

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1117

(Ano XIV)

(15/10/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1117



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1117, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 576 f.

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



As funções do TCU

Benigno Núñez Novo, 09.

ARTIGOS

A responsabilização civil do advogado constituído por lesão a direito de seu cliente no contexto contemporâneo brasileiro

Leandro Gomes Loiola, 15.

Contratações diretas na nova Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 14.133/2021): um breve estudo teórico, prático e comparativo

Felipe de Andrade Sá, 36.

Os conflitos de normas coletivas do trabalho

Etinon Ramos de Oliveira Junior, 91.

Acordo de não persecução penal: impactos na gestão das promotorias criminais

Caroline Silva Costa Oliveira, 113.

Responsabilidade civil do estado na tutela do preso em casos de homicídio durante a execução da pena

Fernando da Silva Sousa, 128.

A prevenção da violência contra a mulher a partir da aplicabilidade da Lei 14.164/2021 nas redes de ensino básico

Shara Barros Alves Cezafar, 148.

A justiça restaurativa e o esporte – relações com o sistema de justiça criminal e sua aplicabilidade no direito desportivo

Renan Luís de Azevedo Gandolfi, 166.

Jus postulandi na Justiça do Trabalho: uma análise da sua relevância jurídica no município de Imperatriz-MA.

Saymon Sthevano Figueiredo Rodrigues e Francine Adilia R. Ferrari Nabhan, 175.

Teoria dos jogos: conceitos fundamentais, fundamentos teóricos e aplicações no mundo jurídico

Felipe Targão Segura e Flávio Gabriel Guillarducci Cerqueira, 187.

Formas de prevenção de assédio moral realizado pelo empregador e reparação

João Marcos Santiago Mendonça, 209.

A problemática da redução da maioria penal no Brasil

Samara da Silva Moraes, 234.

Princípio da Isonomia e o direito de porte de armas de fogo a advogados

Miguel Rodrigues de Castro, 251.

A competência dos TCs para expedição de medidas cautelares

Benigno Núñez Novo, 268.

Aspectos introdutórios à relativização da coisa julgada inconstitucional sob a ótica tributária

Dálethe Borges Messias, 282.

Suicídio assistido: dignidade, liberdade e felicidade

Mirela Reis Caldas, 301.

Desporto e a liberdade de expressão sob a ótica do direito penal

Renan Luís de Azevedo Gandolfi, 308.

Aspectos do sistema de registro de preços

Elios Mattos de Albuquerque Filho, 316.

Pejotização como forma de fraude à relação de emprego e suas consequências no âmbito trabalhista

Evilene Maracaipe Diniz da Rocha, 325.

Femicídio-privilegiado: reflexões sobre narcisismo e (in)tolerância à frustração

Nicole Medeiros Guimaraes Eboli, 349.

Direito de Laje: análise sobre a regularização fundiária urbana

Erika Moraes Pereira, 368.

Desarmamento e regularização de porte de armas de fogo

Samuel Furini Almeida, 384.

A constitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade.

Renan Araujo Barros, 402.

Prós e contras do ativismo judicial na efetivação do estado democrático de direito

Dálethe Borges Messias, 428.

Construção e efeitos de uma sociedade limitada unipessoal no Brasil

Caio Pedra Prata, 487.

Impactos da Covid-19 nas relações de trabalho

Ramon da Silva Bomjardim, 498.

ICMS declarado e não pago é crime?

Laryssa Dantas Magalhães, 518.

A apreensão e internação do adolescente infrator frente ao ato infracional análogo aos crimes hediondos

José Renato da Silva Júnior, 532.

Os efeitos da pandemia do covid-19 nas relações de consumo contratuais

Lucas Sales Herênio, 547.

Análise da evolução sindical à luz da nova reforma trabalhista: pontos positivos e negativos.

Victor Hugo Jansen de Oliveira, 567.

AS FUNÇÕES DO TCU

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo demonstrar as funções do Tribunal de Contas da União. Função Fiscalizadora, Consultiva, Informativa, Judicante, Sancionadora, Corretiva, Normativa e de Ouvidoria, e em alguns casos assumem o caráter Educativo ou Orientador, tais funções muitas vezes são chamadas ou denominadas de competências.

PALAVRAS-CHAVE: Funções; TCU.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo demostrar las funciones del Tribunal Federal de Cuentas. Las funciones de Supervisión, Asesoría, Informativa, Juzgadora, Sancionadora, Correctiva, Normativa y Defensora del Pueblo, y en algunos casos asumen el carácter educativo o orientador, dichas funciones suelen denominarse o denominarse competencias.

PALABRAS CLAVE: Funciones; TCU.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the functions of the Federal Audit Court. Supervisory, Advisory, Informative, Judging, Sanctioning, Corrective, Normative and Ombudsman functions, and in some cases they assume the Educational or Guiding character, such functions are often called or called competences.

KEYWORDS: Functions; TCU.

INTRODUÇÃO

Em 7 de novembro de 1890, por iniciativa do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, o Decreto nº 966-A criou o Tribunal de Contas da União, norteado pelos princípios da autonomia, fiscalização, julgamento, vigilância e energia.

O Tribunal de Contas da União (TCU) é o órgão de controle externo que auxilia o Congresso Nacional na missão de acompanhar a execução orçamentária e financeira do país e contribuir com o aperfeiçoamento da Administração Pública em benefício da sociedade.

Esta pesquisa justifica-se pela extrema relevância das funções e do controle externo exercido pelo TCU.

DESENVOLVIMENTO

O TCU é um tribunal administrativo que analisa e julga as contas dos administradores de recursos públicos federais. É responsável pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas do país quanto à legalidade, legitimidade e economicidade.

A primeira constituição republicana (1891) institucionalizou o Tribunal de Contas da União e conferiu-lhe competências para liquidar as contas da receita e da despesa e verificar a sua legalidade antes de serem prestadas ao Congresso Nacional.

Embora seja um tribunal, o TCU não faz parte do Poder Judiciário. Ele é o órgão de controle externo do governo federal e auxilia o Congresso Nacional na missão de acompanhar a execução orçamentária e financeira do País.

No entanto, o teor da Constituição de 1988 expressa que o TCU é um órgão independente e autônomo, ou seja, não pertencendo a nenhum dos poderes, Executivo, Legislativo ou Judiciário. O TCU é independente porque a própria Constituição Federal de 1988 lhe atribui, no artigo 33, § 2º, e no artigo 71, competências próprias e privativas.

O TCU na condição de órgão autônomo, cuja missão é propiciar a defesa da ordem jurídica, é composto do procurador-geral, três subprocuradores-gerais e quatro procuradores, ambos nomeados pelo presidente da República, aqueles concursados com título de bacharel em Direito.

Quantos membros têm o TCU? Composição atual (CF, art. 73) **9 Ministros**, sendo escolhidos: - 3 pelo Presidente da República, sendo: 1 de livre escolha, 1 dentre auditores do TCU e 1 dentre membros do Ministério Público junto ao TCU; - 6 pelo Congresso Nacional, sendo a iniciativa: 3 no Senado Federal e 3 na Câmara dos Deputados. O nono ministro é escolhido pelo Presidente da República, escolha essa que deve ser aprovada pelo Senado Federal.

Compõem esta Corte de Contas quatro ministros-substitutos, selecionados por meio de concurso de provas e títulos e serão nomeados pelo Presidente da República, entre cidadãos que satisfaçam os requisitos exigidos para o cargo de ministro do Tribunal de Contas da União.

A função primordial do TCU é: (1) apreciar as contas prestadas anualmente pelo presidente da República e (2) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração federal, dentre outras (artigo 71, Constituição Federal), todas importantíssimas.

As funções do TCU são: Função Fiscalizadora, Consultiva, Informativa, Judicante, Sancionadora, Corretiva, Normativa e de Ouvidoria, e em alguns casos assumem o caráter Educativo ou Orientador, tais funções muitas vezes são chamadas ou denominadas de competências.

I. Função Fiscalizadora – aquela que compreende a realização das auditorias e inspeções, que podem ser por iniciativa própria, por requerimento do Congresso Nacional, para apuração de denúncias em órgãos e entidades federais ou em programas do governo, para apreciação da legalidade de atos de concessão de aposentadorias, reformas, pensões, admissão de pessoal no serviço público federal, fiscalização de renúncia de receitas, além de atos e contratos administrativos gerais. A fiscalização atua sobre alocação de recursos humanos e materiais, cujo objetivo é avaliar o gerenciamento dos recursos públicos, que consiste em apreender dados e informações, analisando-as a fim de produzir um diagnóstico da situação, cujo objetivo é a formação de um juízo de valor sobre a atividade analisada. Tal inspeção ou exame surge por iniciativa do próprio órgão fiscalizador ou em decorrência de uma solicitação pelo Congresso Nacional. Logo, cinco instrumentos são utilizados para fins de fiscalização, a saber:

- 1) Levantamento: é o instrumento com o qual o TCU utiliza para compreender o funcionamento do órgão ou entidade pública, descobrindo os meandros da sua organização, identificando os objetos e instrumentos a serem fiscalizados, avaliando as suas viabilidades de realização;
- 2) Auditoria: é o instrumento que permite a verificação no local, da legalidade e legitimidade dos atos de gestão, tanto em seu aspecto contábil, quanto em suas características financeiras, orçamentárias e patrimoniais, bem como os possíveis resultados que poderão ser alcançados pelo órgão, ente público, projetos e programas;
- 3) Inspeção: cumpre à obtenção de informações não disponíveis no Tribunal, quanto para esclarecer dúvidas acerca dos procedimentos, apura fatos trazidos ao Tribunal por meio de representações ou denúncias;
- 4) Acompanhamento: visa monitorar e avaliar a gestão de órgãos, entidades ou programas do governo em período de tempo estimado;
- 5) Monitoramento: é o instrumento utilizado para aferir o cumprimento das deliberações proferidas pelo Tribunal e seus resultados.

II. Função Consultiva – aquela exercida por meio da elaboração de pareceres técnicos prévios e específicos, sobre prestação anuais de contas emitidas pelos chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como, pelo chefe do Ministério Público da União, a fim de subsidiar o julgamento pelo Congresso Nacional, também engloba o exame, “em tese”, das consultas realizadas pelas autoridades competentes para formulá-las, sobre dúvidas quanto à aplicação de dispositivos legais e regulamentares a respeito das matérias da alçada do Tribunal.

III. Função Informativa – é aquela exercida quando da prestação de informações reclamadas pelo Congresso Nacional, por suas Casas ou pelas Comissões, sobre a fiscalização do Tribunal, ou ainda sobre resultados de inspeções e auditorias pelo TCU, compreende ainda a representação ao poder

competente sobre irregularidades ou apuração de abusos, assim como, o encaminhamento de relatório das atividades do Tribunal ao Congresso Nacional.

IV. Função Judicante – esta função ocorre quando do Tribunal de Contas da União julga as contas dos administradores públicos e outros responsáveis por dinheiro, bens, valores públicos da administração direta e indireta, incluindo das fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, assim como as contas dos que causaram prejuízos, extravios ou quaisquer outras irregularidades que venham a prejudicar o erário nacional. Através dos processos são organizados no Tribunal, as prestações de contas, fiscalizações e demais assuntos submetidos à deliberação do Tribunal. Portanto, cabe aos ministros ou auditores do Tribunal relatar esses processos, votar e submetê-los aos pares proposta de acórdão, logo após a análise e instrução preliminar realizada por órgãos técnicos da Secretaria do Tribunal. A esta função ficam os Tribunais de Contas autorizados a realizar o julgamento das contas anuais dos administradores e responsáveis pelo erário na Administração Pública.

V. Função Sancionadora – é expressa através da aplicação aos responsáveis das sanções previstas na Lei Orgânica do Tribunal, Lei nº 8.443/92, caso seja apurada a ilegalidade de despesas ou irregularidade das contas, tal função básica do Tribunal está prevista na Constituição Federal/1988, em seu artigo 71, incisos VIII a XI, que estabelece a aplicação de penalidades aos responsáveis por despesas ilegais ou por irregularidade das contas. Estas sanções estão claramente explicitadas na Lei nº 8.443/1992 e regula a aplicação de multa e obrigação de devolução do débito apurado, até o afastamento provisório do cargo, o arresto de bens, a inabilitação para exercício do cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, vale lembrar que, as penalidades não eximem o responsável das devidas aplicações das sanções penais e administrativas por autoridades competentes e da inelegibilidade pela Justiça Eleitoral, uma vez que, o TCU envia periodicamente ao Ministério Público Eleitoral uma lista de nomes de responsáveis por contas julgadas irregulares pelo TCU referente ao período de cinco anos anteriores, em resposta à Lei Complementar nº 64/1990, que versa sobre declaração de inelegibilidade. Poderá ainda o TCU, conforme artigo 71, incisos IX e X, da Constituição Federal/1988, fixar um prazo para que o órgão adote providências cabíveis ao cumprimento da lei, em caso de ilegalidade ou sustação do ato impugnado, caso descumprimento, o Tribunal comunica ao Congresso Nacional, a quem caberá adotar o ato de sustação;

VI. Função Corretiva – Caso ocorra ilegalidade ou irregularidade nos atos de gestão de quaisquer órgãos ou entidade pública, caberá ao Tribunal de Contas fixarem o prazo para cumprimento da lei. Quando não atendido o ato administrativo, o Tribunal deverá determinar a sustação do ato impugnado, assim o Tribunal de Contas exerce sua função corretiva. Esta função autoriza aos Tribunais de Contas aplicarem sanções por ilegalidade de contas e despesas apresentadas pelos órgãos governamentais. Tais decisões sancionatórias dos Tribunais de Contas têm eficácia de título executivo, embora os Tribunais não tenham competência para executá-las, pois, caberá a execução às entidades públicas beneficiárias.

VII. Função Normativa – é aquela decorrente do poder regulamentar de competência do Tribunal atribuído pela Lei Orgânica, que lhe autoriza a expedição de instruções e atos normativos, de

cumprimento obrigatório, sob pena de responsabilidade do infrator, sobre matéria de sua competência e sobre a organização dos processos que lhe serão submetidos.

VIII. Função de Ouvidoria – incumbem-se da responsabilidade do Tribunal de Contas em receber denúncias e representações relativas à irregularidade ou ilegalidade que lhe sejam comunicadas pelos responsáveis pelo controle interno, por autoridades, cidadãos, partidos políticos, associações e sindicatos. Tal função está estritamente ligada à cidadania e defesa dos interesses coletivos e difusos, sendo um meio muito eficaz de controle e colaboração entre partes interessadas, nestes termos, a fim de assegurar a averiguação de denúncias, a Constituição Federal/1988, em seu artigo 74, § 2º e o Regulamento Interno do TCU estabelece os requisitos e procedimentos para que as denúncias sejam acolhidas pelo Tribunal. O exame preliminar, que determinará o reconhecimento ou rejeição de uma denúncia é de caráter sigiloso, nos termos da Lei nº 8.443/1992/Lei Orgânica do TCU, no artigo 53, § 3º. Logo após o exame, o Tribunal ordena ou o acolhimento e a apuração da denúncia, ou caso contrário, por não preenchimento dos requisitos legais e regimentais, procede-se o seu arquivamento, decidindo, igualmente, pela manutenção ou cancelamento do sigilo, em conformidade com o artigo 55, § 1º, do mesmo dispositivo legal, em qualquer hipótese tanto o denunciante e o denunciado são informados das decisões adotadas pelo Tribunal.

Além destas previsões, as Cortes de Contas tiveram reconhecidas pelo STF, por meio da súmula nº 347, a competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, daí dizer que as atribuições dos Tribunais de Contas ultrapassam as discussões sobre a legalidade no controle orçamentário, financeiro, contábil, operacional e patrimonial, baseados na sua legitimidade orgânica e no princípio da economicidade. Ademais, segundo a CF/1988, o Tribunal de Contas enquanto instituição consolidou-se no importante papel de proteção ao bem público, ficando claro que o mesmo não pertence a nenhum dos três poderes, possuindo natureza jurídica institucional autônoma e a serviço de todos os Poderes.

CONCLUSÃO

O controle externo visa comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, assim como a fiel execução do orçamento. Esse controle é, por excelência, um controle político de legalidade contábil e financeira.

A missão do TCU é, portanto, em última instância, garantir a boa administração, impedindo a prática de abusos no que tange ao bom uso do dinheiro público. Olhando a história republicana, pode-se constatar que o TCU afirma-se, cada vez mais, como uma instituição séria e respeitada por toda a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20

[%2D%20A%20Na%C3%A7%C3%A3o%20brasileira,em%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil.>.](#)

Acesso em: 12 de set. de 2022.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de set. de 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 12 de set. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm>. Acesso em: 12 de set. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 12 de set. de 2022.

DUTRA, Micaela Dominguez. **O Tribunal de Contas e o Verbete n. 347 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Direito Público, Ano V, n. 20 (Mar-Abr. 2008). p. 190-200.

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ADVOGADO CONSTITUÍDO POR LESÃO A DIREITO DE SEU CLIENTE NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

LEANDRO GOMES LOIOLA:

Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

DANILO BEZERRA DE CASTRO¹

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a responsabilização civil do advogado por lesão a direito de seu cliente, no contexto contemporâneo brasileiro. Nesse aspecto, visa analisar diante a quais situações esse profissional liberal será obrigado a indenizar seu constituinte. Verificou-se como é o tratamento jurídico conferido ao profissional liberal na ordem jurídica brasileira, chegando-se à conclusão de que é subjetiva. Denotou-se que o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável à relação cliente-advogado, aplicando-se o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Após, percebeu-se que a natureza jurídica do vínculo entre cliente e advogado é de natureza contratual. Por fim, perquiriu-se os pressupostos da responsabilidade civil do advogado. O método de abordagem teórico foi o dedutivo, a técnica de análise de dados foi a qualitativa e a metodologia da pesquisa jurídica foi a exploratória bibliográfica e documental. Pela presente pesquisa, chegou-se à afirmação de que o advogado poderá ser responsabilizado, desde que a conduta contra seu cliente tenha sido dotada de culpa em sentido amplo, que o referido dano tenha se originado em decorrência de contrato pré-estabelecido e que o inadimplemento se dê por atividade considerada de meio, ressalvada a possibilidade de indenização por perda de uma chance.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Advogado-cliente; Responsabilidade contratual; Responsabilidade subjetiva.

ABSTRACT: The present work deals with the civil liability of the lawyer for injury to the right of his client, in the contemporary Brazilian context. In this aspect, it aims to analyze in which situations this liberal professional will be obliged to indemnify his constituent. It was verified how is the legal treatment given to the liberal professional in the Brazilian legal system, reaching the conclusion that it is subjective. It was noted that the Consumer Defense Code is inapplicable to the client-lawyer relationship, applying the Statute of

¹ Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

Lawyers and the Brazilian Bar Association. Afterwards, it was realized that the legal nature of the bond between client and lawyer is contractual in nature. Finally, the assumptions of civil liability of the lawyer were investigated. The theoretical approach method was the deductive one, the data analysis technique was the qualitative one and the legal research methodology was the bibliographic and documentary exploratory. By the present research, it was arrived at the statement that the lawyer can be held responsible, provided that the conduct against his client has been endowed with guilt in a broad sense, that the said damage has originated as a result of a pre-established contract and that the default is due to an activity considered as a means, except for the possibility of compensation for loss of a chance.

Keywords: Civil liability; Client attorney; Contractual liability; Subjective responsibility.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O TRATAMENTO JURÍDICO DO PROFISSIONAL LIBERAL PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. 3 A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS RELAÇÕES ENTRE ADVOGADO E CLIENTE. 4 A RELAÇÃO JURÍDICA EXISTENTE ENTRE ADVOGADO E CLIENTE: RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL OU EXTRA CONTRATUAL? 5 OS PRESSUPOSTOS DA CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE REPARAR O DANO PELO ADVOGADO ANTE À ALEGAÇÃO DE LESÃO A DIREITO DE CLIENTE. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A relação existente entre advogado e seu cliente vai além da necessidade de se haver uma defesa técnica em um processo, se estende principalmente à defesa dos direitos e garantias fundamentais, muitas vezes indisponíveis, razão pela qual o ofício do advogado é indispensável para a consecução da justiça (VIEIRA JÚNIOR; NEVES, 2015).

Por ser essencial à justiça, a Constituição Federal de 1988 se ateve a destacar a importância da profissão, conforme se observa do art. 133, evidenciando além de sua imprescindibilidade para a administração da justiça, a necessidade da inviolabilidade de seus atos e manifestações no exercício da profissão (BRASIL, 2022a).

Com base nessas alusões, o advogado assume duas posições: a) ora como defensor do indivíduo, fazendo o possível para que seus direitos e garantias sejam assegurados, utilizando de todos os mecanismos legais para tanto; b) ora como defensor da sociedade, ocasião em que assume determinada função social, na medida em que funciona como um assegurador do cumprimento das normas que regem um determinado povo, com vistas à promoção do bem estar social (VIEIRA JÚNIOR; NEVES, 2015, p. 3).

Como bem elucidada Neves (2020, p. 39-40), o papel primordial do advogado não é aplicar o direito, mas sim proteger os interesses de quem o demanda. Por essa razão, o

Direito não é o único instrumento utilizado pelo advogado na consecução de seu ofício: vale-se também da oralidade, da persuasão, da lógica, da boa-fé e, muitas vezes, até da emoção.

Na linha dessa concepção, a confiança entre a parte e seu advogado é o elemento essencial para a constituição do mandato, ocasião em que aquela deverá confiar integralmente em seu patrono para que o deslinde da demanda seja o mais favorável possível.

Tanto é verdade que a Resolução nº 02/2015, que aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB mencionou em seu art. 10 a importância da confiança recíproca entre parte e patrono, cabendo a esse sempre esclarecer ao seu constituinte as melhores estratégias e atividades a serem desenvolvidas (BRASIL, 2015).

A despeito do que se espera, há vezes em que o advogado deixa de cumprir o acordado entre ele e seu constituinte, e o que se pretende investigar no presente trabalho é justamente se há a possibilidade de ser responsabilizado nesses casos, em que há dano ao cliente.

Nesse sentido, a problemática que será investigada no desenvolvimento do trabalho é a seguinte: a lesão a direito do cliente por parte de seu patrono constituído pode acarretar sua responsabilização civil?

A razão pela qual essa pesquisa foi intentada, justifica-se na necessidade que se tem sobre o estudo da responsabilidade civil do advogado oriunda de seu inadimplemento contratual perante a seu cliente, ocasionando-lhe dano, e mediante quais critérios e condições será levado a repará-lo.

A relevância da pesquisa é notada no ponto de que, a despeito de sua fundamental participação para a consecução da garantia dos direitos da sociedade, o questionamento se por ausência de zelo ou cautela, o advogado pode ser responsabilizado se, eventualmente, cause algum dano a direito de seu respectivo cliente.

Nesse norte, o objetivo geral é analisar, pelo estudo do contexto da responsabilização civil dos profissionais liberais, se o advogado pode responder na esfera cível por dano causado a direito de cliente, por atividade oriunda da relação contratual.

Entre os objetivos específicos, estão: a) estudar o conceito de profissional liberal e sua aplicabilidade aos advogados; b) investigar se o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é norma aplicável ao vínculo jurídico entre advogado e seu cliente; c) constatar a

natureza jurídica da relação cliente-advogado; d) discorrer sobre os pressupostos da responsabilidade civil do advogado por dano a cliente.

Para que os objetivos sejam atingidos, a presente pesquisa utiliza a metodologia da pesquisa jurídica, materializada na pesquisa exploratória bibliográfica e documental, a fim de desvendar conceitos, raciocínios e aplicações englobados tanto na legislação, quanto na jurisprudência e doutrina afetas ao tema abordado. Além disso, utiliza-se o método de abordagem teórico dedutivo e a técnica para análise de dados qualitativa.

O trabalho em evidência está estruturado em quatro capítulos, onde será iniciado pela abordagem do tratamento jurídico do profissional liberal pelo ordenamento jurídico pátrio, incluindo nesse tema o enquadramento do advogado. Em seguida, será estudada a inaplicabilidade do CDC às relações entre advogado e seu cliente, e nesse contexto, qual(is) regramento(s) são aplicáveis.

Após, discutir-se-á acerca da natureza jurídica da responsabilidade civil do advogado perante seu cliente, se contratual ou extracontratual. Por fim, o estudo será direcionado aos pressupostos da configuração do dever de reparar o dano pelo advogado em vista de dano causado a seu cliente.

2 O TRATAMENTO JURÍDICO DO PROFISSIONAL LIBERAL PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Para a presente abordagem é imprescindível que se defina o conceito de profissional liberal. Pode ser entendido como o profissional que exerce atividade econômica, mas que não subordina ao tomador de serviço ou a terceira pessoa hierarquicamente superior. Ademais, em regra, seu ofício está vinculado a um conhecimento técnico especializado (ALMEIDA; LENZA, 2022, p. 2790).

Os profissionais liberais mais conhecidos na realidade brasileira são o médico, o dentista, o engenheiro, o arquiteto e o advogado, dentre outros. Em todos os casos, em regra, exercem uma atividade de meio, ou seja, responsabilizam-se tão somente pelo processo, sem ser garantida a obtenção de um resultado positivo (ALMEIDA; LENZA, 2022, p. 1025).

Com base nessa afirmação, percebe-se que somente poderão ser responsabilizados por atos que advenham de culpa no exercício da atividade, isto é, os elementos da culpa em sentido amplo, no qual só poderão ser arguidos por aqueles que tiverem seus direitos lesados por uma falha na prestação do serviço (ALMEIDA; LENZA, 2022, p. 1025).

Os outros fundamentos para a caracterização do chamado profissional liberal é o desenvolvimento de atividade de caráter personalíssimo e o exercício de serviço

diferenciado. Quando se observa o panorama do mercado, e esses critérios somados ao desempenho de uma atividade tipicamente de meio, justificam o tratamento diferenciado dessa modalidade de profissional pelo ordenamento jurídico brasileiro (ALMEIDA; LENZA, 2022, p. 1026-1027).

O art. 14, § 4º, do CDC reza que “§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (BRASIL, [2021], não paginado). Portanto, por se tratar de responsabilidade subjetiva, é imprescindível que haja a comprovação de culpa no exercício do labor para que então se possa falar em dano a terceiro, o que é motivado pelo fato de o profissional liberal desempenhar atividade de meio, onde não é garantido o sucesso do resultado (ALMEIDA; LENZA, 2022).

No entanto, poderão ocorrer casos em que o profissional liberal desempenhará atividade-fim, pois segundo as palavras de Almeida e Lenza (2022, p. 1028), compromete-se com o resultado pretendido pelo consumidor. É absolutamente possível que ocorra, e embora a natureza jurídica da responsabilidade seja mantida, mudança quanto ao ônus da prova.

