendo um ato jurisdicional o Estado terá de arcar com as consequências, pois o Jurídico é regido pelo Estado.

> "A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais seria uma espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos oriundos do serviço público porque o ato jurisdicional é ato da pessoa que exerce o serviço público judiciário" (DINIZ, 2017)

O que fica nítido é que o Estado jamais conseguirá se isentar das questões de responsabilidade, pois quem rege o Ordenamento é Ele próprio. Decorrente dessa afirmação que surge o Erro Jurisdicional, cujo os atos do Estado contém imperfeições e precisam ser corrigidas. Porém, como parte suprema, é difícil encontrar formas de punir o próprio maestro do Direito, e por isso há tanta discussão em torno desse polêmico assunto.

> "O erro judiciário decorre de uma situação injusta, em que alguém foi condenado não sendo o autor do fato, materializando-se com a sentença que é o ato jurisdicional fundamental, em que o Estado-Juiz impõe a vontade do direito para solucionar o litígio" (NUNES, 1999)

Vários aspectos foram responsáveis pela queda do sistema medieval que pairava sobre a maioria dos ornamentos dos países, como a mulher independente e o tratamento igual para os filhos, sem ter aquele privilégio para o filho primogênito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sendo assim o Estado assumiu as rédeas das Responsabilidades Civis e direcionou as tarefas que consiste no conjunto de direitos e correlativos deveres dos pais ou de quaisquer responsáveis que a lei possa conferir aos filhos legítimos, legitimados ou adotados, provendo a eles o alimento básico e necessidades econômicas durante o crescimento, a educação, amor familiar dentre outros laços de família.

A partir do reconhecimento dessa premissa e do estabelecimento dessa nova realidade, no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, o constituinte preleciona que:

> (...) É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

A citação do código foi afirmar que os filhos passariam a ser figuras sujeitas a direitos e não mais a submissão dos adultos. Surgindo o aspecto da Solidariedade, transformando o Estado em democrático.

Nessa linha de raciocínio, vejamos o artigo 1.634 do Código Civil Brasileiro de 2002:

> "Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
>
> I – dirigir-lhes a criação e a educação;
>
> II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
>
> III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
>
> IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
>
> V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;

VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição." (BRASIL, 2002)

2.2 Responsabilidade Dos menores de 18 anos

É necessário analisar o Código Civil nos primeiros artigos, sendo que no artigo inaugural afirma: Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na Ordem Civil, entendendo que não é esta a capacidade que os menores de 18 anos têm, pois de acordo com o Código Civil "Art. 3º – São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I- os menores de dezesseis anos."

Entretanto existe uma capacidade relativa que de acordo com o referido Código "Art.4º - São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de exercê-los: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos."

A incapacidade relativa ou total em menores teve um cunho de proteção com a justificativa que eles não tem a formação psicológica formada antes dos 18 anos de idade, podendo ser altamente nocivo a sua vida na sociedade e também para os outros conviventes.

Responsabilizar os responsáveis pelos crimes cometidos por seus filhos menores significa punir na tentativa de corrigir o erro, porém tem como principal função garantir o direito de a pessoa que sofreu o dano seja ressarcida. Trata-se de uma **obrigação solidária** pelo fato de que os pais, conjuntamente são devedores solidários nesta obrigação de ressarcimento. Na Concepção de Rodrigues "Se o infante causou dano a outrem, as pessoas por ele responsáveis devem ser compelidas a indenizar. E, no caso, as pessoas por ele responsáveis são os pais". (2003, p.67)

Nas afirmações do Promotor de Justiça Miguel Granato Velasquez, Os pais devem ser figura presente na vida dos filhos, procurando saber a rotina semanal e quem são suas companhias. Quando os filhos atingirem idade para sair em busca de lazer, é importante verificar como chegam, e se necessário conversar sobre o que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fizeram. Além de, e mais necessário incentivar e acompanhar os estudos, como formula de estimulo para não haver descompromisso com o ensino. E reforça que o Estatuto da Criança e do Adolescente tem papel em destaque como regulador da convivência entre pais e filhos, pois de um lado tem a criança sujeito de direitos e merecedor de tratamento especial. E do outro lado à cobrança pelos pais que devem exercer o papel de regulador e figura presente na vida dos filhos. Agindo sempre com firmeza, mas acima de tudo, buscando uma relação de amizade com seus descendentes, sendo assim torna a relação aberta. Finalizando sua afirmação ele reforça que pais e filhos jamais podem se tornar inimigos dentro de casa, e que qualquer desentendimento que fique fora da capacidade dos pais, podem recorrer ao Estatuto

Dessa maneira, o Art. 116 do ECA da lei dispõe que a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, e promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compensando o prejuízo da vítima quando se tratar de ato infracional com reflexos patrimoniais, não somente mas também, o art. 928 do código civil. Da lei 10406/02, em conformidade com aquele artigo citado relata que o incapaz responderá pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem dos meios suficientes.