Salienta-se que, nesses casos, conforme o entendimento das turmas terceira e quarta do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a responsabilidade continuará subjetiva, no entanto, haverá a presunção de culpa do profissional, invertendo-se o ônus da prova (ALMEIDA; LENZA, 2022, p. 1029). À vista disso, colaciona-se o julgado que decidiu da forma supramencionada:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. TRATAMENTO ORTODÔNTICO. EM REGRA, OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DE RESULTADO. REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE.

1. As obrigações contratuais dos profissionais liberais, no mais das vezes, são consideradas como de ‘meio’, sendo suficiente que o profissional atue com a diligência e técnica necessárias, buscando a obtenção do resultado esperado. Contudo, há hipóteses em que o compromisso é com o ‘resultado’, tornando-se necessário o alcance do objetivo almejado para que se possa considerar cumprido o contrato.

2. Nos procedimentos odontológicos, mormente os ortodônticos, os profissionais da saúde especializados nessa ciência, em regra, comprometem-se pelo resultado, visto que os objetivos relativos aos

tratamentos, de cunho estético e funcional, podem ser atingidos com previsibilidade.

3. O acórdão recorrido registra que, além de o tratamento não ter obtido os resultados esperados, 'foi equivocado e causou danos à autora, tanto é que os dentes extraídos terão que ser recolocados'.

Com efeito, em sendo obrigação 'de resultado', tendo a autora demonstrado não ter sido atingida a meta avençada, há presunção de culpa do profissional, com a consequente inversão do ônus da prova, cabendo ao réu demonstrar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia, ou mesmo que o insucesso se deu em decorrência de culpa exclusiva da autora.

4. A par disso, as instâncias ordinárias salientam também que, mesmo que se tratasse de obrigação 'de meio', o réu teria 'faltado com o dever de cuidado e de emprego da técnica adequada', impondo igualmente a sua responsabilidade.

5. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2011, p. 1).

Portanto, quando o profissional liberal se compromete com a obtenção do resultado almejado por seu cliente haverá alteração na substância da responsabilidade jurídica, movendo-se de subjetiva para objetiva, no entanto, incidirá em seu desfavor a inversão do ônus da prova, cabendo-lhe provar que não agiu com um culpa (MELETTI, 2014). Nesta ocasião, junte-se o entendimento da terceira turma do STJ, no REsp 1.180.815/MG:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.

1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido.

2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.

3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional.

4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em 'termo de consentimento informado', de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. (BRASIL, 2010, p. 1).

A despeito de o advogado ser classificado como profissional liberal, por contemplar os pressupostos já elucidados, conforme se verá, não é aplicável o CDC às relações entre cliente e advogado, o que repercute na manutenção do ônus da prova a quem alegar eventual dano oriundo de culpa do causídico.

3 A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS RELAÇÕES ENTRE ADVOGADO E CLIENTE

Segundo a concepção dos doutrinadores Almeida e Lenza (2022, p. 136), "a relação jurídica de consumo pode ser entendida como a relação firmada entre consumidor e fornecedor, a qual possui como objeto a aquisição de um produto ou a contratação de um serviço."

Dessa forma, para que possam ser aplicadas as normas atinentes aos direitos do consumidor, é imprescindível que o objeto de tal relação seja a negociação de um produto ou a prestação de um serviço, e que, quem adquira o produto ou serviço e quem os ofereça qualifiquem-se como consumidor e fornecedor, respectivamente (ALMEIDA; LENZA, 2021, p. 136).

Para a conclusão do conceito, o próprio CDC tratou de conceituar consumidor e fornecedor, conforme se nota da leitura do art. 2º e 3º, respectivamente. Consumidor identifica-se como o sujeito que adquire o produto ou serviço, tratando-se de pessoa física, jurídica, ou ainda de sujeitos indetermináveis, na medida em que fornecedor é quem desenvolve "atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços." (BRASIL, [2021], não paginado).

Importante salientar que, para que as normas relativas às relações jurídicas de consumo sejam aplicáveis, é indispensável a presença cumulativa dos elementos dessa

relação, isto é, o objeto, sendo o produto ou o serviço (critério objetivo) e ainda as figuras consumidor e fornecedor (critério subjetivo) (ALMEIDA; LENZA, 2022, p. 136-137).

Especificamente na relação cliente-advogado, a doutrina majoritária entende pela inaplicabilidade das normas que regulam a relação jurídica consumerista, como é o caso de Almeida e Lenza (2022, p. 371-373), cujo entendimento se coaduna com o sustentado pelo Estatuto da OAB (BRASIL, [2022b]).

Para os que assim entendem, tal relação não pode ser caracterizada como de consumo, pois o advogado não se afigura como prestador de serviços e o cliente não se amolda à concepção de consumidor, estando a advocacia suprimida do rol das atividades abrangidas pelo mercado de consumo (ALMEIDA; LENZA, 2022).

Esse entendimento pode ser confirmado no julgamento do Agravo de Instrumento nº 07092569020198070000, Acórdão nº 1195468, proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT), com data de julgamento em 14/08/2019, que entendeu sobre a não aplicabilidade do CDC às relações entre o cliente e seu advogado, baseadas na confiança, consoante os seguintes termos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA RELATIVA DO JUÍZO. INAPLICABILIDADE DO CDC. ESTATUTO DA OAB. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. PREVALÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INDAQUEAÇÃO DA VIA ELEITA. DECISÃO MANTIDA. 1. Em se tratando de contrato de serviços advocatícios, baseado na relação de confiança entre o cliente e seu advogado, deve ser validada a cláusula de eleição do foro para resolução das demandas relativas ao contrato. 2. A exceção de pré-executividade tem cognição restrita, tendo cabimento apenas quando a matéria questionada estiver comprovada por prova pré-constituída. As questões que demandem a produção de prova devem ser remetidas aos embargos à execução, que possuem natureza cognitiva e admitem ampla instrução. 3. Agravo de Instrumento conhecido, mas não provido. Unânime. (DISTRITO FEDERAL, 2019, p. 1).

Outro argumento hábil a desconstituir a possibilidade de aplicação do CDC às relações entre advogado e cliente é o fato de que, em virtude do conhecimento acerca das antinomias aparentes, ou seja, conflito de normas aplicáveis a um mesmo caso concreto, entende-se que em razão do critério "especialidade" (VARELLA, 2012), é aplicável o Estatuto

da OAB a casos que envolvam esse tipo de vínculo jurídico. Note-se o seguinte julgado do TJDF:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. CONTRATO DE ADESÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO CDC. CLÁUSULA VÁLIDA. NORMA ESPECÍFICA REGENTE. LEI Nº 8.906/94. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. RELATIVA. ENUNCIADO Nº 33 DA SÚMULA DO STJ. 1. Inaplicável o Código de Defesa do Consumidor às relações entabuladas entre advogado e cliente, porquanto há norma específica regente, no caso, a Lei nº 8.906/94, não sendo, portanto, contrato de adesão. 2. É válida a cláusula de eleição de foro quando estabelecida em contrato de prestação de serviços advocatícios. 3. A competência do foro para ajuizamento da demanda executiva é relativa, não podendo ser declinada de ofício ou indeferida a inicial quando inviável a declinação de competência em função de ausência de sistemas informatizados. Havendo necessidade de cumprir diligências fora da jurisdição local e não sendo possível executá-las pela via postal, dar-se-á a expedição de carta precatória. 4. Cabe ao executado, caso vislumbre prejuízo, o manejo da via adequada para solucionar a questão afeta à competência. 5. Recurso conhecido e provido. (DISTRITO FEDERAL, 2019, p. 1).

O entendimento sobre a natureza jurídica da relação entre advogado e cliente foi pacificado e consolidado pelo STJ quando ratificado no julgamento do AgInt no REsp 1446090, onde foi disposto que:

É orientação assente do STJ que o Código de Defesa do Consumidor - CDC - não é aplicável às relações contratuais entre clientes e advogados, as quais são regidas pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, aprovado pela Lei n. 8.906/94. Precedentes: REsp 1.228.104/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 10/04/2012; REsp 1123422/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 15/08/2011; REsp 1.155.200/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 02/03/2011; AgRg no AREsp 429026 / PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe de 20/10/2015. (BRASIL, 2018, não paginado).

Acaso a referida relação jurídica fosse de natureza consumerista, estaria ofendendo-se o critério da especialidade das normas, e dando à classe advocatícia posição diversa da que ela realmente assume, acarretando-lhe sérios riscos.

Ademais, a atividade do advogado é um múnus público e em razão disso não pode ser tratada como mercantilismo, caracterizador de relação de consumo, cuja característica a advocacia não possui, pois está firmada no cultivo de confiança entre as partes envolvidas (SALGARELLI, 2009).

4 A RELAÇÃO JURÍDICA EXISTENTE ENTRE ADVOGADO E CLIENTE: RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL OU EXTRA CONTRATUAL?

Superados conceitos básicos sobre a caracterização do advogado como profissional liberal e o caráter não consumerista da relação entre cliente e advogado, é de rigor a explanação da natureza jurídica dessa relação, se contratual ou extracontratual.

Por responsabilidade contratual, entende-se os ônus relativos ao cumprimento de uma ou mais cláusulas de um contrato que foi firmado entre as partes, tácita ou explicitamente. O inadimplemento, nesse caso, direciona à redação do art. 389 do Código Civil (CC) (GONÇALVES, 2022, p. 121).

De acordo com as disposições do art. 389 do CC: “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.” (BRASIL, [2022c], não paginado).

Por outro lado, a responsabilidade civil extracontratual será verificada toda ocasião em que constatado um ato ilícito, alheio às disposições de um contrato. Nesse caso, em se tratando de gerar um dano, podendo ser de qualquer natureza, o responsável deverá responder pelo resultado, desde que comprovados os pressupostos da responsabilidade civil (GONÇALVES, 2022, p. 121).

No caso da responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 186 do CC: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, [2022c], não paginado). Nesse caso, haverá o dever de reparar o dano, de acordo com a regra disposta no art. 927 do mesmo diploma legal (GONÇALVES, 2022, p. 121).

Pode-se afirmar, portanto, que o que difere as duas espécies de responsabilidade civil é a origem do dever perante à parte contrária do negócio jurídico. Se a obrigação decorrer de um contrato, a responsabilidade será contratual, pois derivará do avençado entre as partes. Contudo, se inexistir qualquer vínculo jurídico entre elas, mas a violação de

um dever legal, está-se diante da responsabilidade extracontratual ou aquiliana (GONÇALVES, 2022, p. 122).

Um importante ponto a ser destacado é a configuração do ônus da prova nas duas espécies de responsabilidade civil. Na responsabilidade contratual incumbe ao suposto inadimplente o ônus da prova, suscitando alguma excludente de responsabilização civil, como a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, ou ainda a ausência de culpa em sentido amplo, como único mecanismo para se abster da obrigação de reparar o dano, em vista da mera alegação pelo suposto lesado, mediante a comprovação do vínculo jurídico obrigacional (GONÇALVES, 2022, p. 122).

Sob outro viés, em se tratando de responsabilidade extracontratual, o *onus probandi* será da suposta vítima, que no caso concreto deverá comprovar os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, como a conduta, o nexo de causalidade, o dano e a culpa (GONÇAVES, 2022).

Nessa senda, a responsabilidade civil do advogado pode assumir ambos os caracteres: a) contratual, quando a alegação de ocorrência de dano pelo cliente derivar da falha na prestação de serviço advocatício que era de responsabilidade do advogado; b) extracontratual, quando a natureza do ato ilícito implicar ausência de dever legal pelo advogado alheio a qualquer cláusula negocial (VISSOTO, 2018).

No caso da responsabilidade civil extracontratual, provavelmente a vítima seria terceiro ou a parte contrária a qual se defende em juízo:

A responsabilidade profissional é extracontratual no caso de não haver assunção de obrigação contratual, o que se dá em relação a terceiros e à parte contrária. Estar-se-ia diante da ocorrência de responsabilidade extracontratual na hipótese de os terceiros serem alheios à relação contratual entre o advogado e o cliente, ainda que o dano resulte de execução daquele contrato, a exemplo do que ocorre nos embargos erradamente interpostos contra terceiros, abusivos em face da parte contrária ou pedido doloso ou culposos de falência improcedente (VASSILIEFF, 2006, não paginado *apud* VISSOTO, 2018, não paginado).

Em se tratando da relação advogado-cliente, entende o STJ se tratar a responsabilidade civil de natureza jurídica predominantemente contratual, conforme se denota do julgamento do REsp 1079185/MG (BRASIL, 2009). Isso se dá devido ao argumento de que o advogado atua nos limites dispostos no instrumento do mandato, e

que a inobservância a tais obrigações possivelmente redundará em dano ao seu constituinte (VISSOTO, 2018).

Nesse sentido: “A procuração, como instrumento de mandato, traça os limites dos poderes conferidos pela outorgado ao outorgante. Tal instrumento dá poderes ao advogado para que aja judicialmente, em qualquer grau, em nome do cliente.” (VISSOTO, 2018, não paginado). Os autores Farias, Rosenvald e Braga Netto (2016, não paginado *apud* VISSOTO, 2018, não paginado), afirmam que: “desses poderes podem decorrer graves danos, especialmente se a procuração compreender poderes especiais [...]”.

Por conseguinte, para que sejam evitadas alegações no sentido de falha na prestação dos serviços advocatícios e consequentemente dano a direito de cliente, é indispensável à técnica advocatícia que se disponha a cumprir todo o acordado com o cliente, a despeito de se tratar a advocacia de obrigação de meio (ALMEIDA; LENZA, 2022, p. 1025).

Nesse norte, não é porque a atividade advocatícia tem o privilégio de responder apenas pela técnica no emprego dos meios, que não deve prestar o melhor serviço possível em prol do cliente. Dessa forma, é indispensável atentar-se aos mínimos detalhes para que o resultado almejado seja o melhor possível.

5 OS PRESSUPOSTOS DA CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE REPARAR O DANO PELO ADVOGADO ANTE À ALEGAÇÃO DE LESÃO A DIREITO DE CLIENTE

Balizando-se nas considerações já pontuadas, e adotando-se as premissas de que: a) o advogado é um profissional liberal e sua obrigação perante o cliente é, em regra, de meio, b) o CDC é inaplicável à relação cliente-advogado, sendo aplicável o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94) e c) a natureza jurídica da responsabilidade civil do advogado perante seu cliente é contratual, resta elencar quais são os elementos necessários à caracterização do dever de indenizar pelo patrono.

Inicialmente, para adentrar na temática, faz-se imperiosa a transcrição da brilhante colocação de Lôbo (2000, p. 177), que ensina:

Cabe ao cliente provar a existência do serviço, ou seja, a relação negocial entre ambos, e a existência do defeito de execução, que lhe causou danos, sendo suficiente a verossimilhança da imputabilidade. Cabe ao advogado provar, além das hipóteses comuns de exclusão de responsabilidade, que não agiu com culpa (em sentido amplo, inclui o dolo). Se o profissional liberal provar que não se houve com imprudência, negligência, imperícia ou dolo, a responsabilidade não lhe poderá ser imputada.

Pela leitura sugerida, denota-se que o autor resume como é a responsabilidade civil do advogado. Além de contratual, é subjetiva, pois indispensável a comprovação de culpa, oriunda de imprudência, negligência, imperícia ou dolo, sob pena de não subsistir a alegação de defeito na execução do ofício e, com efeito, a abstenção do dever de reparar o dano.

Nas palavras de Gonçalves (2022, p.112), “esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou ‘subjetiva’, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade.”

A partir disso, o dever de reparar o dano só existirá caso comprovada, no caso concreto, culpa em sentido amplo. No caso do advogado, por ser profissional liberal, não há qualquer determinação legal que torne inexigível a comprovação do dolo ou da culpa (GONÇALVES, 2022, p. 113).

A teor do que já foi explanado, a atividade do advogado é de meio, portanto, ele é responsável somente pelo emprego da técnica em seu labor, não podendo vincular-se ao resultado almejado por seu cliente, tampouco responsabilizado pelo insucesso em uma demanda (GONÇALVES, 2022, p. 1.203).

Essa definição é encontrada em texto expresso no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94): “Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.” (BRASIL, [2022b], não paginado).

A confiança, sentimento basilar da relação entre advogado e seu cliente, é depositada não na expectativa do sucesso de uma ação, mas no emprego da melhor técnica possível para que eventualmente a vitória seja atingida. Nesse sentido:

[...] as obrigações inerentes ao exercício da atividade profissional, em regra, são de meios e não de resultado. Por esse motivo o inadimplemento do profissional não se caracteriza pela simples falta de obtenção do resultado esperado pelo cliente. É necessário, imperativamente, que o lesado comprove que a perda se deu por culpa do advogado. (MATIELLO, 2014, não paginado *apud* VISSOTO, 2018, não paginado).

Respalhando nessa consideração, para que haja inadimplemento pelo advogado, considerando a origem da prestação na obrigação contratual, é necessária a comprovação de culpa na perda do direito pelo cliente, e para ser considerado dano indenizável, é

imprescindível que tenha sido gerado no emprego de técnica de meio, não por não ter atingido o resultado (GONÇALVES, 2022, p. 1.203).

De acordo com Gonçalves (2022, p. 1.203), “O advogado responde pelos erros de fato e de direito cometidos no desempenho do mandato. Quanto aos últimos, é necessário que o erro em si se revista de gravidade, para conduzir à responsabilidade do advogado.”

Uma das hipóteses que, em tese, configuram responsabilidade civil do advogado, é a falta de conhecimento ou experiência para a propositura da ação, pois escolhida a natureza de ação equivocada, embora com causa de pedir evidentemente procedente:

Amiúde percebe-se que a pretensão deduzida seria atendível. Mas, escolhida mal a ação, o autor, embora com o melhor direito, torna-se sucumbente. É fora de dúvida que o profissional incompetente deve ser responsabilizado, nesses casos, pelos prejuízos acarretados ao cliente. (GONÇALVES, 2022, p.1205).

Outra conduta que, infelizmente, é comum, e que pode ser citada como exemplo, é a perda de prazo pelo patrono, que é considerado conduta grave proferida pelo advogado. Em se tratando desse contexto, responderá o advogado pelo inadimplemento contratual, pois deve agir, no exercício de sua atividade, com diligência e atenção, impedindo que o direito de cliente pereça em virtude de conduta desarrazoada ou ainda por omissão (GONÇALVES, 2022, p. 1.205).

Na hipótese de perda de prazo, assim entendeu o Colendo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADVOGADO - AUSÊNCIA DE PREPARO - PERDA DE PRAZO - OBRIGAÇÃO DE MEIO - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - MERO DANO HIPOTÉTICO - REPARAÇÃO - DESCABIMENTO. A obrigação do advogado perante o seu cliente é de meio e não de resultado. Ao aceitar a causa, o advogado obriga-se a conduzi-la com toda a diligência. Não se obriga, contudo, a resultado certo. A responsabilidade civil do advogado por atos praticados na defesa dos interesses de seus clientes é subjetiva e depende da demonstração do dano, da culpa, e do nexo de causalidade entre a conduta e o prejuízo. A teoria da perda de uma chance preconiza que quando houver uma probabilidade suficiente de ganho da causa, o responsável pela frustração deve indenizar o interessado. A chance deve ser real, e não uma simples esperança de

reverter a condenação em eventual provimento do recurso. (MINAS GERAIS, 2018, não paginado).

Por meio da leitura do referido julgado, denota-se que o Tribunal de Apelação entendeu pela caracterização de danos morais e materiais em face do advogado por ele ter perdido prazo, sendo um fator caracterizador de desídia e indiligência profissional e inadimplemento da obrigação de meio fixada com seu constituinte.

Ademais, o órgão julgador valeu-se dos ensinamentos trazidos pela teoria da perda de uma chance para sustentar que havia chance de sucesso na demanda com o ganho da causa, e que, no caso concreto, o advogado frustrou as expectativas de seu cliente, considerando a referida chance ser real, e não mera esperança (MINAS GERAIS, 2018).

Sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance à relação entre cliente e advogado, deve-se ter sob conhecimento alguns pontos, dentre os quais se destaca a informação de que a indenização em decorrência de eventual dano não pode ser equivalente ao benefício que por ventura o cliente almejaria no sucesso da ação. Ou seja, a indenização por essa perda sempre terá valor inferior ao resultado esperado (GONÇALVES, 2022, p. 1.218).

Outro ponto a ser esclarecido é que a perda de uma chance se refere a uma probabilidade séria e real de sucesso, no entanto, por ser passível de incerteza, a indenização correspondente não pode levar em consideração valores a título de lucros cessantes, porquanto há impossibilidade de se afirmar o provimento de eventual recurso interposto (GONÇALVES, 2022).

No momento de arbitramento do valor do dano pela perda da chance, o juiz deverá avaliar no caso concreto a extensão da chance perdida, cuja ação requer uma análise equitativa pelo magistrado, momento em "que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual da probabilidade de obtenção da vantagem esperada." (GONÇALVES, 2022, p. 1220).

A terceira hipótese que pode ser elencada a título de exemplificação, e que teoricamente haverá a responsabilização do advogado, é o cenário em que o advogado acarrete ao seu cliente, na qualidade de parte processual, o dano relativo ao instituto da litigância de má-fé, previsto nos arts. 79 ao 81 do Código de Processo Civil (CPC) (GONÇALVES, 2022, p. 1.205).

Dessa forma, pode-se afirmar que não é qualquer erro alegado que ensejará a responsabilização do advogado. "Só quando ele for inescusável, patente, demonstrativo

apenas de ignorância profunda é que terá justificativa o pedido de perdas e danos.” (SOUZA, 1935, p. 359 *apud* GONÇALVES, 2022, p.1207).

Portanto, partindo da ideia de que o advogado poderá responder por perdas e danos em caso de dano a direito de cliente, caso seja constatada sua culpa, a consequência será

arcar com aquilo que seria razoavelmente ganho na demanda, ou, ainda, com os prejuízos que, comprovadamente, a parte perdedora sofrer em função da má atuação profissional. E há outras perdas, pois ser vencido numa demanda, sem dúvida, se traduz naquele estado depressivo, o que leva a uma compensação em dinheiro pelo dano moral. (LIPPMANN, 2001 *apud* GONÇALVES, 2022, p. 1.211).

À guisa de conclusão, após delineadas as principais considerações acerca da caracterização da responsabilidade do advogado perante seu cliente, é possível inferir que as hipóteses de condenação desse profissional liberal ao pagamento de indenização são demasiadamente limitadas, porquanto imperiosa a comprovação de culpa no inadimplemento. Nesse esboço:

É importante mencionar que a responsabilidade civil do advogado está adstrita àquilo que efetivamente contratou com o cliente, pois o exercício profissional deve ser entendido como sendo aquele realizado em decorrência do mandado judicial ou do contrato de prestação de serviço firmado entre as partes, situação em que se configura a responsabilidade subjetiva, tal como ocorre nas relações contratuais de modo geral. (VISSOTO, 2018, não paginado).

Dessarte, é de elevada monta que o advogado cumpra estritamente os termos do mandato outorgado por seu constituinte, zelando por prazos e diligências, para que além de garantidor de direitos fundamentais, cumpra sua função social e demonstre profissionalismo perante à sua classe.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A figura do advogado é indispensável para a garantia dos direitos individuais e coletivos dos indivíduos judicialmente e extrajudicialmente, sendo resguardado o *juris postulandã* seu favor como forma de resguardar sua função essencial na busca pela justiça.

Nesse cenário, o vínculo entre o advogado e seu respectivo cliente baseia-se na confiança depositada desse perante àquele. Embora não disciplinado pelo CDC, considerando não ser a advocacia uma atividade mercantil e tendo disciplina própria

regulamentada pelo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94), o vínculo jurídico entre ambos caracteriza uma relação de prestação de serviços.

Conforme visto, o advogado caracteriza-se como profissional liberal, e sua responsabilidade civil é subjetiva na relação cliente-advogado, sendo crucial a verificação de dolo ou culpa para que então possa ser compelido a prestar indenização por seu inadimplemento, muitas vezes oriundo de desídia ou negligência no cumprimento dos termos do mandato.

Verificou-se também que a natureza jurídica da responsabilidade civil do advogado em relação a seu cliente é contratual, pois deriva da procuração outorgada, onde dispostos os deveres e poderes do patrono para representar seu cliente em juízo e fora dele. Em vista dessa classificação, observou-se que o dispositivo que rege esse vínculo é o art. 389 do CC.

Além disso, foi constatado que a obrigação do advogado com relação a seu cliente é, em regra, de meio, não se comprometendo com o resultado útil da lide. Portanto, para a aferição do dever de reparar o dano, deverá ser observada a conduta do advogado no emprego da técnica, não se confundindo com o insucesso em eventual demanda ou recurso judicial.

Nesse norte, para que um advogado seja responsabilizado por dano material a cliente, é necessário que tenha violado alguma disposição que tenha sido previamente contratada em instrumento próprio, pois a indenização levará em consideração os lucros cessantes de sua conduta dolosa ou culposa.

Restou percebido também que há a possibilidade de responsabilização do advogado com respaldo na teoria da perda de uma chance, desde que a perda tenha sido real e que a chance do sucesso, provável. Nessa hipótese, o valor da indenização deverá ser inferior do que se, efetivamente, tivesse sido almejado o resultado pretendido, sendo indispensável análise equitativa pelo magistrado nesse processo.

Partindo disso, houve contemplação da resposta da problemática incipientemente elencada, chegando-se ao consenso de que a lesão a direito do cliente por parte de seu patrono constituído pode acarretar sua responsabilização civil, desde que haja inadimplemento contratual materializado em conduta dotada de culpa e que essa tenha sido empregada em atividade adstrita à obrigação de meio, assim respondendo de maneira positiva à hipótese principal.

À guisa de conclusão, o presente artigo científico revela-se como um valioso mecanismo para a compreensão dos limites das prerrogativas e deveres advocatícios,

fornecendo informações sobre como a responsabilidade do advogado perante seu cliente revela-se no ordenamento jurídico brasileiro, bem como na doutrina e na jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de; LENZA, Pedro. **Direito do consumidor esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 15 ago 2022.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022c]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial Nº 1446090 / SC**. Agravante: Altair Hening Silva. Agravado: Edelson Hortência Alves Júnior. Relator: Ministro Marco Buzzi, 20 de março de 2018. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 27 mar. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860038529/inteiro-teor-860038539>. Acesso em: 1 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial Nº 1.238.746 - MS (2010/0046894-5)**. Recorrente: Paulo Dorsa. Recorrido: Ana Maria Marçal Alves. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 18 de outubro de 2011. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 04 nov. 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1098313&num_registro=201000468945&data=20111104&formato=PDF. Acesso em: 2 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial Nº 1.180.815 - MG (2010/0025531-0)**. Recorrente: Fernanda de Souza Panta. Recorrido: Carlos Fernando Hudson Nascimento. Relator: Ministro Nancy Andrighi, 19 de agosto de 2010. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 26 ago. 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=996199&num_registro=201000255310&data=20100826&formato=PDF. Acesso em: 2 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Agravo no Recurso Especial Nº 1079185/MG**. Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 08 set. 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/6062205>. Acesso em: 1 jun. 2022.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB (BRASIL). **Resolução N. 02/2015**. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Brasília, DF: Ordem dos Advogados do Brasil, 19 out. 2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2022.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (3. Turma). **Agravo de Instrumento 0709256-90.2019.8.07.0000**. Acórdão Nº 1195468. Agravante(s) Tatiane Gizele de Souza Xavier. Agravado(s) Melillo & Associados, Advocacia e Consultoria S/C. Relatora: Desembargadora Fátima Rafael. 14 de agosto de 2019. Brasília, DF: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 26 ago. 2019a. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1195468. Acesso em: 1 jun. 2022.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (1. Turma). **Apelação Cível 0736909-35.2017.8.07.0001**. Acórdão 1198725. Apelante(s): Sant'ana Associados Servico de Apoio Administrativo Ltda – ME. Apelado(s) Silvia Patricia de Paschoal Zilli. Relator: Desembargador Carlos Rodrigues, 28 de agosto de 2019b. Brasília, DF: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 11 set. 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos->

web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=07369093520178070001&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=121&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 1 jun. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil do advogado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, a. 37, n. 146 abr./jun. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/588/r146-12.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 06 out. 2022.

MELETTI, Narayãna Savitri Férez. Profissional liberal: Obrigação de meio ou resultado?. **Migalhas**, 8 jan. 2014. não paginado. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/193151/profissional-liberal--obrigacao-de-meio-ou-resultado>. Acesso em: 16 ago 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas de Gerais. **Apelação Cível 10699150015443001 MG**. Relator: Marcos Henrique Caldeira Brant, 07 de fevereiro de 2018. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas de Gerais, 23 fev. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/869729559/inteiro-teor-869729671>. Acesso em: 16 ago 2022.

NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020.

SALGARELLI, Kelly Cristina. Não se aplica o CDC na relação entre cliente e advogado. **Migalhas**, 27 maio. 2019. não paginado. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/85531/nao-se-aplica-o-cdc-na-relacao-entre-cliente-e-advogado>. Acesso em: 06 out. 2022

VARELLA, Silvia Bittencourt. As antinomias aparentes no direito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3384, 6 out. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22752>. Acesso em: 6 out. 2022.

VIEIRA JÚNIOR, Hélio; NEVES, Samara Tavares Agapto das. Advogado, constitucionalmente essencial: a função social do Advogado na sociedade. **Revista Científica Eletrônica de Ciências Aplicadas da FAIT**, Itapeva, ed. 5, 28 jan. 2015. Disponível em:

http://fait.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/UFB9bBmO3XoJXZW_2015-1-29-21-28-52.pdf. Acesso em: 15 ago. 2022.

VISSOTO, Alexandre André. A responsabilidade civil do advogado. **Revista Jus Navigandi**, 11 jul. 2018. não paginado. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/67569/a-responsabilidade-civil-do-advogado>. Acesso em: 06 out. 2022.

CONTRATAÇÕES DIRETAS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (LEI N. 14.133/2021): UM BREVE ESTUDO TEÓRICO, PRÁTICO E COMPARATIVO.

FELIPE DE ANDRADE SÁ:

Advogado da União da Advocacia-Geral da União (AGU), Consultor-Geral Substituto da Consultoria Jurídica da União no Estado do Acre, com atuação na Consultoria Jurídica da União Especializada Virtual (e/CJU) de Serviços com Dedicção Exclusiva de Mão de Obra.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo a análise das principais questões envolvidas em processos administrativos para contratação direta de bens, serviços, alienações ou obras na Administração Pública, o que abrange um estudo sobre o aspecto constitucional do afastamento do procedimento licitatório, as novidades trazidas pela Lei n. 14.133/2021, quando comparada com a Lei n. 8.666/93, e a sua regulamentação até então editada, como a Instrução Normativa SEGES nº 58, de 8 de agosto de 2022, o Decreto nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022, a Instrução normativa SEGES/ME nº 65, de 7 de julho de 2021, a Instrução Normativa SEGES/ME nº 67/2021 e o Decreto nº 10.922/2021.

Metodologia – A metodologia adotada é a revisão doutrinária do tema, visando apontar os fundamentos legais, normativos e jurisprudenciais da contratação direta na Administração Pública, com a análise das principais dificuldades encontradas na instrução processual do processo administrativo e com propostas de soluções práticas aos gestores públicos.

Resultados – Por meio de um estudo comparativo, este trabalho destrincha os principais aspectos contidos nas contratações diretas na Administração Pública, seja por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, o que compreende uma interpretação sistemática e teleológica dos atos normativos aplicáveis ao tema, resultando em posicionamentos para o saneamento das principais dúvidas jurídicas que podem surgir quando da aplicação da norma pelos órgãos de assessoramento jurídico e gestores públicos responsáveis pela instrução processual.

Palavras-Chave: Licitação. Contratação direta. Lei nº 14.133/2021. Requisitos. Inexigibilidade. Fornecedor exclusivo. Setor artístico. Serviços técnicos especializados. Credenciamento. Aquisição ou locação de imóvel. Dispensa. Pequeno valor. Manutenção veicular. Licitação fracassada ou deserta.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.666/93, que está vigente há quase trinta anos, perderá sua vigência em 1º de abril de 2023, quando a Lei nº 14.133/2021, chamada Nova Lei de Licitações e Contratos, será aplicável em sua plenitude, nos termos do seu art. 193.

Depois do Projeto de Lei nº 4253/2020 – e um total de 28 vetos – a Lei nº 14.133 recebeu a sanção presidencial, em abril de 2021. Essa lei pretende oferecer mais transparência, agilidade e menos burocracias aos processos de licitação.

O procedimento para contratação direta, por meio de inexigibilidade ou dispensa de licitação, sofreu importantes alterações.

O art. 74 da NLLC contem 5 incisos com situações que ensejam a inexigibilidade de licitação, enquanto o art. 25 da Lei n. 8.666/93 possui 3. Já no art. 75 o número de incisos que veiculam as hipóteses de licitação dispensável foi reduzido de 35, no art. 24 da Lei n. 8.666/93, para 16.

Nesse contexto, o presente material tem por objetivos apresentar os principais aspectos da nova sistemática de contratação direta na Administração Pública, especialmente a federal, por meio da análise do conjunto normativo aplicável e revisão doutrinária sobre o tema, além de uma detida análise na jurisprudência do assunto, em especial do Tribunal de Contas da União.

Por meio de uma interpretação sistemática, analógica e teleológica dos atos normativos vigentes, propõe-se soluções jurídicas e práticas para o saneamento das principais dúvidas e dificuldades que serão encontradas pelos advogados e gestores públicos ao aplicar a Nova Lei de Licitações e Contratos.

Para se atingir esses objetivos, aborda-se diversos assuntos que envolvem as contratações diretas, tais como:

- Documentos que devem compor o processo administrativo de contratação direta;
- Elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares – ETP;
- Dispensa de registro no plano de contratações anual;
- Pesquisa de preços e valor estimativa da contratação;
- Requisitos de qualificação e habilitação;

- Necessidade de atendimento à publicidade e transparência;
- Hipóteses de inexigibilidade de licitação;
- Hipóteses de dispensa de licitação;
- Dispensa por pequeno valor;
- Dispensa para contratação de manutenção veicular; e
- Dispensa emergencial;

Espera-se que este estudo seja uma ferramenta de consulta importante para os gestores e advogados públicos, responsáveis pelo assessoramento jurídico de órgãos e entidades, sobre os aspectos relevantes na contratação direta baseada na Nova Lei de Licitação e Contratos.

CONTRATAÇÕES DIRETAS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (LEI N. 14.133/2021)

Segundo o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, a regra na Administração Pública é a realização de licitação pública para os diversos tipos de contratação.

Prevê o dispositivo constitucional citado que,

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

O referido mandamento constitucional reflete, pois, uma norma constitucional de **eficácia contida ou restringível**, apresentando-se como um dispositivo que, não obstante tenha aplicabilidade plena e imediata, poderá sofrer **restrições** pelo legislador infraconstitucional, por intermédio da edição de leis ordinárias ou complementares (SAVONITTI, 2007).

Registra-se que a contratação pública é um procedimento formal. Mesmo as hipóteses de contratação direta (dispensa ou inexigibilidade de licitação) exigem um procedimento prévio e determinado, destinado a assegurar a prevalência dos princípios

jurídicos fundamentais, em que é imprescindível a observância de etapas e formalidades legais.

Por meio deste procedimento prévio define-se um objeto a ser contratado, adota-se providências acerca da elaboração de projetos – se for o caso –, apura-se a compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias, os dados concretos acerca das condições de mercado, da capacitação da empresa escolhida etc. Com essas cautelas, a Administração não foge do dever de buscar a melhor contratação possível para atender a necessidade pública.

Veja-se a doutrina do Professor Marçal Justen Filho (2010):

Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. 'Ausência de licitação' não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade de recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação. (...) a Administração deverá definir o objeto a ser contratado e as condições contratuais a serem observadas. A maior diferença residirá em que os atos internos conduzirão à contratação direta, em vez de propiciar prévia licitação. Na etapa externa, a Administração deverá formalizar a contratação. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010, p. 387

Nesse contexto, o art. 72 da Lei n. 14.133/2021 prevê quais documentos que devem compor aquele:

- I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;
- II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;
- III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Segundo a **Instrução Normativa SEGES nº 58, de 8 de agosto de 2022**, que dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares - ETP, para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital, a elaboração do ETP é facultada e dispensada nos seguintes casos:

Art. 14. A elaboração do ETP:

I - é facultada nas hipóteses dos incisos I, II, VII e VIII do art. 75 e do § 7º do art. 90 da Lei nº 14.133, de 2021; e

II - é dispensada na hipótese do inciso III do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos.

Portanto, é facultativa a elaboração do ETP nas seguintes situações:

Art. 75. É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores; (Vide Decreto nº 10.922, de 2021) (Vigência)

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras; (Vide Decreto nº 10.922, de 2021) (Vigência)

(...)

VII - nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem;

VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;

Em contrapartida, além das prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos, é dispensado o ETP "para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação" (inciso III do art. 75):

- a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;
- b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;

Além da dispensa de ETP nas situações acima, o **Decreto nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022**, que regulamenta o inciso VII do caput do art. 12 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, afasta a exigibilidade de registro da compra direta no Plano de Contratações Anual nas seguintes hipóteses, no que interesse a este estudo:

Art. 7º Ficam dispensadas de registro no plano de contratações anual:

III - as hipóteses previstas nos incisos VI, VII e VIII do caput do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021; e

Assim sendo, em adição aos incisos VII e VIII do art. 75 já transcritos acima, é dispensada de registro no plano de contratações anual a "contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios".

Registre-se que a **Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, do MPDG**, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, ainda sob a égide da Lei n. 8.666/93, dispensa, em seu art. 20, § 2º, salvo o Gerenciamento de Riscos da fase de Gestão do Contrato, as etapas dos Estudos Preliminares e do Gerenciamento de Riscos nas (a) contratações de serviços cujos valores se enquadram nos limites dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993; e nas (b) contratações previstas nos incisos IV e XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993.

Enquanto não é editada nova Instrução Normativa que regulamente a Nova Lei de Licitações e Contratos, conforme o inciso I do seu art. 72, na instrução processual das contratações diretas, sempre deverá ser elaborado o documento de formalização de demanda e, se for o caso, a análise de riscos, o termo de referência, projeto básico ou projeto executivo. O estudo técnico preliminar, como já afirmado, é facultada e dispensada nas hipóteses do art. 14 da **Instrução Normativa SEGES nº 58, de 8 de agosto de 2022**.

Em sequência, o art. 72 da NLLC dispõe que o processo de contratação direta deve conter a estimativa da despesa, calculada na forma estabelecida no seu art. 23, *in verbis*:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo

federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

Para contratação de obras e serviços de engenharia aplicam-se as regras do § 2º do art. 72.

Conforme o seu § 3º, nas contratações realizadas por Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o valor previamente estimado da contratação, a que se refere o caput deste artigo, poderá ser definido por meio da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo.

Quando nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo (§ 4º).

O regulamento mencionado no § 1º do art. 23 da NLLC é, atualmente, a **Instrução normativa SEGES/ME nº 65, de 7 de julho de 2021**, que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. O seu art. 5º possui redação semelhante ao art. 23 da NLLC:

Art. 5º A pesquisa de preços para fins de determinação do preço estimado em processo licitatório para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros, empregados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente nos sistemas oficiais de governo, como Painel de

Preços ou banco de preços em saúde, observado o índice de atualização de preços correspondente;

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital, contendo a data e a hora de acesso;

IV - pesquisa direta com, no mínimo, 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, por meio de ofício ou e-mail, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital; ou

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, desde que a data das notas fiscais esteja compreendida no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do edital, conforme disposto no Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.

Segundo o § 1º do art. 5º, deverão ser priorizados os parâmetros estabelecidos nos incisos I e II, devendo, em caso de impossibilidade, apresentar justificativa nos autos.

Importante destacar que a regra do § 4º do art. 23 da NLLC é repetida no § 1º do art. 7º da IN SEGES/ME nº 65/2021. Contudo, o § 2º do art. 7º a complementa, afirmando que, excepcionalmente, caso a futura contratada não tenha comercializado o objeto anteriormente, a justificativa de preço de que trata o § 1º poderá ser realizada com objetos semelhantes de mesma natureza, devendo apresentar especificações técnicas que demonstrem similaridade com o objeto pretendido.

Na hipótese de dispensa de licitação com base nos incisos I e II do art. 75 da Lei nº 14.133/2021, a estimativa de preços poderá ser realizada concomitantemente à seleção da proposta economicamente mais vantajosa, cujo procedimento será realizado por meio de solicitação formal de cotações a fornecedores (§§ 4º e 5º do art. 7º da IN n. 65/2021).

Obviamente, fica vedada a contratação direta por inexigibilidade caso a justificativa de preços demonstre a possibilidade de competição (§ 3º do art. 7º da IN n. 65/2021).

O inciso III do art. 72 prevê que os autos administrativos para contratação direta devem possuir “parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos”.

Os pareceres técnicos elaborados pelo órgão contratante devem enquadrar a demanda administrativa às hipóteses de dispensa e inexigibilidade do art. 74 e 75 da NLLC, justificando pormenorizadamente a necessidade de contratação, o quantitativo de bens ou serviços desejados, o preço que será praticado, a razão da escolha do contratado etc.

O parecer jurídico cabe ao órgão de assessoramento jurídico da Administração, que deverá (art. 53, § 1º):

I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;

O órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de **contratações diretas**, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos (§ 4º do art. 53).

No âmbito das contratações diretas, é de suma importância a regra disposta no § 5º do art. 53 da NLLC:

§ 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

Nesse sentido, o Advogado-Geral da União Bruno Bianco Leal editou a Orientação Normativa n. 69, de 13 de setembro de 2021:

NÃO É OBRIGATÓRIA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA NAS CONTRATAÇÕES DIRETAS DE PEQUENO VALOR COM FUNDAMENTO NO ART. 75, I OU II, E § 3º DA LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021, SALVO SE HOUVER CELEBRAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO E ESTE NÃO FOR PADRONIZADO PELO ÓRGÃO DE ACESSORAMENTO JURÍDICO, OU NAS HIPÓTESES EM QUE O ADMINISTRADOR TENHA SUSCITADO DÚVIDA A RESPEITO DA LEGALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO. APLICA-SE O MESMO ENTENDIMENTO ÀS CONTRATAÇÕES DIRETAS FUNDADAS NO ART. 74, DA LEI Nº 14.133, DE 2021, DESDE QUE SEUS VALORES NÃO ULTRAPASSEM OS LIMITES PREVISTOS NOS INCISOS I E II DO ART. 75, DA LEI Nº 14.133, DE 2021.

Portanto, na dispensa de licitação por pequeno valor e na inexigibilidade de licitação cujo valor não ultrapasse os limites previstos nos incisos I e II do art. 75, é possível que o órgão federal contratante celebre o ajuste sem necessidade de manifestação jurídica do seu órgão de assessoramento jurídico.

O art. 72, IV, exige a “demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido”.

A declaração de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal, conforme dispõe o artigo 10, IX, Lei 8.429/92, e artigo 150 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

O órgão ou entidade contratante também devem juntar a declaração sobre a adequação orçamentária e financeira para fazer face às despesas, em conformidade com as normas constantes dos arts. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

Contudo, o órgão federal deve verificar, previamente ao envio dos autos para análise do órgão de assessoramento jurídico, a aplicabilidade da Orientação Normativa n. 52 do Advogado-Geral da União, a fim de dispensar a necessidade da declaração acerca dos arts. 16 e 17 da LC 101/2000:

As despesas ordinárias e rotineiras da administração, já previstas no orçamento e destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, dispensam as exigências previstas nos incisos I e II do art. 16 da lei complementar nº 101, de 2000.

Lembramos ainda que, segundo o § 3º do art. 16 da LC 101/2000, a exigência das declarações é dispensada para as despesas consideradas irrelevantes nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Em relação ao inciso V do art. 72 da NLLC, é importante registrar que mesmo nas dispensas ou inexigibilidades de licitação a comprovação da habilitação e qualificação do contratado deve ser exigida com relação aos aspectos essenciais à regularidade da contratação.

Segundo o art. 62 da NLLC, a habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:

- I - jurídica;
- II - técnica;
- III - fiscal, social e trabalhista;
- IV - econômico-financeira.

Nas contratações para entrega imediata, nas contratações em valores inferiores a 1/4 (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), as documentações relativas à capacidade da licitante acima citadas poderão ser dispensadas total ou parcialmente (art. 70, III, da NLLC).

A Equipe Técnica da Zênite (2022), ao comentar o art. 92, XVI, da NLLC, traz interessante perspectiva sobre a necessidade de manutenção dos requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária durante a vigência contratual decorrente de contratação direta:

O art. 92, da Lei nº 14.133/2021 define as cláusulas que **necessariamente** devem constar em todo contrato. Logo, não cabe qualquer margem de discricionariedade para que a Administração decida se fará ou não constar no contrato o rol ali indicado.

Dentre as cláusulas necessárias nos contratos, citamos **“a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta”** (art. 92, inciso XVI).

A nosso ver, a fixação dessa condição tem o claro intuito de resguardar a manutenção das condições necessárias para autorizar o afastamento do dever de licitar, legitimando a celebração da contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação. Explicamos.

Algumas hipóteses de contratação direta exigem, para o seu legítimo aperfeiçoamento, que o contratado demonstre possuir uma qualificação específica.

Nesse sentido, citamos, por exemplo, a “aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos” (art. 74, inciso I) e a contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização (art. 74, inciso III), ambas celebradas com fundamento na inexigibilidade de licitação.

A aplicação regular da primeira hipótese de inexigibilidade de licitação requer que o contratado seja fornecedor do bem ou prestador do serviço pretendido em regime de exclusividade. No caso da segunda, o contratado deve ser profissional ou empresa de notória especialização. Logo, se no curso da execução o contratado perder a qualificação de fornecedor exclusivo ou de notório especialista,

condições essenciais para a contratação, resta comprometida a manutenção do contrato.

Outros exemplos de hipóteses que exigem qualificação específica do contratado para autorizar a contratação direta, nesse caso a dispensa de licitação, são aquelas previstas nos incisos XIV e XV do art. 75 da Lei nº 14.133/2021:

(...)

A hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso XIV requer que o contratado seja “associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade”. Já a hipótese descrita no inciso XV exige que o contratado seja instituição brasileira que tenha por finalidade o exercício das atividades previstas no dispositivo legal, além de possuir inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos.

Nos dois casos, se ao longo da execução o contratado perder a qualificação exigida para autorizar o afastamento do dever de licitar, há o comprometimento da manutenção da contratação direta.

Ainda que não prevista expressamente essa condição na Lei nº 8.666/1993, o entendimento o Tribunal de Conta da União já se formava nesse sentido. Vejamos trecho do Acórdão nº 555/2016 – Plenário, em que a Corte de Contas federal concluiu:

O contrato celebrado mediante inexigibilidade de licitação não deve ser prorrogado sem que se avalie a manutenção da inviabilidade de competição, mediante pesquisas suficientes a demonstrar que nenhuma outra solução ou fornecedor atendem aos objetivos da contratação.

Concluimos, então, que a nova Lei de Licitações ter previsto, em seu art. 92, inc. XVI, que é cláusula necessária nos contratos decorrentes de contratação direta a manutenção de todas as condições de qualificação exigidas, tem como objetivo, em última análise, assegurar o preenchimento das condições que autorizaram a contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Apresentar a razão da escolha do contratado no caso concreto (inciso VI do art. 72 da NLLC) é necessário em virtude da impessoalidade que deve estar contida nos atos praticados pelos gestores públicos, principalmente quando a dispensa de licitação não for por pequeno valor (art. 75, I e II).

Em uma contratação direta, a Administração Pública não pode escolher o fornecedor dos bens e serviços ao seu livre critério. Ao revés, deve apresentar, de maneira imparcial, as razões pelas quais optou por determinada empresa no processo administrativo.

Nesse sentido, temos os seguintes julgados do Tribunal de Contas da União, prolatados sob a égide da Lei n. 8.666/93:

É possível a realização de contratações diretas com fulcro no art. 24, inciso III, da Lei 8.666/1993 durante intervenção federal decretada em razão de grave comprometimento da ordem pública, desde que o processo de dispensa seja instruído com os seguintes requisitos: i) demonstração de que a contratação está restrita à área temática abrangida pelo documento que decretou a intervenção, assim entendidos os bens e serviços essenciais à consecução dos seus objetivos, sejam eles relacionados com as atividades finalísticas ou de apoio dos órgãos formalmente envolvidos com a intervenção federal, por meio da descrição das circunstâncias fáticas, documentos e dados que ensejaram essa conclusão; ii) caracterização da urgência que acarreta a impossibilidade de se aguardar o tempo necessário a um procedimento licitatório regular; iii) limitação e justificativa dos quantitativos de bens e serviços a serem adquiridos, os quais devem ser suficientes ao atendimento da demanda; iv) vigência dos contratos firmados limitada à data final estabelecida para a intervenção, não admitidas prorrogações; e v) comprovação nos autos do atendimento às disposições do art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, em especial a **razão da escolha do fornecedor ou executante** e a justificativa do preço contratado, a partir de pesquisa prioritariamente junto a fontes públicas. Acórdão 1358/2018-Plenário | Relator: VITAL DO RÊGO

A dispensa de licitação por urgência na contratação exige processo administrativo específico, contendo a demonstração da situação emergencial, a **razão da escolha do contratado** e a justificativa de preço, exigidos no art. 26 da Lei 8.666/1993. Acórdão 1192/2008-Primeira Câmara | Relator: GUILHERME PALMEIRA

Mesmo no caso de dispensa de licitação por situação emergencial, é dever da instituição contratante formalizar o respectivo processo, caracterizando a situação, a **razão da escolha do prestador de serviço** e a justificativa do preço, e publicar o ato de dispensa na imprensa oficial, sendo vedada a prestação de serviços sem a cobertura de contrato devidamente formalizado, por expressa previsão do art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. Acórdão 3083/2007-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER

Nos casos de dispensa de licitação fundada no art. 32 da Lei 9.074/1995, a constituição e a instrução do respectivo processo administrativo devem observar os princípios gerais da Administração Pública, notadamente os da isonomia, da publicidade e da moralidade, bem como o disposto no art. 30, § 3º, incisos II e III, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), que exige a divulgação das **razões para a escolha do fornecedor** ou do prestador de serviços, além da justificativa para o preço acertado. Acórdão 2533/2021-Plenário | Relator: JORGE OLIVEIRA

Com relação à justificativa do preço (inciso VII do art. 72), trata-se de um dever imposto ao Administrador, que tem por finalidade confirmar a razoabilidade do valor da contratação, conferindo por consequência, probidade e moralidade ao ajuste.

A necessidade da justificativa do preço decorre dos princípios da motivação, da economicidade, legalidade, legitimidade e da razoabilidade, bem como da imperiosa necessidade de se bem atender o interesse público, por meio de uma gestão eficiente e proba dos recursos públicos. Trata-se de dever da Autoridade pública, responsável pela gestão dos recursos públicos a ela confiados.

Aqui, os incisos II e VII do art. 72 da NLLC se confundem, pois a justificativa do preço inevitavelmente será consequência da realização da estimativa de despesa, calculada na forma estabelecida no art. 23 da Lei.

Por fim, a contratação direta deve ser objeto de autorização da autoridade competente (inciso VIII do art. 72). Neste tema, temos atualmente o Decreto nº 10.193, de 27 de dezembro de 2019, que estabelece limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens no âmbito do Poder Executivo federal. O seu art. 3º dispõe:

Art. 3º A celebração de **novos contratos administrativos** e a prorrogação de contratos administrativos em vigor relativos a

atividades de custeio serão autorizadas em ato do Ministro de Estado ou do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República.

§ 1º Para os contratos de qualquer valor, a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada às seguintes autoridades, permitida a subdelegação na forma do § 2º:

I - titulares de cargos de natureza especial;

II - dirigentes máximos das unidades diretamente subordinadas aos Ministros de Estado; e

III - dirigentes máximos das entidades vinculadas.

§ 2º Para os contratos com valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada ou subdelegada aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou à autoridade equivalente, permitida a subdelegação nos termos do disposto no § 3º.

§ 3º Para os contratos com valor igual ou inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada ou subdelegada aos coordenadores ou aos chefes das unidades administrativas dos órgãos ou das entidades, vedada a subdelegação.

Cabe ao órgão ou entidade federais certificar-se sobre a natureza da atividade a ser contratada – se constitui ou não atividade de custeio –, e, em caso positivo, verificar a existência de eventual diploma que estabeleça determinações complementares ao Decreto nº 10.193/2019 no âmbito do Ministério do qual faz parte, providenciando-se a autorização, quanto à celebração de futuro contrato, do Exmo. Ministro de Estado ou da autoridade (sub)delegada.