Partindo do pressuposto da Constituição Federal que afirma em seu artigo 5º, inciso XXXXIX, que afirma "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

No mesmo artigo da Constituição há no inciso XL a afirmativa da Irretroatividade da lei penal, que não alcança os crimes que foram cometidos anteriormente a nova lei.

Visto que a irretroatividade da lei penal é positivada no nosso ornamento, no caso da criança e do adolescente mesmo que tenham cometidos crimes antes da maioridade penal eles não serão alcançados quando tiverem a idade completa.

O ECA afirma que quando o jovem menor comete um crime, será considerada para a lei uma infração penal de acordo, com a lei 8.060/90 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) estabelece que o ato infracional cometido por criança (até 12 anos), aplicam-se as medidas de proteção e de orientação, para o devido desenvolvimento mental e psíquico. Porém se forem cometidos por maiores de 12 anos e menores de 18 anos já há uma forma de punibilidade. Aplicando-se medidas sócioeducativas que estão previstas no art. 112 quais sejam: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços a comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semi liberdade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Há bastante divergências no âmbito das jurisprudências em relação a responsabilidade civil dos pais nos crimes cometidos por menor. Observe o julgamento selecionado para exemplificar a complexidade dessa responsabilidade.

> "DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE OUTREM – PAIS PELOS ATOS PRATICADOS PELOS FILHOS MENORES. ATO ILÍCITO COMETIDO POR MENOR. RESPONSABILIDADE CIVIL MITIGADA E SUBSIDIÁRIA DO INCAPAZ PELOS SEUS ATOS (CC, ART. 928). LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA. 1. A responsabilidade civil do incapaz pela reparação dos danos é subsidiária e mitigada (CC, art. 928). 2. É subsidiária porque apenas ocorrerá quando os seus genitores não tiverem meios para ressarcir a vítima; é condicional e mitigada porque não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. Único e Em. 39/CJF); e deve ser equitativa, tendo em vista que a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art. 928, par. Único e Em. 449/CJF). 3. Não há litisconsórcio passivo necessário, pois não há obrigação – nem legal, nem por força da relação jurídica (unitária) – da vítima lesada em litigar contra o responsável e o incapaz. É possível, no entanto, que o autor, por sua opção e liberalidade, tendo em conta que os direitos ou obrigações derivem do mesmo fundamento de fato ou de direito (CPC,73, art. 46, II) intente ação contra ambos – pai e filho -, formando-se um litisconsórcio facultativo e simples. 4. O art. 932, I do CC ao se referir a autoridade e companhia dos pais em relação aos filhos, quis explicitar o poder familiar (a autoridade parental não se esgota na guarda), compreendendo um plexo de deveres como, proteção, cuidado, educação, informação, afeto, dentre outros, independentemente da vigilância investigativa e diária, sendo irrelevante a proximidade física no momento em que os menores venham a causar danos. 5. Recurso especial não provido."(STJ – Resp: 1436401 MG 2013/0351714-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 02/02/2017, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: Dje 16/03/2017)

Já nesse outro julgamento vemos a decisão favorável a uma loja de Video Games, pois o menor adquiriu jogos sem o consentimento dos pais, porém os mesmos permitiam que o filho visse o cartão e ensinaram como usá-lo.

> "AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Criança que adquiriu jogos pela internet utilizando cartões de crédito dos pais. Relação de consumo. Inexistência de defeito no serviço. Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Art. 14, §3º, I e II, CDC. Responsabilidade dos pais pela fiscalização dos atos dos filhos menores. Desrespeito à restrição de idade para possuir conta Google. Acesso à internet e aos cartões de crédito permitido pelos pais. Ausência de responsabilidade da ré. Sentença mantida. Honorários advocatícios majorados. Recurso não provido, com observação."
>
> (TJSP; Apelação 1016178-98.2017.8.26.0361; Relator (a): Fernanda Gomes Camacho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mogi das Cruzes - 2ª Vara da Família e das Sucessões; Data do Julgamento: 14/06/2018; Data de Registro: 14/06/2018).