Ressalte-se que, segundo o parágrafo único do art. 72, o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial. Nesse contexto, o art. 94, inciso II, da NLLC, determina que a “divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura”:

I - 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação;

II - 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

§ 1º Os contratos celebrados em caso de urgência terão eficácia a partir de sua assinatura e deverão ser publicados nos prazos previstos nos incisos I e II do **caput** deste artigo, sob pena de nulidade.

O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) foi criado pelo art. 174 da NLLC, sendo o sítio eletrônico oficial destinado à:

I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;

II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

De acordo com o inciso III do § 2º, o PNCP conterà, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações: editais de credenciamento e de pré-qualificação, **avisos de contratação direta** e editais de licitação e respectivos anexos.

O PNCP é gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas (§ 1º do art. 74), cujo regulamento está disposto no Decreto nº 10.764, de 09 de agosto de 2021.

Todos os aspectos de instrução dos processos administrativos de contratação direta devem ser rigorosamente atendidos pelos gestores públicos, com auxílio fundamental e indispensável dos órgãos de assessoramento jurídico, uma vez que na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis, nos termos do art. 73 da NLLC.

Por fim, importante registrar que, nos termos do § 6º do art. 82 da NLLC, o sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade.

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A inexigibilidade de licitação justifica-se nas hipóteses em que se verifica a **impossibilidade jurídica** da realização do certame, quer pela natureza do negócio envolvido, quer pelos objetivos sociais almejados pelo Poder Público (SAVONITTI, 2021).

Pela leitura do *caput* do art. 74 da NLLC, fica claro que os casos de inexigibilidade previstos em lei são meramente exemplificativos, senão vejamos:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, **em especial** nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

I. Fornecedor exclusivo

O inciso I do art. 74 corrigiu a lei nº 8.666/93 prevendo expressamente a possibilidade de fornecedor exclusivo também para a contratação de serviços. Sob o regime da antiga lei de licitações e contratos somente havia previsão para “aquisição”, *in verbis*:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para **aquisição** de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

Segundo o § 1º do art. 74, “a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos, vedada a preferência por marca específica”.

Sobre a vedação de preferência de marca específica, assevera Scatolino e Trindade (2021):

A lei veda a preferência pela marca específica. Contudo, a vedação exposta pela lei deve ser compreendida no sentido de ser evitada a preferência pela marca com o intuito de não se fazer a licitação. É possível, em algumas situações, dentro de um processo licitatório, a preferência pela marca como, por exemplo, para manter padronização ou para caracterizar o objeto a ser licitado.

Se um órgão quer comprar um certo tipo de cadeira, pode dizer em edital de licitação que está indicando a marca X como modelo/referência, mas admitindo outras marcas similares.

O que não é possível é um órgão direcionar para uma marca, sendo que há outras que atendem a demanda, e por existir somente aquela

marca acaba criando uma situação de "inviabilidade de competição que não existe.

Savonitti (2021) faz interessante distinção entre os tipos de exclusividade que podem surgir no caso concreto:

É importante, ainda, estabelecer-se a diferença entre o conceito de **exclusividade absoluta** e o de **exclusividade relativa**. No primeiro caso, só há um fornecedor ou agente capaz de atender aos anseios da Administração, enquanto, no segundo, há mais de um fornecedor ou agente, mas apenas um situado na praça em que se pretende fazer a aquisição do produto.

No caso de **exclusividade absoluta**, a licitação será sempre inexigível pela absoluta impossibilidade de negociar com outra pessoa. Já em casos de **exclusividade relativa**, deverão ser observados o **valor** do negócio e as **características** dos bens ou serviços para, só então, verificar-se a **viabilidade econômica** da realização da contratação direta ou da realização do procedimento licitatório.

Imaginemos a seguinte situação: um pequeno município necessita adquirir hortifrutigranjeiros para abastecer a creche municipal e só existe 1 (um) fornecedor habilitado naquela localidade, embora existam outros fornecedores em municípios vizinhos, situados a cerca de 40 (quarenta) quilômetros daquela localidade. Levando-se em consideração que os produtos precisam ser entregues a cada 2 (dois) ou 3 (três) dias, sob pena de perecerem, apresenta-se inviável a realização do certame; todavia, se a licitação fosse para a aquisição de materiais de expediente, que podem ser entregues mensalmente ou a cada 2 (dois) meses, a solução para o caso, muito provavelmente, seria diversa, tendo em vista que o custo para a entrega dos produtos seria muito menos expressivo, situação que viabilizaria a realização do certame. Outro exemplo de exclusividade relativa seria a contratação de fornecimento de combustíveis pelo mesmo município, existindo apenas um fornecedor (posto de combustível) na localidade.

O referido autor ainda afirma que:

A contratação direta com fornecedor exclusivo pode acontecer tanto na hipótese de **objeto singular** – vale dizer, de bem cujas características únicas impedem sua fungibilidade, como ocorre na aquisição de obras de artes ou objetos históricos – quanto na hipótese

de bens comercializados por único **fornecedor**. A não realização do certame justifica-se, portanto, quando existir apenas **1 (um) objeto** apto a atender às necessidades administrativas ou, inobstante existirem vários, todos pertençam à **mesma pessoa**, o que torna inviável a competição.

Sobre o tema, segundo a Orientação Normativa nº 16, de 1º de abril de 2009, “compete à administração averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado nos termos do art. 25, inc. I, da lei nº 8.666, de 1993.”

II. Profissionais do setor artístico

O inciso II do art. 74 da NLLC praticamente repetiu a redação do inciso III do art. 25 da lei nº 8.666/93. Esses dispositivos autorizam a contratação direta de artista, “diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”.

O § 2º do art. 74 expressa o entendimento jurisprudencial consolidado pelo Tribunal de Contas da União, ao estabelecer que “considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.” Nesse sentido, o Acórdão nº 1435/2017-Plenário:

Na contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de profissional do setor artístico por meio de empresário exclusivo, a apresentação de autorização/atesto/carta de exclusividade restrita aos dias e à localidade do evento não atende aos pressupostos do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993. Para tanto, é necessária a apresentação do contrato de representação exclusiva do artista consagrado com o empresário contratado, registrado em cartório.

Normalmente, vemos esse tipo de inexigibilidade de licitação direcionada ao setor musical, a exemplo da contratação de cantores, bandas e orquestras para participação em eventos públicos, como comemoração de aniversário de municípios, carnaval e festas juninas de rua. Contudo, também é possível imaginarmos a contratação direta de atores, artistas plásticos, pintores etc.

É importante lembrar que a contratação direta de cantores e bandas nacionais, especialmente por municípios, vem sendo objeto de polêmica neste ano de 2022. De

acordo com o portal da UOL², pelo menos 36 cidades estão com investigações abertas por promover shows, festivais ou festas com a presença de artistas conhecidos nacionalmente e de alto cachê. Esse movimento tem sido chamado de "CPI do sertanejo":

O nome mais citado nos contratos investigados é o do cantor Gustavo Lima. Com o cachê mais alto do alto, que pode ultrapassar R\$ 1 milhão, o cantor sertanejo teve problemas em pelo menos cinco apresentações nos estados de Roraima, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Bahia e Ceará.

Em seguida, o nome de Wesley Safadão aparece em quatro shows investigados e Xand Avião, em três. Bruno e Marrone, Simone e Simaria, Ávine Vinny e Nattanzinho também aparecem em contratos que estão na mira da "CPI do sertanejo".

Segundo o doutrinador Jacoby Fernandes (2019), "o gestor também deve agir com cautela em questões financeiras, como a justificativa de preços e dúvidas pontuais, se pagamento deve ser antecipado, com ou sem desconto".

Ainda, conforme afirma Savonitti (2021), o tema que talvez possa suscitar maiores controvérsias relaciona-se à "consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública". Diógenes Gasparini (2001) nos oferece a solução: "Cremos que se pode dizer que é a crítica local, regional (estadual) ou nacional, em razão do valor do contrato".

Em tempos de redes sociais, uma boa forma de se comprovar a "consagração pela opinião pública" pode ser o engajamento gerado e o número de seguidores que o artista possui em aplicativos e sites de relacionamento, a exemplo de *Facebook*, *Instagram*, *TikTok* ou *YouTube*.

Na hipótese de contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade de licitação, o § 2º do art. 94 da NLLC determina que a divulgação do contrato "deverá identificar os custos do cachê do artista, dos músicos ou da banda, quando houver, do transporte, da hospedagem, da infraestrutura, da logística do evento e das demais despesas específicas."

III. Serviços técnicos especializados

Já o inciso III do art. 74 fixa, de maneira taxativa, os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual cuja contratação direta, por inexigibilidade de

² <https://www.uol.com.br/splash/noticias/2022/06/12/cpi-do-sertanejo-shows-investigados.htm>

contratação, é permitida, desde que seja feita com “com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”.

O referido inciso repetiu as hipóteses previstas no art. 13 da lei nº 8.666/93 e acrescentou a da alínea “h”, abaixo transcrita:

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

Nos termos do § 3º do art. 74, § 3º, “considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

Rafael Oliveira (2017) aduz que notória especialização do contratado significa destaque e reconhecimento do mercado em sua área de atuação, o que pode ser demonstrado por várias maneiras (estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento etc.).

Nas contratações com fundamento no inciso III do art. 74, “é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade” (§ 4º do art. 74). Portanto, trata-se de uma contratação direta com caráter personalíssimo.

Scatolino e Trindade (2021) exemplificam uma contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual:

O profissional deve possuir características individuais distintas dos demais que atuam no mesmo ramo, tornando-o o mais apropriado, mais conveniente para o desenvolvimento do trabalho.

O serviço, por exemplo, de defesa de causas judiciais pode ser contratado por inexigibilidade. A União contrata escritórios de advocacia em determinados países em que a União seja autora ou ré em ações. Mesmo a União tendo os Advogados da União, em ações que tramitam em outros países é necessário ter registro profissional de advogado no país e, geralmente, as causas são complexas e fora do

cotidiano dos Advogados da União, o que justifica a contratação de um advogado/escritório com expertise na causa e no trâmite processual.

Como se vê, o inciso III do art. 74, em redação semelhante à lei das Estatais (Lei nº 13.303/16), e diferentemente do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, não exigiu a natureza singular do objeto. Sobre essa ausência, opina Savonitti (2021):

Todavia, em nossa linha de visão, a **ausência** de referência expressa à “natureza singular” dos referidos serviços **não** é suficiente para justificar a contratação de **qualquer** um deles sem licitação, bastando que se esteja diante de profissional ou empresa de notória especialização. Não seria razoável supor-se que qualquer contratação de projeto básico, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal ou patrocínio de causa judicial, entre outros, pudesse ser contratado diretamente pelo simples fato de se estar diante de um profissional de notória especialização.

Mesmo porque, não se pode pretender interpretar o inciso de um artigo **dissociado** da regra estabelecida pelo *caput* do dispositivo legal que, neste caso, autoriza a contratação direta “quando inviável a competição”.

Desse modo, a inexigibilidade de licitação é determinada, *a priori*, pela **especificidade** (ou **singularidade**) do objeto da contratação, que impõe que sua execução seja realizada por um profissional de **notória especialização**. Assim, é a **singularidade** do objeto que determina a sua realização por alguém que detenha **notória especialização**, e não o contrário. Não é possível presumir-se, portanto, que **todos** os aludidos serviços especializados de natureza predominantemente intelectual devam ser executados por um especialista, mas, tão somente, aqueles que possuam **características individualizadoras**, em termos de complexidade e especificidade, que justifiquem a contratação direta.

O conceito de **singularidade**, ressalte-se, “não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade”, mas resulta “da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento” (Acórdão nº 1.232/2018 – Plenário e Acórdão nº 2.616/2015 – Plenário, ambos do TCU).

Nesse mesmo sentido, citando o professor Marçal Justen Filho, entendem Scatolino e Trindade (2021):

(...) Apesar de não constar a exigência na lei, entendemos que esse requisito não pode ser dispensado, na medida em que qualquer contratação por inexigibilidade pressupõe a inviabilidade de competição e, para que haja esta inviabilidade, devem estar presentes os 3 requisitos.

A contratação de serviços técnicos profissionais especializados não deve ser usada para atividades corriqueiras. Não pode a Administração Pública contratar o melhor arquiteto da região (que certamente será mais caro), por inexigibilidade, para fazer projeto de um prédio "qualquer".

No entanto, se for um prédio/ponte/monumento que compõe o conjunto arquitetônico da cidade (situação singular/excepcional) poderá com base na inexigibilidade contratá-lo diretamente.

A Súmula n. 252 do TCU prescreve que a inviabilidade de competição para a contratação de patifes técnicos decorre da presença simultânea dos três requisitos: serviço técnico especializado, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado:

SÚMULA TCU 252: A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

Confira a doutrina de Marçal Justen Filho na mesma linha do nosso pensamento ao discorrer sobre a hipótese acerca da lei das estatais:

"A redação literal do art. 30, II, da Lei das Estatais deve ser interpretada com cautela. Não é cabível adotar a tese de que a ausência de alusão a objeto singular autorizaria contratação direta em toda e qualquer hipótese de serviço técnico profissional especializado. (...) não se pode admitir que em todo e qualquer caso de serviço técnico profissional especializado existiria inviabilidade de competição. É necessário verificar, no caso concreto, se as circunstâncias acarretam a inviabilidade de competição." Justen Filho, Marçal, "A contratação sem

licitação nas empresas estatais", Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 319)

Cabe acrescentar que a natureza singular também é exigida pela Súmula n. 39 da Corte de Contas:

SÚMULA TCU 39: A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993.

Sobre a contratação de serviço técnico especializado de **treinamento e aperfeiçoamento de pessoal (alínea "f")**, o TCU entende que:

As contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal enquadram-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei 8.666/1993. Acórdão 1247/2008-Plenário.

Já a Advocacia-Geral da União, por meio da Orientação Normativa nº 18, de 1º de abril de 2009 (alterada pela Portaria nº 382, de 21 de dezembro de 2018), assim se manifestou:

CONTRATA-SE POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 25, CAPUT OU INCISO II, DA LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, PESSOAS NATURAIS E JURÍDICAS PARA MINISTRAR CURSOS FECHADOS PARA TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL OU A INSCRIÇÃO EM CURSOS ABERTOS.

O ART. 25, CAPUT, COMO FUNDAMENTO, IMPÕE A CONSTATAÇÃO DA INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO POR AUSÊNCIA DE CRITÉRIO OBJETIVO DE SELEÇÃO OU POR EXCLUSIVIDADE DO OBJETO PERSEGUIDO PELA ADMINISTRAÇÃO, MEDIANTE ROBUSTA INSTRUÇÃO DOS AUTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO, SEM PREJUÍZO DA FISCALIZAÇÃO E CONTROLE AINDA MAIORES POR PARTE DOS ÓRGÃOS COMPETENTES.

A MOTIVAÇÃO LEGAL COM BASE NO ART. 25, INCISO II, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, EXIGE A IDENTIFICAÇÃO DOS REQUISITOS DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO E DA SINGULARIDADE DO CURSO.

Em relação ao **patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas** (alínea “e” do inciso III do art. 74), Hely Lopes Meirelles (1999 *apud* Savonitti, 2021) já chamava atenção para o fato de que, doutrina e jurisprudência, bem como julgados dos Tribunais de Contas, há anos reconhecem a inviabilidade de competição para os serviços jurídicos ou de natureza advocatícia, desde que tais serviços não sejam padronizados como o ajuizamento de milhares de execuções da previdência social, “mas, ao contrário, tenham natureza singular, ou características individualizadoras, e os profissionais prestadores sejam de notória especialização.

A Lei nº 14.039/2020 inseriu dispositivo no Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94) afirmando, expressamente, que os serviços prestados pelos advogados são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei. Vejamos sua redação:

Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Vejamos o que dizem o STF, STJ e TCU sobre o assunto:

A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros:

- a) existência de procedimento administrativo formal;
- b) notória especialização profissional;
- c) natureza singular do serviço;

d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público;

e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

STF. 1ª Turma. Inq 3074, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 26/8/2014.

STJ - Jurisprudência em Teses (Ed. 97):

Tese 7: A contratação de advogados pela administração pública, mediante procedimento de inexigibilidade de licitação, deve ser devidamente justificada com a demonstração de que os serviços possuem natureza singular e com a indicação dos motivos pelos quais se entende que o profissional detém notória especialização.

(...) V - A inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II, da Lei n. 8.666/93 não se contenta com a natureza técnica do serviço contratado. Exige a conjugação da natureza técnica (art. 13) com a natureza singular e a notória especialização dos profissionais ou empresas (art. 25, II). Assim, deve prevalecer o entendimento exposto no decisum recorrido, e não aquele que pretende, ao arropio da lei, generalizar a inexigibilidade de licitação para todas as contratações de serviços advocatícios. (...)

STJ. 2ª Turma. AREsp 1543113/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 10/03/2020.

"6.2.29. A contratação de serviços advocatícios é tema pacífico nesta Corte de Contas, cujo entendimento é a necessidade de processo licitatório para a contratação de serviços dessa natureza, exceto quando ficar comprovada a notória especialização e a singularidade do objeto.

6.2.30. Das análises dos diversos processos sobre esse tema existentes nesta Corte de Contas, percebe-se que o termo notória especialização tem tido diversas interpretações capciosas por alguns administradores públicos. Vejamos os termos do § 1º, art. 25 da Lei 8.666/1993 ao definir Notória Especialização:

§ 1º - Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações,

organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

6.2.31. Da leitura do normativo extrai-se que é necessário, mas não suficiente, o profissional gozar de renomado conceito profissional. Seu trabalho há de ser, ainda, essencial e o mais adequado à administração pública.

6.2.32. No mais, não se pode contratar por inexigibilidade um serviço comum, rotineiro e que possa ser prestado por qualquer profissional da área, uma vez que a lei exige, para tanto, a natureza singular do serviço (art. 25, II, Lei 8.666/1993).

6.2.33. Esta Corte tem firme entendimento que serviços gerais de advocacia podem ser desenvolvidos por inúmeros profissionais da área jurídica. A contratação em discussão se efetivou para defesa de réus acusados de cometerem ilegalidades na admissão de pessoal em desacordo com a Constituição Federal, concessão de diárias em valores superiores ao previsto em norma, pagamentos de salários superiores ao teto constitucional e aquisição e reembolso de passagens de forma irregular. Não se está, portanto, diante de objeto singular, incomum, anômalo, nem de notória especialização, sendo, nesse caso, imprescindível o processo licitatório, caso fosse regular a contratação.”

(Acórdão 1193/2019 – Plenário, Relator Augusto Sherman, Tomada de Contas Especial, Data da sessão: 22/05/2019).

Ronny Charles Lopes (2019) possui entendimento consonante aos posicionamentos acima:

Preocupa-nos a utilização indiscriminada deste dispositivo, muitas vezes permitida pelos órgãos de controle. Cite-se como exemplo a contratação de serviços advocatícios de assessoramento jurídico cotidiano; no caso daqueles serviços, a utilização deveria se restringir àquela contratação que se alinhasse aos limites traçados pelo legislador, não apenas no pertinente à notória especialização, tão flexibilizada pelos gestores, mas, sobretudo, no que concerne à singularidade dos serviços prestados. Nesse diapasão, pensamos que

o patrocínio ou a defesa de causas judiciais e administrativas, previstas no inciso V do artigo 13, do estatuto (aquele artigo dá exemplos de serviços técnicos especializados), não devem ser enquadrados como hipóteses de inexigibilidade, quando se referirem a assessoramento jurídico cotidiano.

A singularidade imposta pelo artigo 24 parece restringir a hipótese a serviços específicos, delimitados e extraordinários, que requeiram a 'expertise' não verificada nos quadros da administração. Nesse ponto, imperioso lembrar que os assessoramentos jurídicos, naturais à advocacia pública, e o patrocínio ou defesa habitual, das diversas causas judiciais propostas em favor ou em face dos entes ou órgãos da Administração, caracterizam-se como atividades próprias de carreira funcional. A concepção constitucional prevista no inciso II do artigo 37, da Constituição Federal, exige o provimento de tais cargos mediante aprovação prévia em concurso, seja pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, motivo pelo qual reputamos como impreterível a existência de quadro de servidores de carreira, para cumprir tais atribuições.

O professor Márcio André Lopes Cavalcante (2020) critica a redação trazida pela Lei nº 14.039/2020 ao Estatuto da OAB:

Até agora parece que a Lei nº 14.039/2020 apenas repetiu aquilo que já era amplamente reconhecido pela Lei nº 8.666/93 e pela jurisprudência. Qual foi, então, o real objetivo dessa Lei?

A Lei nº 14.039/2020, de forma sutil, tentou abolir, na prática, um dos requisitos exigidos pela Lei nº 8.666/93 e pela jurisprudência: a natureza singular do serviço.

A redação da Lei nº 14.039/2020, propositalmente, embaralha os conceitos ao afirmar que os serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade **"são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização"**.

Em outras palavras, em uma interpretação literal, o que dispositivo afirma é que o serviço desempenhado pelo profissional deve ser considerado técnico e singular quando for comprovada a sua notória especialização. Ocorre que não existe essa proposta relação de consequencialidade.

Com isso, como já dito, a lei mistura três conceitos distintos e autônomos:

- 1) serviços técnicos profissionais especializados;
- 2) serviços de natureza singular;
- 3) serviços exercidos por quem tenha notória especialização.

Os serviços advocatícios e de contabilidade são sempre serviços técnicos profissionais especializados. Sempre. É da sua essência. Lei nenhuma poderia dizer o contrário. Além disso, estão previstos expressamente no art. 13 da Lei nº 8.666/93.

Vale ressaltar, no entanto, que nem sempre os serviços advocatícios e de contabilidade terão natureza singular. Imaginemos o ajuizamento de uma execução fiscal para cobrança de IPTU. Consiste em serviço advocatício e, portanto, tem natureza técnica profissional especializada. Por outro lado, é um serviço de natureza comum, que nada tem de singular (único, distinto, ímpar). Logo, não pode ser contratado diretamente sem licitação mesmo que o escritório que seja contratado detenha notória especialização. Neste caso, teremos duas opções:

- esse serviço terá que ser desempenhado pela Procuradoria do Município, composta por servidores concursados, nos termos do art. 37, II, da CF/88 (posição que reputo correta); ou
- mesmo que se admita que o Município não está obrigado a ter Procuradoria própria (como, infelizmente, verificados em algumas decisões - *v.g.*, STF RE 893694 AgR), então, neste caso, a Administração Pública teria que contratar o advogado ou escritório por meio de licitação, considerando que o art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 não está cumprido já que se trata de serviço comum.

A interpretação literal da Lei nº 14.039/2020 levaria à conclusão de que se os serviços advocatícios e de contabilidade fossem realizados por profissional ou sociedade com notória especialização, automaticamente estaria dispensada a licitação. Essa interpretação, contudo, é inconstitucional e afronta a própria definição de inexigibilidade. A inexigibilidade de licitação ocorre quando a

competição não é possível. Se o serviço de advocacia ou contabilidade é comum (não singular), existe a possibilidade de competição e, portanto, não há razões jurídicas ou morais para se evitar a licitação, instituto que existe não apenas para atender a um comando constitucional expresso, como também para garantir a moralidade e a impessoalidade na Administração Pública.

IV. Credenciamento

O credenciamento é um processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados (inciso XLIII do art. 6º da NLLC).

Além disso, é considerado um procedimento auxiliar das licitações e contratações e deve obedecer a critérios claros e objetivos definidos em regulamento (art. 78, *caput*, e § 1º, da NLLC).

Esse procedimento auxiliar pode ser usado nas seguintes hipóteses e observará as regras abaixo:

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes **regras**:

I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;

II - na hipótese do inciso I do **caput** deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;

III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do **caput** deste artigo, deverá definir o valor da contratação;

IV - na hipótese do inciso III do **caput** deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;

V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;

VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

Segundo Savonitti (2021), a inviabilidade de competição, nesses casos, justifica-se em razão da existência de uma **pluralidade** de interessados e da **indeterminação** do número exato de prestadores necessários para a adequada prestação do serviço, de modo que, quanto mais particulares tiverem interesse na execução do objeto, melhor será atendido o interesse público

No âmbito da União, o credenciamento é aplicável, por exemplo, na prestação de serviços de tradução juramentada de documentos e na convocação de Organizações Cíveis de Saúde (OCS) e de Profissionais de Saúde Autônomos (PSA) para prestação de serviços de assistência Médico-Hospitalar, Pré-Hospitalar, Odontológica e de Reabilitação aos beneficiários do Fundo de Saúde do Exército (SAMMED/FuSEx), aos usuários do Fator de Custo e aos servidores beneficiários da Prestação de Assistência à Saúde Suplementar dos Servidores Cíveis do Exército Brasileiro (PASS) e seus dependentes.

V. Aquisição ou locação de imóvel

Segundo Savonitti (2021) e Scatolino e Trindade (2021), a Nova Lei de Licitações e Contratos corrige imprecisão técnica da Lei nº 8.666/93 ao transferir a contratação direta para “aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha” de hipótese de dispensa (art. 24, X, da Lei nº 8.666/93) para situação de inexigibilidade de licitação. Afirma o primeiro autor que:

A justificativa da contratação direta para a compra ou a locação de imóvel, nessas hipóteses, justifica-se pela **singularidade do bem** que o Poder Público pretende adquirir ou locar, o que caracteriza **inexigibilidade** – e não dispensabilidade – de realização do procedimento licitatório. Esse fato ocorre apenas quando o imóvel possui **características ou localização especial**, capazes de atender aos fins colimados pelo Poder Público.

É o caso, *v.g.*, da compra ou da locação de um imóvel para servir de sede para unidade do Corpo de Bombeiros, para cuja instalação são exigidas condições especiais, dificilmente atendidas pelo mercado imobiliário, dificuldade agravada pela exigência da ocupação de um espaço geográfico adequado à prestação dos serviços daquela instituição.

Atenta à diferença dos citados institutos (dispensa e inexigibilidade), a Advocacia-Geral da União editou a Orientação Normativa nº 68, de 29 de maio de 2020, com a seguinte redação:

I) A COMPRA OU LOCAÇÃO DE IMÓVEL DEVE NECESSARIAMENTE SER PRECEDIDA DE CONSULTA SOBRE A EXISTÊNCIA DE IMÓVEL PÚBLICO DISPONÍVEL;

II) INEXISTINDO IMÓVEL PÚBLICO QUE ATENDA AOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A INSTALAÇÃO DO ÓRGÃO OU ENTIDADE, É RECOMENDÁVEL A PROMOÇÃO DE CHAMAMENTO PÚBLICO PARA FINS DE PROSPECÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO;

III) CASO SOMENTE UM IMÓVEL ATENDA ÀS NECESSIDADES DA ADMINISTRAÇÃO, SERÁ CONSTATADA A INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO, O QUE PERMITIRÁ A CONTRAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE COM FUNDAMENTO NO ART. 25, CAPUT, DA LEI N.º 8.666/93; E

IV) O ART. 24, INCISO X, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, PODE SER APLICADO NOS CASOS EM QUE HAJA MAIS DE UM IMÓVEL APTO À CONTRATAÇÃO, DESDE QUE:

A) O IMÓVEL SE PRESTE PARA ATENDIMENTO DAS FINALIDADES PRECÍPUAS DA ADMINISTRAÇÃO;

B) AS INSTALAÇÕES E LOCALIZAÇÃO DO IMÓVEL SEJAM DETERMINANTES PARA SUA ESCOLHA; E

C) O PREÇO SEJA COMPATÍVEL COM OS VALORES DE MERCADO, CONFORME PRÉVIA AVALIAÇÃO.