E para finalizar os exemplos de jurisprudências pelo Brasil, é possível que haja a isenção de um dos responsáveis quando os pais são separados. No caso em que será exemplificado o pai que não tem a guarda do filho foi isentado da responsabilidade do filho que mora com a mãe.

> "RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DE FILHO MENOR - PRESUNÇÃO DE CULPA - LEGITIMIDADE PASSIVA, EM SOLIDARIEDADE, DO GENITOR QUE NÃO DETÉM A GUARDA - POSSIBILIDADE - NÃO OCORRÊNCIA IN CASU - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. I - Como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos osgenitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano. II - A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção juris tantum de culpa e de culpa in vigilando, o que, como já mencionado, não impede de ser elidido se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos arts. 1.518, § único e 1.521, inciso I do Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 942, § único e 932, inciso I, do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei n. 6.515/77, este recepcionado no art. 1.579, do novo Código

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Civil, a respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. III - No presente caso, sem adentrar-se no exame das provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que a genitora assumiu o risco da ocorrência de uma tragédia, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou para o crime, arma essa adquirida de modo irregular e guardada sem qualquer cautela (fls. 625/626). IV - Essa realidade, narrada no voto vencido do v. acórdão recorrido, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerada parte ilegítima. V - Recurso especial desprovido." (STJ - REsp: 777327 RS 2005/0140670-7, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 17/11/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2009)

3. OS PRINCIPAIS RESPONSÁVEIS PELAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES: PAIS, ESTADO E A SOCIEDADE

Neste artigo já fora afirmado sobre os pilares da formação e educação do menor, sendo previsto no artigo 227 da Constituição Federal

> "Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta propriedade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." (BRASIL, 1988)

Complemente o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, afirmando que a responsabilidade nasce no laço familiar e estende-se até o Estado e por fim a sociedade.

> "Art. 4º 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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> liberdade e à convivência familiar e comunitária." (BRASIL, 1990)

Mesmo nas relações que há a separação dos pais, ambos ficam responsáveis pelos filhos menores. Ou seja, não isenta nenhuma das partes, mesmo que a guarda fique com um dos pais. Em decisão proferida em 2006 o relator Des. Durval Augusto Resende Filho afirma que :

> "quanto à responsabilidade dos pais, tem-se que ainda que os pais estejam separados, ao que se depreende dos autos, ambos ainda detém o pátrio poder, de modo que ambos devem cuidar da educação e da boa formação do filho, exercendo seu dever de vigilância e educação sobre o filho. Aliás, como é sabido, a ausência de coabitação decorrente da separação dos pais, não impede a ambos os pais, que se encontrem no exercício do pátrio poder, de exercerem a fiscalização e vigilância sobre seu filho menor" (BRASIL, 2006)

Resumindo quais seriam as responsabilidades individuais da família, do Estado e da sociedade, inicia-se com os pais ou responsáveis que tem a missão de educar, orientar, conversar e entender, reprimir quando for necessário, prover carinho e amor.

O Estado aparece como uma das funções mais importantes depois dos pais, pois Ele há de garantir ao menor o direito a Educação de qualidade, desenvolvimento e crescimento do menor provendo lazer, cultura, artes e principalmente a saúde.

Por fim a sociedade também tem papel imprescindível na formação do menor. Pensando no sentido amplo de uma sociedade nos tempos atuais considerada egoísta, a conduta do conjunto de pessoas que vivem numa determinada sociedade tem que ser favorável ao menor. Ou seja, oferecendo o mínimo que é esperado em qualquer relação de pessoas, sendo eles, o Respeito, auxilio no crescimento e por fim o exemplo da sociedade em si. Um fator que é ocasionado pela sociedade nociva, e individualista é o *Bullying,* e na maioria das vezes as atitudes do Bullying são feitas na própria escola, bairro ou até mesmo na própria família da criança. Este fenômeno social está cada vez mais presente na sociedade, e também é considerada uma causa para o desvio de comportamento, e por vezes pode se tornar um problema ainda maior se não for tratado e discutido antecipadamente.

A responsabilidade do menor é subsidiária e mitigada, exceto se for emancipado (a partir dos 16 anos), com base no artigo 5º do Código Civil de 2002, o que exonera a responsabilidade de seus pais, salvo no caso do inciso I, que por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

se tratar de emancipação voluntária, constitui responsabilidade solidária entre ele e seus pais.

Tal tema discorrido já foi abordado por um dos mais renomados escritores Jorge Amado, em sua obra "Os capitães da areia" que mostra o cotidiano de crianças e jovens que são abandonados em grande maioria pelos pais, e outra parcela nem ao menos conheceu sua família. E eles encontram abrigo num porto abandonado cujo o grupo se une para conseguirem sobreviver.

O interessante da obra é que foi escrita há muito tempo e é muito presente o seu tema, visto que, nas ruas de qualquer grande cidade do Brasil encontra-se em situação sub-humana crianças e adolescentes sem abrigo. E reforçando e enaltecendo ainda mais a obra, o autor faz uma critica duríssima e severa ao Estado que deveria cuidar ou encaminhar esses jovens, mas o que é trazido no livro é um jogo de "batata quente" cujo o Estado não assume a responsabilidade. Sendo que o inicio se dá em cartas mandadas a um jornal local de Salvador, mostrando o verdadeiro descaso quando o assunto são jovens sem educação e condições de vida. As cartas são referentes a prefeitura passando a responsabilidade ao poder de polícia que não intervém os crimes, e de forma bizarra o Poder de polícia faz o mesmo, transfere toda culpa no Estado. Ou seja, com isso o jovem menor vai crescendo sem infra estrutura e a grande maioria deles assim como na obra, partem para o crime, para o modo "mais fácil" de conseguir algum trocado, ou ao menos comida e um tênis para calçar.

Portanto é necessário lembrar e enaltecer obras tão conhecidas na nossa sociedade, pois há muito tempo já mostravam e elencavam um dos muitos problemas que acontece com crianças e adolescentes sem o apoio, educação, afeto e motivação dos pais ou responsáveis e do Estado. E por fim da sociedade, que ao invés de encontrar as motivações para tanta criança abandonada, desfoca a atenção para a "ponta do Iceberg" que é o menor sem orientação cometendo crimes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil passou por inúmeras mudanças conforme as atualizações da Constituição. Tendo inicio com uma forma primitiva de resolver as pendências e as injustiças, tendo a ideia de uma culpa objetiva, cujo o erro se paga com um ato semelhante.

Conforme as experiências cientificas foram acontecendo e novas descobertas surgindo, a Culpa foi um elemento que deixou de ser exclusivo na Responsabilidade e iniciou-se uma discussão ampla para tratar do assunto. E esse elemento é muito importante no assunto discorrido neste artigo, pois, de fato alguns pais não detém

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da CULPA sobre atos ilícitos praticados por seus filhos menores de idade. Porém a culpa não isenta da RESPONSABILIDADE, de indenizar, de punir, de fazer justiça.

Decorrente dessa evolução com a reforma do Código de 2002 trouxe um panorama bem mais favorável do que o anterior em relação a vitima. Pois antes era muito burocrático e dificultoso para a vitima ter direito a sua indenização quando era cometido por menores, pois a Lei não abrangia o conteúdo devidamente.

Outro caso que já fora exposto no artigo que vos escreve é da separação dos pais ou divórcio, cuja situação não isentará nenhuma das partes de continuar com o papel de educador, de pai e mãe e de responsável por direcionar o menor até completar sua maioridade. Salvo no caso quando o menor emancipado ainda depende economicamente dos pais.

Outrora há necessidade de falar sobre a emancipação, pois neste caso há possibilidade de os pais não arcarem com nenhuma das consequências do filho emancipado. O assunto gera uma discussão ampla, pois o jovem que se emancipa dos pais, é considerado capaz de se sustentar e já responder pelos seus atos, mas não livra da Constituição máxima, que afirma sobre a capacidade plena, adquirida após os 18 anos de idade.