Nesse mesmo sentido, temos o Acórdão TCU nº 3935/2012-Segunda Câmara:

Antes da locação de imóvel de terceiros, a Administração deve realizar os seguintes procedimentos: i) solicitar a manifestação da SPU quanto à existência, ou não, de imóvel disponível do patrimônio da União; ii) verificar as possibilidades de uso de imóvel estadual ou municipal, de compartilhar o uso com outro órgão da administração pública ou mesmo do uso do imóvel atual, mediante ampliação, desde que atenda às necessidades de localização e instalação para a prestação dos serviços públicos. Caso essas opções não sejam viáveis, a locação de imóvel privado deverá estar justificada em suas condicionantes da escolha do imóvel e a compatibilidade do preço com o valor de mercado, segundo avaliação prévia, nos termos do art. 24, inciso X, da Lei 8.666/1993.

A Corte de Contas ainda afirma que os motivos adotados para a seleção do imóvel não se limitam necessariamente ao valor do aluguel:

Mesmo que vários imóveis satisfaçam as condições desejadas pela Administração, encontra-se na esfera do poder discricionário do gestor contratar a locação por meio de dispensa de licitação (art. 24, inciso X, da Lei 8.666/1993). Os motivos adotados para a seleção não se limitam necessariamente ao valor do aluguel, sendo possível - e até desejável - a consideração de outros critérios, devendo-se observar as exigências legais de adequada motivação para a opção escolhida e de demonstração da compatibilidade do valor da contratação com parâmetros de mercado (art. 26 da Lei 8.666/1993. Acórdão 2420/2015-Plenário

Em importantes julgados, o Tribunal de Contas da União admitiu a contratação direta de locação sob medida (*built to suit*), inclusive quando se tratar de imóvel localizado no exterior, por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, senão vejamos:

É admitida excepcionalmente a contratação direta de locação sob medida (operação *built to suit*), por meio de licitação dispensável fundada no art. 24, inciso X, da Lei 8.666/1993, desde que, além da observância das demais disposições legais aplicáveis ao caso, o terreno

onde será construído o imóvel seja de propriedade do particular que será o futuro locador. **Acórdão 1301/2013-Plenário**

É possível adotar os entendimentos do Acórdão 1.301/2013 Plenário para a contratação de locação sob medida (built to suit) pela União no exterior, por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, desde que observadas as orientações contidas na referida deliberação e que o ministério evite a assunção de obrigações ou compromissos que conflitem com a legislação brasileira. **Acórdão 2219/2018-Plenário**

Encampando os entendimentos do TCU e da AGU, o § 5º do art. 74 da NLLC prevê que a hipótese de contratação direta ora analisada deve observar os seguintes requisitos:

I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

II - certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;

III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

LICITAÇÃO DISPENSÁVEL

A contratação direta por dispensa de licitação é tratada no art. 75 da Lei nº 14.133/2021, que relaciona, taxativamente, as hipóteses nas quais a Administração Pública poderá afastar a realização do certame no caso concreto.

Analisando a quantidade de hipóteses de dispensa e as inovações (e exclusões) trazidas pela NLLC, Savonitti (2021) comenta:

Analisando o art. 75 da nova Lei de Licitações, nota-se que o número de incisos que veiculam as hipóteses de licitação dispensável foi reduzido de 35 (trinta e cinco), no art. 24 da norma em vias de revogação, para 16 (dezesesseis).

Todavia, essa alteração não causou uma atenuação das hipóteses de contratação direta mas, ao contrário, justificou-se por 2 (duas) razões: a) várias situações de licitação dispensável foram realocadas em outros dispositivos, como ocorreu, entre outros, com a já analisada situação de inexigibilidade para a compra ou locação de imóvel com

características singulares, disciplinada pelo inciso V do art. 74, e com a hipótese de contratação de remanescente de obra, serviço, ou fornecimento, que passou a ser normatizada pelo art. 90; e b) houve a junção de diversas situações que, a despeito de anteriormente serem tratadas autonomamente, foram contempladas como desdobramentos de uma mesma hipótese de licitação dispensável, como ocorre, e.g., com as 13 (treze) alíneas do inciso IV do art. 75, ou com o inciso III, que fundiu as hipóteses de licitação deserta e fracassada.

É certo que algumas situações de licitação dispensável veiculadas na Lei nº 8.666/1993, de fato, deixaram de ser contempladas na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, como são os casos, entre outros, do inciso XXIV do art. 24 da norma em processo de revogação, que dispõe sobre a contratação de serviços com organizações sociais – muito provavelmente em razão da decisão do STF que reconheceu o nítido caráter de convênio do contrato de gestão, apesar da nomenclatura utilizada, em razão da identidade de propósitos que vincula os partícipes²⁴ – ou, ainda, da situação de dispensabilidade de licitação para a impressão de Diário Oficial, formulários padronizados e edições técnicas, insculpida no inciso XVI do art. 24, em razão da desnecessidade desse tipo de contratação à luz da nova dinâmica social, na qual predominam os meios telemáticos.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos deixou de fazer menção, também, à possibilidade de contratação direta entre empresas públicas ou sociedades de economia mista com suas subsidiárias e controladas, prescrita no inciso XXIII do art. 24 da Lei de 1993, eis que, atualmente, essas empresas submetem-se a regime licitatório próprio, imposto pela Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016). Do mesmo modo, por opção política, não foram incluídos os casos de dispensabilidade do certame para implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água, e visando a reforma, construção ou ampliação de estabelecimento prisional (incisos XXXIII e XXXV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993). O legislador de 2021 silenciou, igualmente, em relação à hipótese insculpida no inciso XXII do art. 24, que dispõe sobre o ajuste sem licitação para fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural, visto que, ou se estará diante de fornecedor exclusivo (licitação inexigível, portanto) ou a competição deverá ser instaurada. Outras possibilidades de não

realização do certame licitatório, porém, foram incluídas, como são os casos da aquisição de medicamentos destinados ao tratamento de doenças raras e da contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, que serão pormenorizadas ao longo desta seção.

Nos termos dos incisos I e II do art. 4º da Instrução Normativa SEGES/ME nº 67/2021, que dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, é obrigatória a utilização do Sistema de Dispensa Eletrônica nas contratações diretas por dispensa de pequeno valor (incisos I e II do art. 75 da NLLC) e, quando cabível, nas hipóteses de dispensa do inciso III e seguintes do caput do art. 75 da Lei nº 14.133/2021, senão vejamos:

Art. 4º Os órgãos e entidades adotarão a dispensa de licitação, na forma eletrônica, nas seguintes hipóteses:

I - contratação de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores, no limite do disposto no inciso I do **caput** do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021;

II - contratação de bens e serviços, no limite do disposto no inciso II do **caput** do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021;

III - contratação de obras, bens e serviços, incluídos os serviços de engenharia, nos termos do disposto no inciso III e seguintes do **caput** do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, quando cabível; e

IV - registro de preços para a contratação de bens e serviços por mais de um órgão ou entidade, nos termos do § 6º do art. 82 da Lei nº 14.133, de 2021.

Registre-se que os modelos de minutas da AGU para contratação direta com base na Nova Lei de Licitações e Contratos ainda estão em elaboração. Alguns já podem ser encontrados no seguinte site:

<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoesecontratos/modelos-da-lei-no-14-133-21-para-contratacao-direta>

I. Dispensa de licitação por pequeno valor

Os casos de dispensa de licitação por pequeno valor são tratados nos incisos I e II do referido artigo 75:

Art. 75. É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores; (Vide Decreto nº 10.922, de 2021) (Vigência)

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras; (Vide Decreto nº 10.922, de 2021) (Vigência)

(...)

O artigo 182 da NLLC estabelece o índice de atualização dos valores fixados pela lei:

Art. 182. O Poder Executivo federal atualizará, a cada dia 1º de janeiro, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou por índice que venha a substituí-lo, os valores fixados por esta Lei, os quais serão divulgados no PNCP.

Nesse sentido, em dezembro de 2021, foi publicado o Decreto nº 10.922, atualizando os valores indicados na Nova Lei de Licitações e Contratos. Assim, a partir de 1º de janeiro de 2022, o limite de valor para dispensa de licitação para obras e serviços de engenharia ou para serviços de manutenção de veículos automotores passou para R\$ 108.040,82 (cento e oito mil quarenta reais e oitenta e dois centavos), enquanto para contratação de outros serviços e compras passou a ser de R\$ 54.020,41 (cinquenta e quatro mil vinte reais e quarenta e um centavos), desde que o processo de contratação direta esteja fundamentado na nova lei, que tem aplicação facultativa até abril de 2023.

Entretanto, há uma preocupação no sentido de evitar que o gestor público divida o objeto em parcelas, ou o fracione, usando os incisos I ou II do art. 75 para contratar cada parte, de modo a não realizar a licitação. Por isso, o seu § 1º estabelece regra específica sobre a definição do valor:

§ 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do **caput** deste artigo, deverão ser observados:

I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;

II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Portanto, o órgão ou entidade contratante deve se atentar à eventual ocorrência de fracionamento de despesa, o que impediria a contratação direta por dispensa de pequeno valor. O somatório das despesas realizadas com objetos de mesma natureza no ano, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade, não pode ultrapassar R\$ 108.040,82 ou R\$ 54.020,41, a depender do caso.

Em resumo, as contratações diretas individuais por pequeno valor do mesmo ramo de atividade, somadas, em determinado exercício financeiro, não podem ultrapassar os citados valores limites.

Saliente-se que, consoante o § 2º do art. 4º da Instrução Normativa SEGES/ME nº 67/2021, que dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, considera-se ramo de atividade a partição econômica do mercado, identificada pelo nível de subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE

É importante registrar que o inciso I do § 1º do art. 75 superou a interpretação dada pela Advocacia-Geral da União para o enquadramento da contratação direta por dispensa por pequeno valor (art. 24, I e II da Lei nº 8.666/93). Isso porque a Orientação Normativa AGU nº 10 (alterada pelas Portarias AGU nº 572, de 13.12.2011 e AGU nº 155, de 19.04.2017) afirma que para fins de “enquadramento das contratações previstas no art. 24, I e II, da Lei nº 8.666/1993, a definição do valor da contratação levará em conta o período de vigência contratual e as possíveis prorrogações”. Ou seja, em uma contratação de serviços continuados, prorrogáveis até 60 meses, a dispensa de licitação por pequeno valor somente seria possível se o valor total, considerando todas as possíveis prorrogações, fosse menor que R\$ 33.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 17.600,00 para compras e outros serviços, de acordo com a atualização trazida pelo Decreto nº 9.412, de 18 de junho de 2018. Vejamos a redação da citada ON da AGU:

PARA FINS DE ESCOLHA DAS MODALIDADES LICITATÓRIAS CONVENCIONAIS (CONCORRÊNCIA, TOMADA DE PREÇOS E CONVITE), BEM COMO DE ENQUADRAMENTO DAS CONTRATAÇÕES PREVISTAS NO ART. 24, I e II, DA LEI Nº 8.666/1993, A DEFINIÇÃO DO VALOR DA CONTRATAÇÃO LEVARÁ EM CONTA O PERÍODO DE VIGÊNCIA CONTRATUAL E AS POSSÍVEIS PRORROGAÇÕES. NAS LICITAÇÕES EXCLUSIVAS PARA MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADES COOPERATIVAS, O VALOR DE R\$

80.000,00 (OITENTA MIL REAIS) REFERE-SE AO PERÍODO DE UM ANO, OBSERVADA A RESPECTIVA PROPORCIONALIDADE EM CASOS DE PERÍODOS DISTINTOS.

A Lei nº 14.133/2021, ao contrário, estabelece de forma expressa que para fins de aferição dos valores que atendam aos limites dos incisos I e II do art. 75 deve ser observado o “somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora” (§ 1º do art. 75).

Deve-se ressaltar que os valores referidos nos incisos I e II do art. 75 serão duplicados para compras, obras e serviços contratados por consórcio público ou por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas na forma da lei (§ 2º do art. 75).

Ao comentar §§ 1º e 2º acima, Fernandes e col. (2021) explica:

O § 1º estabelece dois critérios para determinar o valor que será utilizado para definir se a contratação pode ou não ser enquadrada nos incisos I e II da norma e, portanto, ser regular a contratação direta sem licitação. Não satisfeito qualquer deles, o enquadramento nos incisos é irregular.

O primeiro inciso define o tempo da despesa correspondendo ao exercício financeiro. Textualmente: o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora.

Exemplificando: se o gestor vai fazer uma reforma no edifício sede do Tribunal, deve considerar o que vai gastar no exercício, ainda que não contrate tudo de uma só vez. Se for a troca de piso de 15 andares, não poderá consumir o valor limite definido no inciso I e contratar a reforma do piso de 7 andares cujo valor é 100.000 reais e, depois, da conclusão dessa parte, contratar mais 100.000 reais para reforma de outros andares.

O limite de valor é definido no inciso, seja inciso I ou II do caput, e o tempo da despesa é o exercício financeiro. Com isso, não mais subsiste a interpretação de somar o valor do contrato, ainda que fosse serviço contínuo e ultrapassasse o exercício financeiro. Um outro exemplo: manutenção de elevadores, cujo valor mensal fosse de 5.000 reais, para alguns tribunais não poderia ser enquadrado no inciso I, porque somado todo o valor do contrato, 60 meses, o valor seria superior ao

definido no inciso. Agora pode, porque a lei determina que seja considerado só o exercício financeiro.

O outro limitador do uso do inciso também veio a resolver antiga polêmica. Deve ser considerada a soma das despesas de mesma natureza. Aqui o legislador acolheu nossa proposição no sentido de deixar mais clara a compreensão do que é despesa de mesma natureza: é a despendida no mesmo ramo de atividade comercial. Assim, por exemplo, a reforma do edifício referida anteriormente, pode ser contratada até o limite de 100.000 reais e a instalação de piso, por mais 100.000 reais, porque existe no mercado empresa de especialidade diversa do executor da obra anterior. Ainda que os serviços sejam aparentemente integrados, a diferença do ramo de especialidade justifica a contratação separada.

Tal entendimento também incorpora posição jurisprudencial sedimentada, a qual utilizava a expressão: universo de potenciais fornecedores. Expressão que nada mais é que considerar o universo de fornecedores potencialmente aptos a atender determinado objeto, ou seja: atuantes na mesma atividade comercial.

Essa possibilidade, inclusive, teve origem num dispositivo da Lei nº 8.666/1993, pouquíssimo referido, porque tinha redação hermética à compreensão: o art. 23, § 5º. A utilização veio, agora, a ser consagrada numa redação mais compreensível.

O § 2º do art. 75 da LLCA manteve regra da Lei nº 8.666/1993, que estabeleceu que os valores dos incisos I e II serão duplicados para compras, obras e serviços contratados por consórcio público ou por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas na forma da lei.

Por fim, os §§ 3º e 4º do art. 75 tratam sobre a divulgação de aviso da contratação direta por pequeno valor em sítio eletrônico oficial e a preferência de pagamento das contratações por meio de cartão de pagamento:

§ 3º As contratações de que tratam os incisos I e II do **caput** deste artigo serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.

§ 4º As contratações de que tratam os incisos I e II do **caput** deste artigo serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Em consonância com o § 3º acima, o parágrafo único do art. 6º da Instrução Normativa SEGES/ME nº 67/2021 assevera que nas hipóteses de dispensa de licitação o prazo fixado para abertura do procedimento e envio de lances, de que trata o Capítulo III, não será inferior a 3 (três) dias úteis, contados da data de divulgação do aviso de contratação direta.

II. Dispensa de licitação para contratação de serviços de manutenção veicular

Outra novidade trazida pela NLLC quanto aos valores limites para que a licitação seja dispensável foram os serviços de manutenção de veículos automotores.

Na Lei nº 8.666/1993, esses serviços estariam enquadrados na hipótese prevista no inciso II do artigo 24 (compras e serviços gerais) e, portanto, receberiam o limite de R\$ 17.600,00.

Com a Lei nº 14.133/2021, esta hipótese está prevista no inciso I do artigo 75, sendo o valor limite mais que quintuplicado, se comparado com a legislação anterior, subindo de R\$ 17.600,00 para R\$ 100.000,00, ou R\$ 99.999,99 para ser mais preciso.

Contudo, para Boselli (2022), o acréscimo não ficou apenas na realocação da dispensa e no aumento de valor. Apenas para os casos de manutenção de veículos automotores o legislador criou o § 7º do art. 75, que exclui do cálculo, para se considerar fracionamento da contratação, as manutenções de valor inferior a R\$ 8.000,00. Ou seja, pelo estrito teor do referido parágrafo, uma prefeitura poderia contratar um milhão de reais em serviços de manutenção de veículos automotores, desde que os contratos tivessem ocorrido de forma separada, com contratações em valores inferiores a R\$ 8.000,00.

Vejamos o citado dispositivo:

§ 7º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo às contratações de até R\$ 8.000,00 (oito mil reais) de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluído o fornecimento de peças. (Vide Decreto nº 10.922, de 2021) (Vigência)

Ressalte-se que o valor de R\$ 8.000,00 foi atualizado para R\$ 8.643 pelo Decreto nº 10.922/2021.

O referido autor conclui criticando o dispositivo, afirmando que, "novamente, tem-se um alargamento exacerbado das contratações diretas, deturpando o mandamento constitucional de realizar o procedimento licitatório e ferindo a baliza material das dispensas de licitação, que trabalhamos anteriormente."

São requisitos para aplicação dessa peculiar limitação de valor (FERNANDES e col. 2021):

a) que os automóveis sejam de propriedade do órgão ou entidade contratante; a lei não esclarece, mas deve-se entender que sejam de propriedade do órgão contratante e regido por esta lei. Parece lógico, por exemplo, que o dispositivo não se aplica aos veículos das empresas estatais;

b) devem ser somadas, para fins de restrição a aplicação e verificação do limite previsto no § 1º, as despesas superiores a 8.000 reais. Em outras palavras, se a despesa no exercício financeiro corresponde à contratação de 30 serviços inferiores 8.000 reais e 10 serviços de 9.000 reais, para os fins do limite do § 1º do art. 75, as contratações diretas sem licitação estão regulares. **Ainda que no exercício financeiro – critério do inc. I, e sejam do mesmo ramo de atividade, critério do inc. II, somem o valor de (30 x 8.000 = 240.000 + 10 x 9.000 = 90.000) somente são somadas as despesas superiores a 8.000 reais. Considerando que essas atingiram valor inferior a 100.000 reais, as contratações atenderam ao limite do inc. I.**

Portanto, repise-se: os gastos de até R\$ 8.643,27 com manutenção de veículos não entram no cálculo de limites para dispensa (inciso I do art. 75). Por exemplo, se um órgão fizer 10 despesas de R\$ 7.000 cada, ao longo do exercício financeiro, para manutenção de veículos, isso não contará para o limite de dispensa de R\$ 108.040,82 para esse tipo de serviço naquele ano para aquela unidade. Até R\$ 8.643,27 a lei não considera fracionamento de despesa o gasto com manutenção de veículo.

Para um melhor entendimento do dispositivo, vale trazermos a sua proposta de inclusão na Lei 14.133/2021, que surgiu por meio da Emenda de Plenário n. 53, de autoria do Dep. Vitor Lippi:

Atualmente estamos diante de um gravíssimo prejuízo ao atendimento da população.

Enquetes realizadas demonstram que de 20% a 25% da frota de veículos públicos que prestam atendimento a toda população

brasileira, estão paralisados aguardando conclusão de processo licitatório para manutenção.

Isso significa que expressiva parte das ambulâncias, viaturas de polícia, viaturas da guarda municipal, tratores, caminhões, veículos de transporte de pacientes; veículos que atendem a área social estão parados em razão da burocracia brasileira, acarretando prejuízo incalculável e irreparável na prestação de serviços essenciais, diante da sua redução, com a mão de obra (motoristas) da mesma forma parados.

Além de manutenção corretiva (conserto) decorrer de fato imprevisível o que dificulta o planejamento de um processo licitatório /específico para atendimento da situação, mesmo com as alterações propostas pelo substitutivo ao PL 1.292/1995, a licitação para contratação de serviços comuns demorará em média 04 (quatro) meses, fato que agrava ainda mais a desassistência causada pelo veículo parado.

Considerando que viaturas e veículos públicos têm utilização intensa e ficam sujeitos a desgastes, os consertos precisam ser frequentes e visando desburocratizar e melhorar a eficiência da prestação dos serviços que dependem desses carros, proponho a previsão específica de dispensa de licitação até o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) por veículo da frota própria que necessite de reparo e manutenção, reduzindo o prazo de desassistência decorrente da paralisação do veículo de 3 (três) a 6 (seis) meses para em média, 07 (sete) a 14 (catorze) dias, mantendo as exigências com relação à publicação da contratação, pesquisas prévias de preços e comprovação da sua vantajosidade.

A proposta garante também o atendimento quanto às normas do Portal da Transparência, permitindo a necessária clareza de informação e controle social, atrelados a uma maior eficiência e bom funcionamento dos serviços públicos essenciais à população.

Segundo o Parecer que analisou as emendas ao projeto de lei, a emenda 53 tinha como objetivo:

Estabelece que a contratação por dispensa em razão do valor não se submeterá aos limites do § 1º do art. 72 no caso de manutenção

corretiva de frota própria com fornecimento de peças em valor inferior a R\$ 8.000,00 por veículo.

Para Torres (2021):

A interpretação que parece ser extraída desta disposição é que, mesmo quando a unidade gestora já tenha alcançado o limite legal para a adoção de dispensa de pequenos valores, no exercício financeiro, para a contratação de serviços de manutenção de veículos automotores, caso surja, ainda neste exercício financeiro, a necessidade de contratação deste serviço, com valor limitado a até R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e sendo o veículo de propriedade do órgão ou entidade contratante, será possível a dispensa, sem caracterização de fracionamento ilícito.

Segundo Scatolino e Trindade (2021), o valor de R\$ 8.000,00 (R\$ 8.643,27 atualizado) é aplicado por serviço em cada veículo, individualmente:

A nosso ver, fazendo uma interpretação teleológica ou finalística em que se busca a vontade do legislador a vontade do legislador, apesar de não ter constado expressamente da Lei que o valor de até R\$ 8.000,00 seja por veículo. Entendemos, que esse montante deve ser por serviço em cada veículo, caso contrário a norma fica esvaziada, pois imagine uma frota da Polícia Federal em que os carros são caros e são muitos. R\$ 8.000,00 como valor total fica impraticável. De outro lado, o gestor público deve ter o bom senso e, também, trabalhar com a programação orçamentária e da gestão dos serviços a serem realizados, evitando a dispensa de licitação.

Pelo exposto, conclui-se que é possível que o órgão, durante o exercício financeiro, realize serviços de manutenção veicular, incluído o fornecimento de peças, em valores que, na sua totalidade, possam superar R\$ 108.040,82, desde que o valor por serviço e por veículo, esteja registrado abaixo de R\$ 8.643,27.

Não há limite de valor a ser gasto, no exercício financeiro, nas dispensas de pequeno valor com base no § 7º do art. 75 da NLLC, desde que cada contratação não ultrapasse 8.643,27 reais.

Se o serviço de manutenção veicular, individualmente considerado, ultrapassar 8.643,27 reais, este valor será contabilizado no limite de R\$ 108.040,82 do art. 75, inciso I.

De outro lado, o gestor público deve ter o bom senso e, também, trabalhar com a programação orçamentária e da gestão dos serviços a serem realizados, evitando a dispensa de licitação.

III. Dispensa em razão de licitação fracassada ou deserta

O inciso III do art. 75 da NLLC, abaixo transcrito, dispõe sobre a possibilidade de dispensa em razão de licitações desertas/frustradas ou fracassadas:

III - para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação:

- a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;
- b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;

Anteriormente, essas dispensas eram disciplinadas nos seguintes dispositivos da antiga Lei de Licitações e Contratos:

Art. 24. É dispensável a licitação: (Vide Lei nº 12.188, de 2.010)
Vigência

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços; (Vide § 3º do art. 48)

(...)

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

São sutis as diferenças entre o tratamento das licitações desertas/frustradas e as fracassadas nas Leis n. 8.666/03 e n. 14.133/2021.

Inicialmente, percebe-se que a NLLC estipula um marco temporal de 1 ano. Ademais, diferentemente do que ocorre na Lei n. 8666/93, a NLLC permite as dispensas sem necessidade de justificativa para não repetição da licitação (licitação deserta) ou nova tentativa de apresentação de propostas regulares por parte das concorrentes (licitação fracassada).

Analisando as alíneas "a" e "b" do inciso III do art. 75 da NLLC temos:

- a) "não surgiram licitantes interessados" – Licitação deserta/frustrada
- b) "não foram apresentadas propostas válidas" – Licitação fracassada
- c) "preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes" – Licitação fracassada.

Entretanto, em que pese a NLLC não exigir, entendo ser necessária a apresentação de justificativa pormenorizada pelo gestor público que demonstre a impossibilidade, dificuldade ou antieconomicidade de tentativa de realização de novo certame.

Marçal Justen Filho (2000 *apud* Savonitti, 2021) ao discorrer sobre a hipótese de licitação anterior deserta, adverte que o dispositivo deve ser aplicado “com a cautela de se examinar se a causa da ausência de interessados na licitação anterior residia na fixação de regras inadequadas à satisfação do interesse público”, de modo que a contratação direta somente pode ser promovida quando as condições de contratação forem compatíveis com o interesse público.

No mesmo sentido assevera Savonitti (2021):

De fato, atualmente, em razão da **ampla utilização** dos **meios eletrônicos** para a realização dos certames licitatórios – o que possibilita a participação de licitantes do país inteiro – a Administração Pública deve redobrar a **atenção** antes de optar pela contratação direta. Isso porque, pode ocorrer que o desinteresse dos licitantes esteja relacionado a falhas na especificação do objeto do certame, orçamentação inadequada, deficiência de projeto, entre outros.

IV. Licitação dispensável por objeto

Os incisos IV a XVI do art. 75 elencam uma série de bens, serviços alienações ou obras com características peculiares que podem ser objeto de contratação direta por dispensa.

Além dessas hipóteses, temos a situação do § 7º do art. 90, que contempla a possibilidade de dispensa de licitação para contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, *in verbis*:

Art. 90 (...) § 7º Será facultada à Administração a convocação dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, observados os mesmos critérios estabelecidos nos §§ 2º e 4º deste artigo.

Neste estudo, destaco o do inciso VIII, que é frequentemente utilizado pelos órgãos e entidades públicos. Trata-se da chamada dispensa emergencial:

VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou

calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontratação de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;

Savonitti (2021) elenca três novidades em relação à hipótese de dispensa emergencial prevista na Lei nº 8.666/93 (art. 24, IV):

- a) a inclusão do risco de prejuízo ou comprometimento na **continuidade dos serviços públicos**, ao lado das já anteriormente previstas situações que possam ocasionar ameaça à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;
- b) a **ampliação** do prazo máximo para a conclusão das obras ou serviços, de 180 (cento e oitenta dias) para **1 (um) ano**; e
- c) a **vedação** expressa de **recontratação** de empresa já contratada em razão da situação de emergência ou de calamidade pública.

Ao exemplificar alguns casos de calamidade pública, o referido autor afirma que a decretação de "estado de calamidade pública" pelo chefe do Poder Executivo é condição inafastável para se realizar uma contratação direta por dispensa emergencial.

Em sentido contrário, ao qual me filio, João Trindade e Gustavo Scatolino (2021) entendem pela desnecessidade de declaração formal de estado de emergência ou de calamidade para utilização do inciso VII do art. 75 da NLLC. Basta que esteja caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Em que pese a situação emergencial ou calamitosa, o gestor público tem o dever de instruir o processo de contratação direta de forma técnica e detalhada, justificando cada ato e escolha. Assim entende o Tribunal de Contas da União:

Nas contratações diretas fundadas em emergência (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993), cabe ao gestor demonstrar a impossibilidade de esperar o tempo necessário à realização de procedimento licitatório, em face de risco de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas e de bens públicos ou particulares, além de justificar a escolha do fornecedor e o preço pactuado. **Acórdão 1130/2019-Primeira Câmara**

A Corte de Contas também possui entendimento pacífico no sentido de que é possível a contratação direta por dispensa de licitação mesmo quando a situação de emergência decorrer de falta de planejamento, de desídia administrativa ou de má gestão dos recursos públicos:

Se a situação fática exigir a dispensa, mesmo considerando a ocorrência de falta de planejamento, não pode o gestor deixar de adotá-la, pois se assim proceder responderá não apenas pela falta de planejamento, mas também pelos possíveis danos que sua inércia possa causar. Acórdão 1667/2008-Plenário

É possível a contratação direta por dispensa de licitação mesmo quando a situação de emergência decorrer de falta de planejamento, de desídia administrativa ou de má gestão dos recursos públicos, se houver necessidade de defesa do interesse público em face da inércia da Administração, sem prejuízo da responsabilização dos gestores que não providenciaram tempestivamente o devido processo licitatório. Acórdão 1312/2016-Primeira Câmara

Ratificando o entendimento jurisprudencial do TCU, foi editado o § 6º do art. 75 da NLLC:

§ 6º Para os fins do inciso VIII do **caput** deste artigo, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial.

Por fim, Savonitti (2021) destaca entendimento do Superior Tribunal de Justiça que demonstra preocupação com as emergências fabricadas ou fictas:

A Corte Superior de Justiça afirma que, nesses casos, é necessário cautela em razão das chamadas “emergências fabricadas ou fictas”, que ocorrem quando a Administração deixa de tomar **tempestivamente** as providências necessárias à realização de licitação previsível, colocando “a Administração diante do dilema de fazer licitação (e cessar o atendimento a necessidades impostergáveis) ou realizar a contratação direta (sob invocação da emergência)”. Nesses casos, faz-se necessário verificar se a urgência existe

efetivamente e, ademais, se a contratação é a melhor possível nas circunstâncias, realizando-se a pactuação pelo menor prazo e com o objeto mais limitado possível, visando a afastar o risco de dano irreparável. Posteriormente, deve-se apurar se o motivo da emergência decorreu por falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão dos recursos disponíveis, "ou seja, se ela não é atribuível, em alguma medida, à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir tal situação. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 1.192.563/SP. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. DJE, 6 ago. 2015.

CONCLUSÃO

Inicialmente, enquadramos a contratação direta como um procedimento formal, destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. Examinamos os incisos do art. 72 da Lei n. 14.133/2021 separadamente, analisando os documentos necessários para instrução processual.

Ressaltamos a facultatividade e dispensabilidade da elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares nos respectivos casos, conforme dispõe a Instrução Normativa SEGES nº 58, de 8 de agosto de 2022. Ainda, apontamos a inexigibilidade de registro da compra direta no Plano de Contratações Anual nas hipóteses previstas nos incisos VI, VII e VIII do **caput** do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, conforme art. 7º do Decreto nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022.

Diante da importância do tema, discorreremos a respeito da pesquisa de preços nos processos de contratação direta para se encontrar o valor que será praticado no contrato, conforme a Instrução normativa SEGES/ME nº 65, de 7 de julho de 2021, que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Também foi mencionada a importância do parecer jurídico nos processos administrativos e a possibilidade de sua dispensa no caso concreto, nos termos da Orientação Normativa AGU n. 69, de 13 de setembro de 2021. Além disso, salientamos a necessidade de demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido e da comprovação da habilitação e qualificação do contratado.

De igual forma, citamos a necessidade de autorização da autoridade competente (inciso VIII do art. 72) e o Decreto nº 10.193, de 27 de dezembro de 2019, que trata sobre o assunto.

Nas espécies de contratação direta propriamente dita, iniciamos nosso estudo com a inexigibilidade de licitação e suas 05 hipóteses, contempladas nos incisos do art. 74 da NLLC. São elas: fornecedor exclusivo; profissionais do setor artístico; serviços técnicos especializados; credenciamento; e aquisição ou locação de imóvel.

Por fim, exploramos os aspectos relevantes da licitação dispensável e o rol taxativo do art. 75. Primeiramente, mencionou-se a necessidade de utilização do Sistema de Dispensa Eletrônica regulamentada pela Instrução Normativa SEGES/ME nº 67/2021.

Na sequência, verificamos as hipóteses de licitação dispensável, com ênfase na dispensa por pequeno valor (art. 75, I e II) – e as suas regras para se evitar o fracionamento de despesa –, o novo tratamento dado as contratações de serviços de manutenção veicular, a possibilidade de dispensa pela ocorrência de licitação fracassada ou deserta (art. 75, III) e, por fim, a dispensa emergencial tratada no inciso VIII do art. 75, que trouxe novos requisitos para contratação direta.

Esperamos que este estudo tenha abrangido de maneira satisfatória os aspectos relevantes da contratação direta baseada na Nova Lei de Licitação e Contratos.

REFERÊNCIAS

BOSELLI, Felipe. Artigo 75. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei Nº 14.133, de 1º de Abril de 2021 -Volume 2. Belo Horizonte: Fórum, 2022. página inicial-página final. Disponível em :<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4368/4568/34239>. Acesso em: 19 jul. 2022.

Cavalcante, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 14.039/2020, que dispõe sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade. Dizer o Direito, 2020. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2020/08/comentarios-lei-140392020-que-dispoe.html>>. Acesso em: 30 de agosto de 2022.

Equipe Técnica da Zênite. **Blog Zênite**. 2022. Disponível em <https://zenite.blog.br/o-que-a-nova-lei-de-licitacoes-pretendeu-ao-prever-a-obrigacao-de-o-contratado-manter-as-condicoes-de-qualificacao-na-contratacao-direta/>. Acesso em: 02 de setembro de 2022.

FERNANDES, Ana Luiza Jacoby; FERNANDES, Murilo Jacoby; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Licitação Dispensada. In: FERNANDES, Ana Luiza Jacoby; FERNANDES, Murilo Jacoby; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta Sem Licitação: na Nova Lei de Licitações Lei Nº 14.133/2021 - V.2. Belo Horizonte: Fórum, 2021. página inicial-página

final. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1640/4438/31708>. Acesso em: 19 jul. 2022.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 438.

Justen Filho, Marçal, "A contratação sem licitação nas empresas estatais", Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 319)

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 244.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010, p. 387

Manual didático de direito administrativo / Gustavo Scatolino, João Trindade - 9. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. 1328 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. pp. 108-9.

Miranda, Henrique Savonitti. Licitações e contratos administrativos [livro eletrônico] / Henrique Savonitti Miranda. -- 1. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed., São Paulo: GEN/Método, 2017, p. 554-555.

SAVONITTI MIRANDA, Henrique. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Brasília: Senado Federal, 2007. pp. 101-2

TCU emite novo acórdão sobre contratação exclusiva de artistas. **Jacoby Fernandes**. 2019. Disponível em <https://jacoby.pro.br/site/tcu-emite-novo-acordao-sobre-contratacao-exclusiva-de-artistas/>. Acesso em: 02 de setembro de 2022.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas comentadas. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 367-368

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 12. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021.

OS CONFLITOS DE NORMAS COLETIVAS DO TRABALHO

ETINON RAMOS DE OLIVEIRA JUNIOR:

Doutorando em Direito pela PUC - São Paulo

Resumo: O presente artigo tem a finalidade de estudar os conflitos entre normas derivadas de negociação coletiva. Abordando a importância das negociações coletivas para o direito do trabalho, bem como os limites destas negociações que podem ser encontrados tanto na Constituição Federal, como nas legislações infraconstitucionais, em especial na própria Consolidação das Leis Trabalhistas. Analisar-se-á também as premissas existentes na doutrina e na jurisprudência de forma a analisar diante de tantas regras, quais serão os critérios que definirão a melhor forma de interpretação das normas conflitantes. Nesse diapasão, analisar-se-á os critérios de conflitos de normas no Direito, como uma das formas de interpretação do conflito de normas coletivas. Concluindo, apontaremos o quanto é importante que o julgador ao interpretar estes conflitos utilize os instrumentos corretos e adote os critérios, dentre outros, como forma de solução do conflito.

Palavras-chave: Negociação Coletiva. Conflito de Normas Coletivas. Critérios.

Abstract: This article aims to study the conflicts between norms derived from collective bargaining. Discussing the importance of collective bargaining for labor law, as well as the limits of these negotiations that can be found both in the Federal Constitution, as in infra-constitutional legislation, especially in the Consolidation of Labor Laws. We will also analyze the existing premises in the doctrine and jurisprudence in order to analyze between so many rules, which criteria will define the best way of interpreting the conflicting rules. Within this context, it will be analyzed the criteria of conflicts of norms in the Law, as one of the forms of interpretation of the conflict of collective norms. In conclusion, we will point out how important it is that the judge in interpreting these conflicts uses the correct instruments and adopts the criteria, among others, as a way of solving the conflict.

Keywords: Collective Bargaining. Conflict of Collective Norms. Criteria.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 IMPORTÂNCIA DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS DE TRABALHO E SEUS LIMITES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS. 1.1 A importância Dos Instrumentos Coletivos. 1.2 Os Limites Constitucionais Dos Instrumentos Coletivos De Trabalho. 1.3 Os Limites Legais Dos Instrumentos Coletivos. 2 CONFLITO DE NORMAS COLETIVAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho possui algumas características próprias, decorrentes da própria essência do Direito do Trabalho que é de regular as normas existentes e encontrar o bom senso entre os interesses dos trabalhadores e dos empregadores. Uma das formas mais comum de se buscar equilibrar estes interesses é através de dos instrumentos coletivos.

Estes instrumentos coletivos são importantíssimos para o Direito do Trabalho, pois, haja vista uma mesma lei precisar ser aplicada em uma territorialidade como a do Brasil, podem ocorrer distorções em sua aplicação no dia a dia, trazendo ao invés de benefícios, dificuldades para o trabalhador.

Desta forma serve a negociação coletiva, dentre outras hipóteses, para adaptar a legislação e o Direito do Trabalho como um todo, à realidade de uma região, de um grupo ou até mesmo de uma empresa, para que se garanta que os interesses coletivos dos trabalhadores representados por certa categoria estarão refletidos efetivamente no seu trabalho.

Entretanto, uma das maiores dificuldades no estudo do tema é a identificação dos limites para a utilização de tais instrumentos. Estes limites podem decorrer tanto das previsões constitucionais, como infraconstitucionais. A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu inciso XXVI a previsão expressa que prevê não só a negociação coletiva, como o dever de reconhecimento de sua validade. Porém, muitos doutrinadores se debatem entre os limites deste reconhecimento, se estariam adstritos exclusivamente às hipóteses previstas na própria Constituição ou também seria possível pelas hipóteses das leis infraconstitucionais.

Há também uma segunda fase, ultrapassada a primeira discussão, em que, sendo possível a hipóteses de negociação coletiva, em hipóteses além das expressas na Constituição Federal, quais seriam os limites infraconstitucionais para a negociação coletiva? A princípio esta discussão poderia estar ultrapassada, uma vez que a Lei 13.497/2017 estabeleceu os limites para a negociação coletiva, porém já existem vários questionamentos de sua constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal.

Do ponto de vista formal e de alcance, a princípio estes instrumentos coletivos são divididos em dois grandes tipos. O primeiro tipo seria a Convenção Coletiva de Trabalho que se destaca pelo fato de ser uma negociação entre os sindicatos representantes das duas categorias, desta forma, teremos uma Convenção Coletiva sempre que as partes signatárias forem os sindicatos dos trabalhadores e os sindicatos das empresas. Por sua vez, o Acordo Coletivo é aquele negociado entre o sindicato dos trabalhadores e uma única empresa.

Todas estas premissas são essenciais para que ao analisar o conflito de normas coletivas do trabalho, se possa entender os questionamentos prévios que devem ser

analisados, dos seus limites constitucionais e infraconstitucionais, bem como, se possa entender as características de cada um dos seus instrumentos.

Ocorre que no conflito de normas coletivas tem pairado uma divisão jurisprudencial entre a prevalência da lei mais benéfica ao trabalhador e a aplicação da lei mais específica, que poderia ser interpretada na regra de critérios como a especificidade. As possíveis soluções para esta problemática, diante de todos o cenário apresentado é o que se busca a partir de agora.

1 A IMPORTÂNCIA DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS E SEUS LIMITES CONSTITUCIONAIS E INFRANCONSTITUCIONAIS

Ao mesmo tempo que os estudiosos se deparam com a importância dos instrumentos coletivos para o Direito do Trabalho, também se debruçam sob quais seriam os limites destes instrumentos, pois, apesar de ter a característica de adaptar os direitos dos trabalhadores a uma certa realidade social, cultural e até mesmo regional, concomitantemente, também pode trazer riscos aos trabalhadores, com supressão de direitos e até mesmo, nas condições de trabalho.

Para mesmo compreender este fenômeno e então poder estudar os possíveis conflitos destas normas coletivas nos casos concretos, essencial se faz compreender sua importância, bem como, seus limites, tanto os que decorrem da própria Constituição Federal, como aqueles que se respaldam em legislação infraconstitucional.

1.1 A importância Dos Instrumentos Coletivos

Os instrumentos coletivos são essenciais para o Direito do Trabalho, uma vez que são eles que conseguem, no dia a dia, colocar a realidade de determinados trabalhadores e de determinadas empresas no caso concreto.

Ao se editar uma lei, neste caso uma lei trabalhista, o legislador sempre buscará uma lei que contemple a realidade de todos os trabalhadores para o qual esta lei é promulgada. No caso deste estudo, ao estabelecer um novo regimento trabalhista busca-se o legislativo uma lei que possa ser aplicada a todos os trabalhadores brasileiros.

Ocorre que temos um país de dimensões continentais e estas leis nem sempre alcançarão a melhor realidade para cada local. Neste ponto, essencial a utilização de instrumentos coletivos para que possam adaptar as leis vigentes às realidades locais, que podem ser derivadas de questões regionais, culturais, dentre outras.

Um ótimo exemplo que sempre se encontra é o do intervalo intrajornada, enquanto em muitos lugares há uma severa discussão para que o intervalo possa ser fracionado em

período inferior à uma hora de trabalho, pois, para aquele grupo de trabalhadores é mais importante ter um intervalo de refeição menor e chegar mais cedo do trabalho. Já em outras regiões há previsão expressa em instrumentos coletivos de que o intervalo deverá ser de 2 (duas) horas, pois, para aquele grupo de trabalhadores, é essencial que o intervalo intrajornada seja de, pelo menos, duas horas.

Este poder de adaptar à realidade de cada grupo de trabalhadores ao caso concreto, além de ser essencial do ponto de vista prático, como narrado acima, tem um grande respaldo na própria Constituição Federal. Inicialmente nos deparamos com a previsão expressa do artigo XXVI da Constituição Federal que prevê, não só as negociações coletivas, como o seu reconhecimento: "Art. 7º (...) XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;"³.

Entretanto, estes instrumentos são tão importantes que, em várias outras passagens o legislador constituinte fez questão de autorizar, expressamente, a flexibilização de alguns direitos trabalhistas, através de negociação coletiva, dos quais podemos citar os incisos VI, XIII e XIV, *in verbis*:

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

[...]VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

[...]XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

[...]XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;⁴

Podemos verificar, que a própria Constituição previu, não somente a negociação coletiva, como, reconheceu seu direito e esculpiu em seu bojo algumas hipóteses expressas em que os direitos dos trabalhadores poderiam ser flexibilizados.

Ocorre que há uma mensagem importantíssima nesta previsão, pois, ao prever tais possibilidades, o fez nas hipóteses mais protetivas possíveis, sendo elas, no salário e na jornada de trabalho. O salário e a jornada de trabalho são, indubitavelmente, dois dos

3 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 mai. 2019.

4 Idem.

direitos mais protegidos do Direito do Trabalho e, mesmo assim, quis o legislador constituinte, deixar claro a hipótese de que estes direitos, mesmo sendo muito importantes, poderiam ser flexibilizados através dos instrumentos coletivos.

O que se pode concluir é que a Constituição reconheceu a importância dos instrumentos coletivos. Juntamente com este reconhecimento, procurou garantir os direitos fundamentais aos trabalhadores, vários deles de forma expressa, porém, ao mesmo tempo, procurou valorizar a flexibilização dessas normas através da negociação coletiva. Buscou-se, também, valorizar os movimentos sindicais, como partes capazes de representar os trabalhadores e, através da negociação, buscar melhores condições de trabalhos para aqueles que representam. Tudo isso sob a ótica de que, com a negociação coletiva é possível adaptar a lei à realidade das partes no caso concreto.

1.2 Os Limites Constitucionais dos Instrumentos Coletivos

Apesar da previsão expressa do reconhecimento da negociação coletiva na Constituição Federal demonstrando claramente a importância que o constituinte deu a este instrumento, positivando o dever de respeitar sua validade. Todavia, a dúvida mais comum é se essa “validade” afirmada expressamente no texto constitucional, poderia também flexibilizar outros direitos constitucionalmente previstos, mas não autorizados expressamente pela Constituição Federal.

Diante da ausência de uma resposta expressa, temos várias correntes, algumas bastante divergentes acerca daquilo que pode ou não ser flexibilizado através de negociação coletiva. Uma corrente, mais conservadora, defende que o texto constitucional que prevê a flexibilização da legislação trabalhista através de acordos e convenções coletivas, seguindo um raciocínio lógico, só o poderia fazer para beneficiar o trabalhador e, assim sendo, não poderia de maneira alguma retirar direitos já adquiridos por esses trabalhadores.

Entende, portanto, essa corrente que somente poderão ser flexibilizados os direitos com previsão expressa na Constituição Federal e para favorecer o trabalhador. Dentre os doutrinadores que caminha por essa linha está Ipojucan Demétrius Vecchi, que defende a interpretação da flexibilização constitucional de maneira restritiva:

A interpretação restritiva parece a mais razoável se levarmos em conta o todo constitucional. Assim, mesmo para as hipóteses de flexibilização expressamente previstas na CF de 1988, não se está dando uma carta em branco para a restrição, pois qualquer restrição a um direito fundamental sempre deverá passar pelos critérios de

razoabilidade, proporcionalidade e preservação do núcleo essencial dos direitos restringidos.⁵

Para esta corrente os direitos elencados no artigo sétimo da Constituição Federal de 1988 são direitos fundamentais, não podendo, portanto, serem modificados por meio de uma simples negociação coletiva. Neste mesmo sentido, o doutrinador Arnaldo Sussekind reforça:

Se nem por emenda constitucional poderão ser abolidos direitos relacionados no art. 7º. Da Carta Magna, elevados a categoria de cláusulas pétreas, como se admitir possam fazê-lo convenções ou acordos coletivos ou que esses instrumentos normativos possam modificá-los em sua essência?⁶

Fica evidente através das citações dos autores acima, que a corrente restritiva só admite a flexibilização de direitos que a própria Constituição Federal expressamente previu e, ainda assim, há quem defenda que mesmo naqueles expressamente previstos, para que seja válida a flexibilização ela deverá ser analisada sob o ponto de vista dos direitos fundamentais e ser benéfica ao trabalhador.

Os doutrinadores que se filiaram a esta corrente entendem que a flexibilização através de acordo coletivo, quando prevista pela Constituição, deve buscar sempre cumprir uma finalidade social. Não há que se falar em supressão ou retirada de direitos já previstos, uma vez que não é esta a característica e nem a finalidade da Constituição Cidadã. Entendem, também, que poderá haver outros tipos de flexibilizações, tais como as legais e até emendas constitucionais, mas, somente dentro dos limites que respeitem os mesmos direitos fundamentais já apontados.

Para eles, pode até ser necessária e válida, em cenários extremos, a flexibilização dos direitos trabalhistas através de acordos e convenções coletivas com modulação dos direitos dos trabalhadores, mas, apenas aqueles em que a Constituição expressamente prevê e, ainda assim, dentro dos limites dos direitos fundamentais previstos nesta mesma Constituição.

A segunda corrente, que se pode chamar de mais liberal, consegue enxergar nesta mesma previsão constitucional algo bem mais amplo do que o que vislumbra a corrente

5 VECCHI, Ipojucan Demétrius. Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional. 2. ed. v.1. Passo Fundo: UPF, 2007, p. 208.

6 Arnaldo Sussekind, 2001, p. 10 apud ZAMBOTTO, Martan Parizzi. Os limites e os riscos da flexibilização das normas trabalhistas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12541&rev>. Acesso em 04 mai. 2019.

restritiva. Os autores adeptos desse entendimento, afirmam que a Constituição Federal ao instituir um inciso específico de reconhecimento da negociação coletiva, positivou um direito, tendo sido o constituinte claro e preciso em sua intenção de atestar a validade desses instrumentos, sendo, portanto, um dever de todos o reconhecimento das negociações coletivas.

Para os doutrinadores dessa corrente quando o constituinte realizou essa previsão expressa, deu origem ao princípio constitucional da autodeterminação coletiva. Este princípio, de maneira ampla, significa que nas relações de trabalho deverá prevalecer a consagração constitucional da autodeterminação coletiva, que se caracteriza pela liberdade das partes comporem situações específicas da relação de trabalho, podendo, inclusive, transacionarem outros direitos, além daqueles expressamente previstos na Constituição de 1988.

Esse posicionamento é amplamente encontrado na jurisprudência, podemos citar como exemplo a própria súmula do Tribunal Superior do Trabalho, súmula n.º 349, que dispõe:

Acordo de compensação de horário em atividade insalubre, celebrado por acordo coletivo. Validade. A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde de inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho.⁷

Ora, o artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho é claro e expresso no sentido que o empregador, para realizar atividades além da jornada normal em locais insalubres, deverão informar, previamente, autoridade competente. Porém, a própria Súmula 349 do Tribunal Superior do Trabalho, afirma que tal informação à autoridade competente é desnecessária quando prevista a compensação em acordo coletivo, demonstrando de forma clara que poderá uma negociação coletiva, restringir direitos dos trabalhadores, dentro do razoável.

Em outro entendimento, desta vez em um acórdão, o Tribunal Superior do Trabalho também se posicionou no sentido de reconhecer a validade de uma negociação coletiva que autorizou o pagamento de resíduo salarial, sem integralização, através de acordo coletivo, senão vejamos:

⁷ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 349. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 04 mai. 2019.

Reajuste salarial – pagamento de resíduo salarial previsto em acordo coletivo – Flexibilização – Violação do art. 7º, XXVI, da CF, caracterizada – Se a Constituição Federal admite a flexibilização das normas laborais mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, tornado viável até a redução dos salários, a diminuição da jornada de trabalho e a adoção de turnos de revezamento superiores a seis horas, conforme se vê nos incisos VI, XIII e XIV, do Art. 7º, deve o judiciário admitir que, na negociação coletiva, as Partes façam concessões mútuas. Alias, a Eg. SDI, deste C. Tribunal firmou jurisprudência neste sentido. Tem-se, desse modo, que é válido o acordo coletivo que condicionou o pagamento do resíduo salarial relativos aos meses de janeiro e fevereiro de 1994 à obtenção de lucros pela empresa, restando configurada a violação do art. 7º, XXVI, da CF. Recurso de Revista conhecido e provido.⁸

Se o entendimento da corrente restritiva prevalecesse na jurisprudência, nenhuma das duas decisões acima seria possível, pois, não há nenhuma previsão expressa, quer seja para a possibilidade de flexibilização do artigo 60, de informar previamente sobre jornada em atividades insalubres, tampouco para validar nova coletiva que autorizou o pagamento de resíduo salarial.

O autor Arion Sayão Romita, defensor dessa corrente mais liberal, entende que o Direito do Trabalho deve ser um regulador que olha para todas as partes de maneira isonômica, não podendo proteger nenhuma das partes, e expressa isso de forma cristalina nesse trecho de sua obra:

Numa ordem democrática, inexistente possibilidade de antagonismo ou oposição entre o negociado e o legislado. Existiria apenas o negociado, pois o legislador se limitaria a promover as condições em que o negociado poderia expandir-se. O Estado, como nunc tutelador do interesse maior da coletividade, atuaria como mediador e arbitraria os conflitos.⁹

Zamboto, se baseando no professor Cassar, explicita que: “Existem muitos pronunciamentos de autores e juristas que adotam a tese de que a norma coletiva pode

8 BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RR681551/2000 – 5ª T. – Rel. Min. Rider Nogueira de Brito – DJU 31.05.2002. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 04 mai. 2019.