Pelo presente artigo cientifico apresentado fora elencados os pilares da responsabilidade sobre menores de idade. E também apontadas algumas das causas que incentivam a seguir o caminho mais fácil, mais perturbado e com certeza o mais nocivo a sociedade, o crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

2019. **Diário Oficial da União**. São Paulo, Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AC_10014044620178260011_550b9.pdf?Signature=8z1w4UTstSTQ3llXYPOnWwrlwFg%3D&Expires=1581733395&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=0f26861cbaa3e5c63bfc089f26e263d1>. Acesso em: 14 jan. 2020.

BOMFIM, Silvano Andrade do. Bullying e responsabilidade civil: uma nova visão do direito de família à luz do direito civil constitucional. Este trabalho foi um dos cinco artigos premiados no III Congresso Paulista de Direito de Família, promovido pelo IBDFAM/SP, ocorrido na cidade de São Paulo, entre os dias 27 a 29 de agosto de 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da RepÚblica Federativa do Brasil de 1988**. Brasilia, DF.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 958 de 16/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Constituição (1990). Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasilia, DF.

BRASIL. Constituição (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Stj. Direito Civil. Responsabilidade Civil Por Fato de Outrem - Pais Pelos Atos Praticados Pelos Filhos Menores. Ato IlÍcito Cometido Por Menor. Responsabilidade Civil Mitigada e SubsidiÁria do Incapaz Pelos Seus Atos (cc, Art. 928). LitisconsÓrcio NecessÁrio. InocorrÊncia. nº 1.436.401. José Augusto Rodrigues. Relator: L N DE S. Brasilia, DF, 15 de dezembro de 2016. **Jusbrasil**. Brasilia, . Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443450754/recurso-especial-resp-1436401-mg-2013-0351714-7/inteiro-teor-443450763?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça -stj. Responsabilidade Civil dos Pais Pelos Atos IlÍcitos de Filho Menor - PresunÇÃo de Culpa - Legitimidade Passiva, em Solidariedade, do Genitor Que NÃo DetÉm A Guarda - Possibilidade - NÃo OcorrÊncia In Casu - Recurso Especial nº 77327. Brasilia, DF, 17 de novembro de 2009. **Diário Oficial da União**. Brasilia, . Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8636279/recurso-especial-resp-777327-rs-2005-0140670-7-stj>. Acesso em: 14 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. "indenização – Danos Morais e Materiais – no Interior de Escola, Próximo A Quadra de Esportes, Após Desentendimento, Aluno é Agredido Violentamente Enquanto Estava Caído, Tendo Sofrido Chute no Rosto, Que Lhe Causou Lesão Grave – Legítima Defesa do Agressor Afastada – Responsabilidade da Escola e Dois Pais do Agressor, Menor de Idade, Evidenciada – Danos Comprovados – Indenização Devida. Recurso da Co-ré Não Provido. Recurso da Escola Chamada Ao Processo Provido Para Reduzir O Valor da Indenização Por Danos Morais nº 251.173-4/0-00. São Paulo, SP, 30 de maio de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasilia, .

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Tribunal de Justiça de São Paulo Tj-sp - Apelação Cível : Ac 10014044620178260011 Sp 1001404-46.2017.8.26.0011 nº 28435. Açucar e Álcool Oswaldo Ribeiro de Mendonça LTDA. Instituto Oswaldo Ribeiro de Mendonça; Comércio de Máquinas Agrícolas LTDA.. Felipe Vaz Amorim; Antonio Carlos Bellini Amorim;Abach Academia Brasileira de Arte, Cultura e História. Relator: Erickson Gavazza Marques. São Paulo, SP, 08 de maio de

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas S. A., 2014.

DIAS, Jose de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 43- 44

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil:** Responsabilidade Civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 662 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**, 10ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008.

NUNES, Rômulo José Ferreira. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. São Paulo: LTR, 1999, p. 99-100

NUNES, Rômulo José Ferreira. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais.** São Paulo: Ltr, 1999.

SOUSA, José Franklin de. **Responsabilidade Civil no Código Civil de 2002:** Direito Privado IX. São Paulo: Google, 2019. 22 p. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=scd5DwAAQBAJ&pg=PA656&dq=inautho r:%22Jos%C3%89+Franklin+De+Sousa%22+editora+do+livro&hl=ptBR&sa=X&ved =0ahUKEwiHvaiXqNLnAhWkGbkGHeGoAS4Q6AEIKTAA#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 14 jan. 2020.

VENOSA, Silvio de Savio. **Direito Civil:** Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 47 p. (II).