9 ROMITA, Aron Sayão. Princípios em conflito: autonomia privada coletiva e norma mais favorável. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: RT, p. 13-27. ano 28, n.107, 2002, p. 23.

acordar o que quiser, desde renunciar, até transacionar direitos previstos em lei ou de caráter privado, sendo que a própria carta de 88 autoriza e dá luz a essa flexibilidade.”¹⁰.

Há ainda uma corrente que defende ser possível a flexibilização, porém, resguardados alguns direitos dos trabalhadores para que não se cometam excessos. Para esta corrente intermediária, há também situações específicas em que caberia esse tipo de flexibilização, e não em qualquer caso.

Quem explica com clareza esse raciocínio é Sérgio Martins¹¹, que em sua obra, ao estabelecer os limites para a flexibilização do direito do trabalho, diz que a sua admissibilidade se dará de duas formas: a) os admissíveis – que são usados, por exemplo, nas épocas de crise, permitindo a continuidade da empresa, porém garantindo um mínimo ao trabalhador, sendo realizado, nesse caso, geralmente por meio da negociação coletiva e b) os inadmissíveis – quando são instituídos apenas com o objetivo de suprimir direitos trabalhistas.

O mesmo doutrinador ao demonstrar os limites, faz uma diferenciação entre os tipos de flexibilização quanto a sua possibilidade, dividindo em: a) proibida - em que a lei veda a flexibilização, como ocorre nas hipóteses de normas de ordem pública; e b) autorizada ou permitida – como, por exemplo, a contida no inciso VI do art. 7º da Constituição, que permite a redução dos salários mediante convenção ou acordo coletivo.

Sendo assim, sobre a possibilidade de flexibilização do Direito do Trabalho através da Constituição Federal, temos três correntes, uma mais rígida, que entende só ser possível através de negociação coletiva nos casos expressamente previstos na própria Constituição.

Uma segunda a favor da flexibilização ampla, que entende que há um princípio constitucional previsto no artigo 7º, inciso XXVI, princípio da autodeterminação coletiva, que permite uma flexibilização generosa, desde que através de negociação coletiva, devendo prevalecer a vontade das partes mais interessadas na relação de trabalho, quer seja, o trabalhador e a empresa.

E uma corrente intermediária que entende ser possível a flexibilização através da Constituição federal, porém, em situações específicas e sem retirar direitos dos

10 ZAMBOTTO, Martan Parizzi. Os limites e os riscos da flexibilização das normas trabalhistas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12541&rev>. Acesso em 04 mai. 2019.

11 MARTINS, Sérgio Pinto. Flexibilização das Condições de Trabalho. 1 ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 101.

trabalhadores, respeitando os limites legais de previsão e/ou ausência de previsão legal para que ocorra a flexibilização.

Este corte é importantíssimo, pois, como será apresentado a seguir, uma das maiores discussões na jurisprudência reside justamente sobre o que se poderia ou não flexibilizar através de normas coletivas, bem como, quais os limites destas flexibilizações para que não prejudique ou retire direitos dos trabalhadores.

1.3 Os limites Legais dos Instrumentos Coletivos

Dentro deste conceito, buscando adaptar a lei à realidade fática, seja pela perda da sua eficácia ao longo do tempo, ou simplesmente para adaptar esta lei a uma realidade mais específica, como por exemplo uma regionalidade, tem-se recorrido à maneira mais céleres e eficientes para essa flexibilização, que são as negociações coletivas.

Contudo, apesar da necessidade imperiosa de se flexibilizar a legislação trabalhista, seja através de leis infraconstitucionais ou de negociação coletiva, indispensável se faz também o questionamento de quais deverão ser os limites desta flexibilização.

Quanto a flexibilização através do legislativo, com a criação de novas leis, é pacífico na doutrina a ideia de que esta deverá respeitar e se adequar à Constituição Federal. Esta subordinação não se limita apenas as leis ali previstas, mas também aos princípios constitucionais.

Quanto as negociações coletivas, o questionamento mais comum encontra-se na possibilidade do sindicato dos trabalhadores, que tem como missão a defesa dos direitos laborais, poder realizar instrumentos coletivos que se sobreponham a uma lei. Nesse sentido ensina Bomfim que “era impensável, até a última década, discutir-se a possibilidade de uma norma negociada na área do direito do trabalho – cuja razão de ser é a proteção jurídica do trabalhador em face da sua inferioridade econômica frente ao empregador – sobrepor-se a lei”¹².

Haja vista a previsão constitucional de tais flexibilizações, como narrado acima, várias são as correntes que se formaram acerca da possibilidade e dos limites de tais flexibilizações. A primeira corrente defende que podem ser objetos de negociação qualquer direito de caráter privado, podendo as partes firmar entre si as melhores formas de trabalho, tendo como limites apenas aquilo que a lei expressamente vedar sua flexibilização.

¹² BOMFIM, Benedito Calheiros. A legislação trabalhista e a flexibilização. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: RT, p. 31-37, ano 28, n.108, 2002, p.13.

A segunda corrente tem um entendimento no sentido de que os direitos já previstos em lei não podem ser passíveis de modificação, salvo quando a lei de forma expressa autorizar sua flexibilização. Quanto ao direito privado, só poderão ocorrer alterações que não acarretem na supressão ou retirada de direitos do trabalhador, ou seja, somente poderão ser flexibilizados, mesmo os direitos privados, quando comprovadamente não houver redução dos direitos já adquiridos pelos trabalhadores.

A terceira corrente procura ela própria fazer uma divisão dos direitos trabalhistas, de forma a poder determinar quais direitos poderiam ou não ser flexibilizados. Para tanto, dividem estes direitos em direitos de indisponibilidade absoluta e direitos de indisponibilidade relativa. Para esta corrente, os primeiros não poderiam em momento algum ser alterados, enquanto os segundos, poderiam ser flexibilizados, desde que analisados caso a caso. A grande crítica a esses pensadores, reside na dificuldade de elencar quais direitos se encontra em cada uma das hipóteses e, conseqüentemente, quais poderiam ou não ser flexibilizados, dado sua classificação como direitos de indisponibilidade relativa.

Maurício Godinho em sua obra faz um misto das duas correntes acima, admitindo a hipótese de serem transacionadas direitos mais benéficos ao trabalhador, bem como, a flexibilização de direitos de indisponibilidade apenas relativa:

As normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).¹³

É nesta mesma obra que Maurício Godinho tenta caracterizar o que seriam parcelas de indisponibilidade relativa:

[...] se qualificam quer pela natureza própria à parcela mesma (ilustrativamente, modalidade de pagamento salarial, tipo de jornada pactuada, fornecimento ou não de utilidades e suas repercussões no

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2001, p.1229.

contrato, etc.), quer pela existência de expresso permissivo jurídico heterônomo a seu respeito (por exemplo, montante salarial: art. 7º, VI, CF/88; ou montante de jornada: art. 7º, XIII e XIV, CF/88).¹⁴

A quarta e última corrente, fortemente encontrada nos tribunais, como será apresentado doravante, defende a primazia da negociação coletiva, contemplando o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal. Defende que não há limites específicos para a negociação coletiva, salvo aqueles que não podem ser transacionados pela sua própria característica, como, por exemplo, as normas de ordem pública. Para esta corrente, o próprio constituinte previu a flexibilização do bem mais nobre do trabalhador, o salário, consequentemente, não há que se falar em vedação à flexibilização dos demais direitos.

Apesar dos exemplos das correntes acima estarem intimamente ligadas as negociações coletivas, as mesmas se aplicam perfeitamente as possibilidades de flexibilização através de leis infraconstitucionais. Sobretudo a última corrente, onde, é possível qualquer alteração legislativa, desde que respeitados os limites constitucionais, como as normas de ordem pública.

Dentre as quatro correntes, a que mais se destaca e vem seguida pelos Tribunais, é esta, que entende ser possível a flexibilização de qualquer direito do trabalhador, desde que respeitados certos limites, em regra, constitucionais.

Essa corrente é muito criticada por parte da doutrina, Cassar diz que “forçoso concluir que todos os direitos trabalhistas previstos na lei são indisponíveis, imperativos, cogentes. Somente poderão ser disponibilizados quando a própria lei autorizar sua disponibilidade”¹⁵.

Assim também entende Bomfim, que em sua obra critica de forma clara a redução de direitos já consagrados:

Se se permitir que, mediante negociação coletiva, os percentuais ou valores, correspondentes a cada direito ou parcela, sejam, reduzidos os direitos ali consagrados serão, na prática, anulados, perderão efetividade, tornar-se-ão meramente simbólicos. Seria um desvirtuamento do preceito constitucional. Criar-se-iam , por via

¹⁴ Ibidem, p.1359.

¹⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2011. P.409.

oblíqua, outras exceções, que, ao em vez de visarem à melhoria dos direitos sociais, redundariam em prejuízo destes.¹⁶

Para muitos a limitação a flexibilização também derivaria do raciocínio destes autores, onde uma lei ordinária ou mesmo uma negociação coletiva, que diminuam ou retirem direitos dos trabalhadores já previstos na Carta Magna ou na Consolidação das Leis do Trabalho, não poderiam ser validadas pelo judiciário.

Este entendimento é seguido pela maioria da doutrina, que destacam o princípio da irrenunciabilidade de direitos dos trabalhadores e até mesmo o princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, para validar o pensamento, e reforçar a impossibilidade de aplicação de uma lei ordinária ou uma negociação coletiva que diminua ou retire direitos do trabalhador. O autor Vecchi leciona nesse sentido:

Se muitos dos direitos dos trabalhadores são configurados como direitos fundamentais, entra em discussão a questão de sua proteção e limitação não só pelo Estado, por meio de emendas constitucionais ou leis, mas também por instrumento de autonomia privada, como as convenções e acordos coletivos de trabalho. Se estes direitos estão protegidos contra uma emenda constitucional que atente contra o seu núcleo essencial, mas isso se acentua perante qualquer norma infraconstitucional ou norma provida da autonomia privada coletiva, que jamais poderão afetar o núcleo essencial ou não observar o princípio da proporcionalidade.¹⁷

Observem que segundo o autor, nem mesmo uma Emenda Constitucional poderia alterar um direito fundamental do trabalhador e, nesse sentido, muito menos uma negociação coletiva ou norma infraconstitucional. Porém, a jurisprudência caminha em sentido totalmente contrário ao apresentado pelos doutrinadores acima. Para a jurisprudência, tanto a legislação infraconstitucional, mas principalmente a negociação coletiva deverá ser contempladas em todos os momentos, por gozar de previsão constitucional, como profetiza o artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que, em tese, tal discussão está superada, uma vez que com a Reforma trabalhista trazida pela Lei 13.497/2017 há previsão expressa do que poderia ou não ser negociado através de Negociações Coletivas. Esta nova lei que incluiu os Arts. 611-A e 611-

16 BOMFIM, Benedito Calheiros. A legislação trabalhista e a flexibilização. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: RT, 2002, p.18.

17 VECCHI, Ipojucan Demétrius. Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional. 2. ed. v.1. Passo Fundo: UPF, 2007, p. 204.

B na Consolidação das Leis do Trabalho estabeleceu, pela primeira vez de forma expressa, os limites para esta flexibilização.

Em seu artigo 611-A esculpiu as hipóteses de flexibilização, por meio de um rol, não exaustivo (previsto de forma expressa no caput, com as palavras: dentre outras), de quinze incisos de direitos passíveis de negociação coletiva, como por exemplo a Participação nos Lucros e Resultados, previsto no próprio inciso XV.

Já no artigo 611-B, trouxe hipóteses onde não seria possível a utilização da negociação coletiva, desta vez, em rol taxativo (previsto expressamente com a palavra: “exclusivamente”), em um total de trinta direitos não possíveis de serem negociados por instrumento coletivo, dentre eles, por exemplo, o número de dias de férias do trabalhador, consagrado no inciso XI.

Uma das grandes críticas à esta novidade trazida pela reforma trabalhista, além de possíveis supressão de direitos, pesa sobre a previsão expressa de que estes instrumentos coletivos se sobrepõe à lei. Esta previsão encontra-se no próprio caput do artigo 611-A: “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:(...)”¹⁸.

Tais questionamentos já foram levados ao Supremo Tribunal Federal, por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidades, até o presente momento, sem decisão. Porém, na única ADI julgada até o momento, a de número 5.794, onde se pleiteava a inconstitucionalidade da Lei 13.497/2017, sob a premissa de que a mesma extinguiu a Contribuição Sindical Obrigatória e por isso seria inconstitucional. Neste julgamento foi julgada improcedente a ADI e reconhecida a constitucionalidade da Lei 13.497/2017.

Muitos doutrinadores têm entendido que este é um sinal de que ad demais decisões seguirão no mesmo sentido, uma vez que um dos argumentos mais fortes de inconstitucionalidade era justamente a contribuição sindical, esta não sendo reconhecida, não se acredita que os demais serão.

2 CONFLITO DE NORMAS COLETIVAS

O que se pode desde já compreender através do conceito de tal instrumento, é que ele busca uma adaptação a legislação trabalhistas, tornando-a mais flexível, utilizando, por exemplo, o instrumento da negociação coletiva, seja entre sindicatos de empresa e empregados, a chamada Convenção Coletiva, ou através do sindicato dos trabalhadores com a própria empresa, conhecido como Acordo Coletivo, e desta forma valorizar as partes

¹⁸ BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 04 de mai. de 2019.

principais da relação de trabalho, empregador e empregado. Porém, se não realizada de forma correta, pode levar a desregulamentação.

Esta classificação de Convenções Coletivas de Trabalho e Acordos Coletivos de Trabalho serão de suma importância na análise que será feita neste tópico, uma vez que é um dos cerne do debate na jurisprudência. Temos duas características importantíssimas no conceito acima: 1) a Convenção Coletiva de Trabalho é, em regra, bem mais ampla do que o Acordo Coletivo de Trabalho, uma vez que são firmadas através de dois sindicatos, ou seja, dois grandes blocos, de um lado o sindicato dos trabalhadores e de outro o sindicato das empresas; e, 2) O Acordo Coletivo de Trabalho é, em regra, bem mais específico do que a Convenção Coletiva de Trabalho, uma vez que é estabelecido entre o sindicato representante dos trabalhadores de uma empresa e a própria empresa, em tese, refletindo mais especificamente as realidades daquele grupo.

Doravante se irá entender a importância desta contextualização. Tem-se hoje na jurisprudência uma grande divisão entre duas grandes correntes que balizará os estudos de agora em diante. A primeira delas defende que não há hierarquia entre Convenções Coletivas de Trabalho e Acordos Coletivos de Trabalho e que, diante deste cenário, o que se deveria aplicar é sempre a norma mais favorável ao trabalhador. Uma segunda corrente defende que, ao contrário, o Acordo Coletivo de Trabalho deverá sempre prevalecer à Convenção Coletiva, por ser este mais específico e refletir melhor os interesses daquela categoria ali prevista. A terceira corrente se posicionou no sentido de que apesar da prevalência do Acordo Coletivo sob as Convenções Coletivas, pela sua especificidade, excepcionalmente as Convenções Coletivas irão se sobrepôr, quando estas forem mais favoráveis ao trabalhador.

A terceira hipótese dominou o entendimento de forma que, encontrava-se expressamente esculpida na Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu artigo 620: "As condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo."¹⁹.

A jurisprudência desta forma também demonstrava que nos casos em que havia um conflito aparente de normas coletivas, dever-se-ia analisar os instrumentos e avaliar aquele que mais trazia benefícios ao trabalhador, como pode ser visto no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1124-02.2015.5.14.0091 no Tribunal superior do Trabalho:

Agravo de instrumento em recurso de revista interposto pela reclamada. (...) Convenção coletiva. Prevalência sobre acordo

¹⁹ BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 04 de mai. de 2019.

coletivo. Norma mais benéfica. O Tribunal a quo, instância soberana na análise do conjunto probatório, concluiu que a CCT deve prevalecer sobre os ACTs invocados pela ora agravante, tendo em vista que aquela é mais favorável, em seu conjunto, que os acordos coletivos, entendimento que se encontra em conformidade com o art. 620 da CLT. 4. COMPENSAÇÃO DE VALORES. Extrai-se do acórdão regional que foi autorizada a compensação dos reajustes salariais concedidos por meio de acordo coletivo celebrado durante a vigência da convenção coletiva. Contudo, no tocante àqueles reajustes concedidos com amparo no ACT 2013/2014, que iniciou sua vigência em período anterior à CCT 2014/2014, não há falar em compensação. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (...)20

Sobre este entendimento leciona Maurício Godinho Delgado, que demonstra que apesar do reconhecimento de que o Acordo Coletivo atende melhor aos interesses de determinadas classes, em havendo norma mais favorável em Convenção Coletiva, esta irá se sobrepor. *In verbis*:

Nesse quadro de conflito de regras, qual é a hierarquia existente entre os preceitos normativos de convenção e acordo coletivos que abrangem os mesmo trabalhadores, considerado um mesmo período de tempo? A resposta mais imediata conduziria à prevalência das regras do acordo coletivo de trabalho, por serem especiais, em contraponto aos preceitos da CCT, que teriam, na categoria, caráter geral. Esta conclusão derivaria da teoria geral do Direito Comum regulatória dos conflitos de regras, que informa que a regra especial não se comunica com a geral, prevalecendo na ordem jurídica - a menos que haja sua revogação expressa. Tal critério teórico, aliás, foi incorporado pela Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2º, §2º). Entretanto, a ordem justralhista tem regra explícita a respeito, estipulando que as condições estabelecidas em convenção, quanto mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo coletivo de trabalho (art. 620, CLT). Está claro, portanto, que a Consolidação determina a preponderância da convenção coletiva sobre o acordo coletivo, como fórmula para se cumprir o princípio da norma mais favorável, afastando-se o critério geral oriundo do

20 AIRR - 1113-67.2015.5.14.0092, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 22/03/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/03/2017). Disponível em < <http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo.>>. Acesso em: 04 de mai. de 2019.

Direito Civil. Porém, se o acordo coletivo foi mais favorável, ele há de prevalecer, evidentemente.²¹

Observe-se que o Maurício Godinho começa a traçar um paralelo interessante entre as regras do Direito do Trabalho e de negociações coletivas, com as regras de Direito Comum, inclusive citando a consagrada Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que serão importantíssimas no presente trabalho.

Doravante se irá entender a importância desta contextualização. Tem-se hoje na jurisprudência uma grande divisão entre duas grandes correntes que balizará os estudos de agora em diante. A primeira delas defende que não há hierarquia entre Convenções Coletivas de Trabalho e Acordos Coletivos de Trabalho e que, diante deste cenário, o que se deveria aplicar é sempre a norma mais favorável ao trabalhador. Uma segunda corrente defende que, ao contrário, o Acordo Coletivo de Trabalho deverá sempre prevalecer à Convenção Coletiva, por ser este mais específico e refletir melhor os interesses daquela categoria ali prevista. A terceira corrente se posicionou no sentido de que apesar da prevalência do Acordo Coletivo sob as Convenções Coletivas, pela sua especificidade, excepcionalmente as Convenções Coletivas irão se sobrepor, quando estas forem mais favoráveis ao trabalhador.

Pois bem, pode-se verificar por todo exposto acima de que com uma ou outra divergência, doutrina e jurisprudência caminhavam no sentido de que, em regra, o Acordo Coletivo de Trabalho prevalecia sobre a Convenção Coletiva de Trabalho, por ser este mais específico. Porém, em se tratando de Convenção Coletiva de Trabalho, por força do então artigo 620 da CLT, este deveria prevalecer sempre que previstas condições mais benéficas.

Ocorre que a Reforma Trabalhista trazida com a Lei nº 13.497/2017, mudou a redação do artigo 620, que passou a constar da seguinte forma: “As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.”²².

Ora, pela letra fria da nova lei, não mais haveria que se falar em qualquer sobreposição das Convenções Coletivas de Trabalho em nenhuma hipótese, quer seja pela lei utilizar expressamente os termos “sempre prevalecerão”, ou mesmo porque a previsão anterior de prevalência das Convenções Coletivas em casos que a norma fosse mais favorável estava justamente no artigo substituído.

²¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 11ª ed, São Paulo: LTr, 2012, p. 1412.

²² BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 04 de mai. de 2019.

Mas na prática a jurisprudência começou a se dividir, entre aqueles que continuam a entender que, independente da previsão expressa da redação antiga do artigo 620 que não mais existe, ainda assim ter-se-á que aplicar a lei mais favorável decorrente da Convenção Coletiva, mesmo que ferindo lei expressa, por ser a aplicação da norma mais favorável um princípio do Direito do Trabalho.

Vejamos a decisão ocorrida após a Reforma Trabalhista em que os Tribunais Regionais reconheceram a aplicação do princípio da norma mais favorável e o Tribunal Superior do Trabalho validou este entendimento:

Agravo de instrumento em recurso de revista. Procedimento sumaríssimo. Jornada de trabalho. Intervalos intrajornada. Prevalência do acordo coletivo em face da convenção coletiva. Consignou o Regional, ao excluir da condenação as horas extras relativas aos intervalos intrajornadas, deferidas com base em cláusula da CCT, que estabelece que tanto o intervalo para refeição como os intervalos para repouso devem ser incluídos na jornada de seis horas diárias, que, no caso vertente, o ACT, ao excluir o intervalo, converge com a regra estabelecida no art. 71, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, além de conferir, em contrapartida, alguns benefícios ao grupo de trabalhadores alcançados pelo acordo celebrado entre a entidade que os representa e a empresa empregadora. Nesse contexto, insuscetível de revisão nesta instância extraordinária, não há como vislumbrar afronta ao art. 7, XXVI, da CF, tendo em vista que o Regional não afastou o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos, mas apenas decidiu qual a norma aplicável, considerando a regra de prevalência da norma mais favorável. Agravo de instrumento conhecido e não provido.²³

Uma segunda linha vem se firmando também, contrária à disposição expressa, quer seja no sentido de que não deverá prevalecer o Acordo Coletivo de Trabalho sobre a Convenção Coletiva de Trabalho, pois, aquele deriva deste, portanto, somente poderá prevalecer se em seu conteúdo tiver previsto condições mais favoráveis do que o instrumento principal, sendo este a Convenção Coletiva de Trabalho:

A este respeito já decidiu esta Egrégia Corte por reiteradas vezes, tendo prevalecido no âmbito desse Tribunal a aplicabilidade das CCT's, a exemplo do julgamento do RO-0001447-48.2013.5.18.0161,

23 AIRR - 1030-04.2016.5.21.0001 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 26/06/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/06/2018). Disponível em < <http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo.>>. Acesso em: 04 de mai. de 2019.

de 03/02/2015, de relatoria do Exmo. Desembargador Mário Sérgio Bottazzo, cujos pertinentes fundamentos transcrevo como razões de decidir, em atenção ao princípio da segurança jurídica e da celeridade processual, in verbis: 'Sem ambages, vejo que não existe conflito de normas no caso dos autos, simplesmente porque a questão é resolvida pela própria CCT. Com efeito, diz a CCT em sua cláusula décima sexta: 'CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA - DOS ACORDOS COLETIVOS Faculta-se às partes convenientes, celebram acordos coletivos complementares a presente CCT, inclusive em âmbito de cada empresa interessada, mediante ofício remetido, pela mesma, ao Sindicato Profissional e realização de Assembleia com seus empregados, filiados ou não" (conforme o original, fls. 56, 66 e 81, negritei). Extrai-se do conteúdo da cláusula acima transcrita que os Acordos Coletivos podem ser celebrados como complemento à Convenção Coletiva de Trabalho, restando evidente que somente podem instituir benefícios adicionais e não retirar direitos assegurados na convenção coletiva."²⁴

Fato é que em todas as pesquisas para o presente trabalho, não se encontrou qualquer hipótese em que foi aplicado no caso concreto a nova redação do artigo 620 da CLT. O que a princípio soa estranho, uma vez que antes ele era amplamente utilizado nos julgamentos do Tribunal Superior do Trabalho e hoje se busca justificativa para a sua não aplicação no caso concreto.

A princípio não haveria motivos para a não aplicação da norma acima, uma vez que válida e eficaz. Se analisarmos também os critérios para a aplicação desta norma, mais uma vez encontraríamos respaldo, pois, ainda que não houvesse previsão expressa de sobreposição dos Acordos Coletivos de trabalhos, ao analisarmos os critérios do Direito Comum em um possível conflito entre normas coletivas, chegaríamos à mesma conclusão.

Em uma antinomia de normas jurídicas. Para solucioná-las teríamos três critérios: 1) Lex Superior (hierárquico), que consiste na ideia de que lei superior prevalece sobre lei inferior; 2) Lex Posterior (cronológico), onde normas posteriores revogam normas anteriores, quando forem incompatíveis; e, 3) Lex Specialis (especialidade), quando as normas mais específicas se sobrepõem às normas gerais.

No caso em tela, porém, não temos a possibilidade de solução pelo critério hierárquico, uma vez que ambas são Normas Coletivas do Trabalho. Aqui não vislumbra-

²⁴ AIRR – 2215.2015.5.18.0161. Disponível em <
<http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo.>>. Acesso em: 04 de mai. de 2019.

se ser a Convenção Coletiva “superior” ao Acordo Coletivo, pois, seria o mesmo que dizer que uma norma que se inicia com o Senado, seria superior à uma norma que se inicia na Câmara dos Deputados. O signatário dos trabalhadores é o mesmo em ambos os casos, quer seja o sindicato dos Trabalhadores.

Poderíamos ter, portanto, uma Convenção Coletiva de Trabalho mais recente, porém, novamente valeria a regra de que prevalecerá a lei mais específica, conforme estipulado no próprio novo artigo 620 da CLT.

Portanto, mesmo não sendo possível verificar no caso concreto, até o presente momento, nenhuma decisão do sentido de reconhecimento do artigo nº 620 da CLT, que a princípio prestigiou o critério da especialidade, não parece haver qualquer motivo para que o mesmo não seja reconhecido, uma vez que o signatário dos instrumentos por parte dos trabalhadores são o mesmo, ou seja, o Sindicato e, sabedores que são de que o Acordo Coletivo de Trabalho prevalece à Convenção poderão prever regras iguais ou melhores do que aquelas previstas na Convenção.

CONCLUSÃO

A utilização de normas coletivas no Direito do trabalho é uma realidade cada vez mais difundida, seja porque os sindicatos possuem uma certa legitimidade para negociar em nome dos trabalhadores, seja porque essa relação entre empresa e sindicato já está bastante consolidada ao longo do tempo, de maneira a favorecer que os instrumentos coletivos sejam repetidamente negociados anualmente.

Essa característica ganhou ainda mais destaque com a Reforma Trabalhista e sua previsão de prevalência do negociado sobre o legislado, fazendo com que tanto as empresas como os sindicatos tivessem ainda mais interesse em estabelecer regras favoráveis a cada um deles, podendo, inclusive se sobrepor aquilo já estabelecido pela lei.

Ocorre que pela característica de negociação coletiva no Brasil, poderia ocorrer de as próprias negociações coletivas que ocorrem de forma simultânea entrarem em conflito, como é o caso de uma convenção coletiva realizado por uma federação dos trabalhadores e um acordo coletivo realizado pelo sindicato de base, prevendo coisas distintas entre si para os trabalhadores.

Nesse caso poderia se considerar que temos uma antinomia de normas jurídicas cujas soluções já foram apresentadas pelos doutrinadores acima, sendo elas os fatores hierárquicos, cronológicos e especialidade. Conforme estudado, não poderia se considerar as hipóteses de hierarquia e cronologia, vez que não se considera no cenário estudado e no Direito do Trabalho ambas as possibilidades.

Restaria, portanto, o critério da aplicação da lei mais específica. Por anos a jurisprudência firmou o entendimento de que o acordo coletivo por ser mais específico do que a convenção coletiva sempre prevaleceria sobre ele desde que mais benéfico. Tal previsão acabou por ser esculpida no artigo 620 da CLT quando da Reforma Trabalhista e fixou ainda mais esse entendimento.

Dessa forma, podemos afirmar que em caso de um conflito entre normas coletivas no Direito do Trabalho, principalmente entre um acordo coletivo e uma convenção coletiva, sempre se utilizou o critério utilizado para solucionar a antinomia de normas jurídicas. Por anos utilizando esse critério e na ausência de hierarquia e cronologia, se aplicou a prevalência da lei mais específica, prestigiando o Acordo Coletivo. Tal previsão ganhou ainda mais força e acabou consagrada no artigo 620 da CLT de maneira a encerrar o debate e prestigiar a norma mais específica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRR - 1030-04.2016.5.21.0001 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 26/06/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/06/2018). Disponível em <<http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo>>. Acesso em: 04 de mai. de 2019.

AIRR - 1113-67.2015.5.14.0092, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 22/03/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/03/2017). Disponível em <<http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo>>. Acesso em: 04 de mai. de 2019.

AIRR – 2215.2015.5.18.0161. Disponível em <<http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo>>. Acesso em: 04 de mai. de 2019.

BOMFIM, Benedito Calheiros. A legislação trabalhista e a flexibilização. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: RT, p. 31-37, ano 28, n.108, 2002, p.13.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RR681551/2000 – 5ª T. – Rel. Min. Rider Nogueira de Brito – DJU 31.05.2002. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 04 mai. 2019.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 349. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 04 mai. 2019.

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 04 de mai. de 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 mai. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2011. P.409.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 11ª ed, São Paulo: LTr, 2012, p. 1412.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2001, p.1229.

MARTINS, Sérgio Pinto. Flexibilização das Condições de Trabalho. 1 ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 101.

ROMITA, Aron Sayão. Princípios em conflito: autonomia privada coletiva e norma mais favorável. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: RT, p. 13-27. ano 28, n.107, 2002, p. 23.

SUSSEKIND, Arnaldo. 2001, p. 10 apud ZAMBOTTO , Martan Parizzi. Os limites e os riscos da flexibilização das normas trabalhistas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012.

Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12541&rev>. Acesso em 04 mai. 2019.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional. 2. ed. v.1. Passo Fundo: UPF, 2007, p. 208.

ZAMBOTTO , Martan Parizzi. Os limites e os riscos da flexibilização das normas trabalhistas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12541&rev>. Acesso em 04 mai. 2019.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: IMPACTOS NA GESTÃO DAS PROMOTORIAS CRIMINAIS

CAROLINE SILVA COSTA OLIVEIRA:

Bacharelanda em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG.

ALEXANDRE GOODMAN ORION REGINATTO

(orientador)

RESUMO: Por meio da Resolução nº 181, 7 de agosto de 2017, foi instituído no Brasil o acordo de não persecução penal, que em linhas gerais é um acordo que pode ser celebrado entre o Ministério Público e o investigado, acompanhado por seu advogado, e, uma vez cumprido, ensejará a promoção de arquivamento da investigação. Desde o seu surgimento, muitas questões foram discutidas, pelos quais ainda não estão resolvidas plenamente. A título de exemplo, encontra-se a relevância do Poder Judiciário nesse cenário, a atuação do Ministério Público, os pontos positivos e negativos do presente acordo na seara jurídica e social, dentre outros. Para esse estudo, buscou-se discutir o impacto que o presente acordo possui na diminuição da propositura de ações penais e seus efeitos. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, a partir de livros e periódicos, nacionais e internacionais, para melhor descrever, argumentar e delinear os objetivos da pesquisa. Nos resultados, ficou claro observar que o presente acordo é eficaz em reduzir os números processos encontrados nas varas criminais.

Palavras-chave: Persecução penal. Celeridade processual. Poder Judiciário. Gestão.

ABSTRACT: Through Resolution nº. 181, August 7, 2017, the non-prosecution agreement was established in Brazil, which in general terms is an agreement that can be entered into between the Public Prosecutor's Office and the investigated, accompanied by their lawyer, and, once fulfilled, it will lead to the promotion of archiving the investigation. Since its inception, many issues have been discussed, for which they are still not fully resolved. As an example, there is the relevance of the Judiciary in this scenario, the performance of the Public Ministry, the positive and negative points of this agreement in the legal and social field, among others. For this study, we sought to discuss the impact that this agreement has on reducing the number of criminal proceedings and their effects. The methodology used was the bibliographic review, based on national and international books and periodicals, to better describe, argue and outline the research objectives. In the results, it was clear to observe that the present agreement is effective in reducing the number of cases found in the criminal courts.

Keywords: Criminal prosecution. Procedural celerity. Judicial power. Management.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Desafogamento do Poder Judiciário: Aspectos gerais. 4. O acordo de não persecução penal. 5. Da eficácia do acordo no desafogamento judicial. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 181, 7 de agosto de 2017, publicada em 8 de setembro do mesmo ano, dispondo sobre a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, e, em seu art. 18, introduzindo no direito brasileiro a figura do “acordo de não persecução penal” (GARCIA, 2018).

O acordo, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 183/2018, pode ser celebrado entre o Ministério Público e o investigado, acompanhado por seu advogado, e, uma vez cumprido, ensejará a promoção de arquivamento da investigação. Pressupõe que a infração penal tenha pena cominada inferior a 4 (quatro) anos, não tenha sido praticada com violência ou grave ameaça à pessoa e que o investigado confesse formalmente a prática da infração penal e ainda cumpra, de forma cumulativa, ou não (GARCIA, 2018).

Ocorre que desde a sua entrada no regimento jurídico brasileiro, muito tem-se discutido os pontos positivos e negativos do presente acordo, uma vez que ele fora criado com o escopo da relativização da ação penal, adentrando na esfera da possibilidade da realização de acordos.

Com base nisso, estudos científicos tem se debruçado em analisar as suas implicações no sistema judiciário como um todo, além de identificar a sua eficácia quanto à celeridade processual e o desafogamento dos processos judiciais.

Frente a esse cenário, essa pesquisa tem como base a seguinte indagação: quais os efeitos jurídicos trazidos pelo acordo de Não Persecução Penal na justiça brasileira? Portanto, discutiu-se com esse tema, analisar os impactos gerados pelo acordo de não persecução penal no âmbito processual e social.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método indutivo e qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os meses de agosto e setembro de 2022.

3. DESAFOGAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO: ASPECTOS GERAIS

Nas últimas décadas o Poder Judiciário vem sendo cometido por inúmeros problemas. Processos atolados, estrutura excessivamente burocrática, morosidade na resolução dos litígios, alto custo do sistema judicial, dentre outros vários fatores, tem resultado em um Poder Judiciário pouco eficaz (ROMAN, 2020).

A título de exemplo, o Poder Judiciário brasileiro — proporcionalmente, é considerado o mais caro do mundo ocidental. No ano de 2019, essa estrutura teve um custo de R\$ 49,9 bilhões. É o mesmo que R\$ 134,2 milhões por dia, ou R\$ 5,5 milhões por hora, ou ainda R\$ 93,2 mil por minuto (COSTA, 2020).

No entanto, a par desses problemas um se destaca: o crescente número de processos no Judiciário. Seja por uma briga de rua ou apenas por uma ‘ofensa’ irrelevante, o Poder Judiciário tem sido palco de numerosos processos ao longo do ano. Por conta disso, há uma superlotação de processos no Poder Judiciário.

Atualmente, o cenário do Poder Judiciário é formado por inúmeros processos que ainda não possuem previsão de julgamento. Em razão do volume de demandas propostas perante o Judiciário, que são muitas, e por não dar conta da exigência, o sistema tornou-se moroso, resultando na ineficácia da justiça e em prejuízo ao indivíduo que se utiliza do serviço prestado (QUEIROGA, 2012).

De acordo com Costa (2020) tramitam no Judiciário aproximadamente 100 milhões de processos. Segundo ele, muito em parte desse número é por conta de processos irrelevantes, ou seja, de pouco potencial ofensivo. Em suas palavras, “minorias que perdem no Legislativo estão levando para a Justiça questões políticas. Isso acaba por encarecer os custos e torna o Judiciário moroso. É preciso diminuir os recursos que acabam ampliando o prazo do processo e também o número de funcionários” (COSTA, 2020, p. 01).

Na busca por uma solução para essa realidade, em 2010 uma comissão de juristas entregou ao Senado Federal o anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil, que tinha como meta evidenciar o uso mais acentuado da simplicidade na linguagem e da ação processual, e uma maior celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação (BRASIL, 2010).

No âmbito penalista, existem as figuras dos acordos. Os acordos no processo penal, de certa forma, no Brasil, não são uma novidade. Com a Lei nº 9.099/95, que instituiu os juizados especiais criminais, trouxe consigo um instrumento inovador, para a época, a ser implementado na justiça criminal, visando reduzir os números de processos encaminhados ao poder público: a transação penal, que permite que o acusado transida com o Ministério Público (MP) para, em crimes não superiores a 2 (dois) anos, faça um tipo de acordo com o MP para não responder a um processo criminal, aceitando o cumprimento antecipado da pena, que se dará em multa e/ou restrição de direitos, tendo o processo sido arquivado em contrapartida (CUNHA, 2021).

Com advento da lei 13.964/19 (pacote anticrime), a transação penal foi incrementada, trazendo à baila uma nova modalidade, o Acordo de Não Persecução Penal, que ante a um crime de pena inferior a 4 anos e sem violência ou grave ameaça, poderá o acusado realizar uma espécie de “barganha” com o Ministério Público.

Os acordos penais, como o citado acima, possuem como principal característica a voluntariedade, tanto do Ministério Público em oferecer e negociar, quanto do acusado em aceitar e negociar os termos do acordo/transação. A voluntariedade se faz parte essencial do negócio jurídico, e tais instrumentos são um tipo de negócio jurídico, e, para tanto, uma das regras para sua validade é a manifestação de vontade e boa-fé (CRUZ, 2021).

De acordo com Cruz (2021) as ações de acordos, trazem maior efetividade em condenações pelo estado e maior celeridade processual. Entretanto, as condições sujeitas a essas composições devem ser observadas, mesmo que circunstanciais; a saber:

Para que haja a composição dos acordos, devem ser observadas as vontades das partes, devendo ser observados sua legitimidade circunstancial. Veja bem, os acordos se tratam de negócios jurídicos, bilaterais, onde as partes se comprometem em direitos e deveres entre si, portanto, assim como nos negócios do direito privado, no direito público que rege uma ação penal incondicionada, os negócios seguem os mesmos preceitos de validade, como a legítima vontade, objeto, forma e agente (CRUZ, 2021, p. 01).

Dessa forma, a paridade de armas deve ser respeitada em um acordo, onde se tem o Ministério Público e réu como iguais, transigindo entre si a fim de se evitar todo um processo longo e moroso. Assim, o instrumento processual dos acordos no Brasil apenas garante maior celeridade àqueles que optem pelo instrumento, buscando benefícios jurídicos com os acordos, efetivando a celeridade da justiça, e para aqueles que forem inocentes, poderão optar por prova-la no curso do processo.

Dentre os acordos penais existentes, para fins desse estudo, há o acordo de não persecução penal, que será melhor entendido no tópico seguinte.

4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Historicamente, o presente acordo aqui analisado por esse estudo teve início em 2017 por meio da Resolução nº 181, ao qual dispôs sobre a instauração e tramitação dos procedimentos investigatórios criminais a cargo do Ministério Público. Em seu texto, mais especificamente sobre esse acordo, tinha-se:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática. (BRASIL, 2017)

Figueiredo (2021) nos explica que o acordo é a negociação entre as partes, ou seja, entre o agente do ilícito penal e o representante público a cargo de dar início no processo legal para exercer a pretensão punitiva estatal. Contudo, ainda exaurindo o artigo supracitado, há em seus incisos as condições para processamento do acordo, que deverão ser ajustadas ao agente. São elas:

- I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;
- IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

(BRASIL, 2017).

Quando promulgada, a doutrina jurídica brasileira em grande parte, entendeu que a resolução do CNMP era inconstitucional, pois tratava de matéria de direito material penal, o que feria o disposto no art. 22, I da Constituição de 1988, onde a competência é unicamente da União legislar sobre direito penal, dentre outros (BRASIL, 1988).

Tanto o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quanto a Associação dos Magistrados Brasileiros levaram à análise do Poder Judiciário a Resolução 181/17 do CNMP. Foram propostas, pelas instituições acima, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal a fim de discutir a constitucionalidade da resolução. Ambas as instituições alegaram que falece ao Conselho Nacional do Ministério Público competência para legislar acerca do processo penal (FIGUEIREDO, 2021).

Contudo, filio ao entendimento de que essas ações perderam seus objetos quando da promulgação da Lei 13.964/19 que incluiu o acordo de não persecução penal na realidade processual brasileira. Corroborando ao que foi exposto acima, diz Santos (2020):

Ao inseri-lo no CPP, a Lei nº 13.964/19 remedia a origem espúria do instituto, introduzido no ordenamento normativo pátrio por meio da Resolução nº 181, n/f da Resolução nº 183, do CNMP. Por impactar diretamente no exercício da ação penal, com reflexos diretos no estado de inocência e na liberdade do imputado, preservando-os, o acordo de não persecução penal (ANPP) possui unívoca natureza processual material, sujeitando-se à competência legislativa privativa da União (art. 22, I, da CRFB/88). Por conseguinte, jamais poderia vir por meio de resolução, extrapolando os limites do Poder Regulamentar, que, em hipótese alguma, sob pena de ofensa ao art. 2º da CRFB/88, pode inovar direitos.

Nota-se que o instituto do ANPP desde a sua entrada na norma brasileira, foi motivo de divergências doutrinárias, tendo inclusive pouco uso pelos membros do Ministério Público em razão da sua natureza afastada do princípio da legalidade. Essa situação foi parcialmente resolvida quando em 2019 foi instituída a Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime) que incluiu em seu texto, mais especificamente no art. 28-A 19 o presente acordo no Código de Processo Penal Brasileiro. O que completa com juridicidade tal instituto, essencial para introdução da justiça negocial na realidade brasileira.

Conceitualmente o acordo em destaque pode ser entendido como um negócio jurídico extrajudicial, entre acusação e defesa, homologado por juízo competente, podendo ser o Juiz de Garantias, previsto na Lei 13.964/19, ou o juiz com competência penal na comarca.

Em uma definição mais clara, cabe citar:

[...] cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente – pelo menos em regra, pelo juiz das garantias – celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor -, que confessa formal e circunstancialmente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença, seja integralmente cumprida (LIMA, 2020, p. 30).

A princípio, a grande diferença entre o acordo de não persecução penal e os outros institutos de justiça negociada já existentes no Brasil é a necessidade da confissão circunstanciada e formal da prática delituosa. Sendo que, sem ela, não haverá acordo (SANTOS, 2020).

Em possível revogação do acordo e prosseguimento da persecução penal, a confissão outrora realizada não poderá ser utilizada em desfavor do réu, haja vista que o réu tem sua presunção de inocência até o trânsito em julgado da ação penal. Mesmo sentido ocorre quando o réu confessa a prática delitiva em sede de depoimento policial e volta atrás quando de seu depoimento em juízo (LUI, 2019).

Nesta esteira, o ANPP não servirá para configuração de reincidência ou maus antecedentes, da mesma maneira que a transação penal e a suspensão condicional do processo, previstos na Lei 9.099/95, que apenas serão registrados na certidão de antecedentes criminais, para fins de controle da regra da impossibilidade de oferecimento do mesmo instituto em menos de cinco anos (LUI, 2019).

No que tange a sua natureza jurídica, oriundo do poder dever do Ministério Público em atuar nos crimes de ação penal pública, aliado por sua titularidade das ações penais conferida pela 22 Constituição Federal, o acordo de não persecução penal tem por natureza ser um negócio jurídico voltado para persecução criminal dos delitos (FREITAS, 2019).

Nesse sentido afirma-se que “se trata de um negócio jurídico que consubstancia a política criminal do titular da ação penal pública na persecução dos delitos” (CABRAL, 2020, p. 84). Assim, são partes desse negócio jurídico o Ministério Público e o investigado, cabendo ao Promotor de Justiça elaborar a proposta e conferir ao investigado a chance de aceitá-la e cumprir com o proposto, tendo desde já interrompida a persecução penal. Nessa esteira, ao cumprir todo o acordo, haverá a contraprestação ministerial em extinguir a punibilidade do investigado.

Contudo, não apenas haverá vantagens ao investigado, o titular da ação penal será privilegiado com as políticas criminais apresentadas pelo art. 28-A do CPP. Dessa forma, há a discricionariedade na atuação do parquet ao indicar os bens que serão renunciados voluntariamente pelo acordante, principalmente os oriundos da prática criminosa, assim como bens que foram utilizados como instrumento para ação delitiva.

Nesse ponto, destaca-se:

(i) agilização da resposta aos casos penais por meio do acordo, evitando-se a instrução processual e todos os atos que ocorrem no inter processual, como alegações finais, sentença e recursos; (ii) na realização das finalidades político-criminais da pena, é dizer, o acordo deve cumprir uma função preventiva no caso concreto; (iii) deve necessariamente existir uma vantagem probatória em caso de descumprimento do acordo, consistente na confissão do investigado, em áudio e vídeo, que poderá ser utilizada no processo penal, pelo Ministério Público (CABRAL, 2020, p. 85).

Na sequência, têm-se que o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico em que as partes negociam a não instauração da ação penal, abrindo mão de direitos a fim de que se veja livre de uma possível condenação penal (LUI, 2019).

Nesse íterim, o ANPP tem natureza despenalizadora, tanto por retirar do investigado a possibilidade de ser condenado na esfera criminal, quanto pela negociação das condições a serem acordadas (LUI, 2019).

O promotor de justiça não impõe ao investigado os bens que serão renunciados, ele necessariamente indica. Mister destacar tal fato, a fim de que não se confunda a atuação ministerial com a atuação dos magistrados. Quem impõe pena de perda de bens são os juízes togados em suas sentenças (SANTOS, 2020).

Não há a necessária imperatividade no aceite e no cumprimento do acordo de não persecução penal. Caso não ocorra o acordo, ou, ocorrendo e vindo a ser revogado por

não cumprimento, a ação penal inicia de seu marco zero, sem prejuízos dos direitos e garantias do devido processo legal (SANTOS, 2020).

Nesse diapasão, ao tratar da imperatividade, cita-se:

- 1) A pena deve implicar sofrimento ou outras consequências consideradas normalmente como não prazerosas.
- 2) Deve ser imposta, em decorrência de uma violação à Lei.
- 3) Deve ser infringida a um suposto ou atual violador da lei, em decorrência de tal violação.
- 4) Deve ser administrada conscientemente por pessoas distintas do réu.
- 5) Deve ser imposta e administrada por uma autoridade constituída segundo o sistema legal contra o qual praticou-se a transgressão (CABRAL, 2020, p. 86).

Dessa forma, por ser um acordo, as partes negociarão os direitos e obrigações, estando no arbítrio do investigado a aceitação ou não de tal instituto. Necessariamente, por previsão legal, a presença da defesa técnica é indispensável nesse momento (FREITAS, 2019). O que de fato, conforme o ensinamento supramencionado, afasta a característica de pena nas condições estabelecidas no acordo, tanto por não ser imposta, quanto por não ser negociada por pessoas distintas do réu.

No § 2º do art. 28-A estão presentes as vedações ao oferecimento do acordo de não persecução penal. A primeira é a possibilidade de oferecimento da transação penal, o que de fato, demonstra ser medida deveras vantajosa ao investigado, excluindo do rol do ANPP os crimes de competência do Juizado Especial Criminal, utilizando os institutos despenalizadores comum a aquele Juízo (LUI, 2019).

A segunda vedação é em relação a antecedência do investigado, nesse sentido, importante trazer à colação que o importante aqui é a reincidência, lapso temporal de cinco anos, contado a partir da última condenação transitada em julgado (LUI, 2019).

Ademais, a prática habitual, reitera e profissional de crimes, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, também constituem vedações expressas no inciso II do art. 28-A. Nesse sentido, têm-se que o crime habitual é aquele que é cometido todos os dias, com verdadeira rotina, como por exemplo o crime de casa de prostituição (SANTOS, 2020).

Nos dizeres de Figueiredo (2021) a habitualidade significa que existe pluralidade de crimes, ou seja, para configuração da habitualidade, é necessário que o agente seja o mesmo, como no exemplo em cima, o proprietário da casa de prostituição, que ao funcionar o prostíbulo comete o crime todos os dias, com rotineira habitualidade.

Nesse diapasão, os ensinamentos de Lima (2020, p. 277) são precisos:

No crime habitual, a prática de um ato isolado não gera tipicidade, ao passo que, na habitualidade criminosa, tem-se uma sequência de atos típicos que demonstram um estilo de vida do autor, ou seja, cada um dos crimes anteriores é suficiente de per si para a caracterização da lavagem, sendo que o conjunto de delitos autoriza o aumento da pena.

Já em relação a prática reiterada, tem-se que o agente pratica aquele crime várias vezes, como o próprio nome já diz. Por derradeiro, a prática profissional quer dizer no estilo de vida que o agente leva, utilizando do crime como verdadeiro ganha pão, sistematizada, habitual e organizada, um verdadeiro profissional do crime (LIMA, 2020).

A terceira vedação tem relação com outros institutos despenalizadores, presentes na Lei 9.099/95, transação penal e suspensão condicional do processo, sendo que, caso o investigado já tenha sido beneficiado com um desses benefícios nos últimos cinco anos, não poderá se beneficiar do acordo de não persecução penal. Essa regra se aplica ao próprio ANPP também (DAVID, 2020).

Por derradeiro, o inciso IV veda a possibilidade do oferecimento do acordo de não persecução penal aos investigados que tenham praticado crimes no âmbito da violência doméstica, bem como nos crimes praticados contra mulheres em razão da condição do sexo feminino, muito em razão da política criminal adotada ao combate desses crimes (DAVID, 2020).

Dispostas nos incisos do art. 28-A do Código de Processo Penal, as condições do acordo de não persecução penal podem ser ajustadas de forma alternativa ou cumulativa. As condições não se assemelham às penas impostas pelos magistrados no momento de confeccionarem os dispositivos em suas sentenças. Trata-se de ajustamentos de deveres e direitos, o que muito bem é definido pelo Enunciado nº 25 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal:

O acordo de não persecução penal não impõe penas, mas somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência.

Imperioso destacar que as condições não podem ultrapassar o limite de direitos fundamentais do investigado, como a liberdade. As condições devem alcançar direitos disponíveis, como o ajustamento de uma reparação do dano causado, prestação de serviço comunitário, renúncia de bens e outras (BEM; MARTINELLI, 2020).

As condições a serem cumpridas foram muito bem explanadas por Lima (2020, p. 231), que ilustrou as seis condições presentes no dispositivo legal. São elas: confessar formal e circunstancialmente a prática do delito, reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pagamento de prestação pecuniária e cumprimento por prazo determinado, de outras condições estipuladas pelo Ministério Público.

Ademais, não apenas o investigado deverá cumprir com as obrigações firmadas no acordo, cabe ao parquet fazer valer o acordo de igual maneira. Nesse sentido, caberá ao Ministério Público respeitar o período de prova do acordo, dando ao investigado o prazo avançado para prestação das obrigações, além de não dar início à ação penal, ou seja, oferecer denúncia referente ao crime investigado.

5. DA EFICÁCIA DO ACORDO NO DESAFOGAMENTO JUDICIAL

Uma vez estabelecido os principais aspectos do acordo em análise, importante entender quais os efeitos que ele gera no sistema de justiça nacional. Conforme pesquisado, coletado e analisado nos estudos para a realização dessa pesquisa, o acordo de não persecução penal traz tantos pontos positivos, quanto negativos.

A priori, no âmbito positivo, ficou evidente constatar que ele de fato gera uma maior celeridade processual. Nesse sentido, Freitas (2019) afirma que muitos são motivos para a criação do acordo de não persecução penal na realidade brasileira, tanto pelo histórico de um Judiciário sobrecarregado, quanto pela busca de novos métodos de resolução de conflitos criminais.

Nessa mesma linha, destaca-se:

- a) exigência de soluções alternativas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves;
- b) priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves;
- c) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais (LIMA, 2020, p. 31).

Como bem destaca Figueiredo (2021), a sociedade brasileira clama por celeridade nos julgamentos das ações presentes no Judiciário, em todas as esferas, cível, criminal,

família. No caso da esfera penal, o acordo de não persecução penal vem ajudar a desafogar o Poder Judiciário brasileiro, que é atolado de processos.

Cabral (2020) acentua que, em muitas comarcas brasileiras, há apenas um magistrado, responsável pelo processamento e julgamento de todos os processos daquela Comarca. Logo, desafogando os processos criminais, estará desafogando toda a Comarca, dando maior celeridade aos processos de outras esferas.

Outro ponto a ser observado com a entrada do acordo na legislação penal brasileira é referente ao sistema carcerário. Nesse ponto, Figueiredo (2021) entende que um dos principais problemas enfrentados pelo novo instituto será a superlotação dos estabelecimentos prisionais, tanto pela diminuição de decretação de prisões preventivas e temporárias, quanto pela diminuição de presos definitivos.

O supracitado autor, realça que a pena mínima de 4 anos, requisito objetivo para oferecimento do ANPP, já exclui os crimes que seriam punidos no regime aberto ou substituídos por penas restritivas de direito, logo, todos as sentenças penais condenatórias estariam encaminhando novos apenados ao sistema carcerário (FIGUEIREDO, 2021).

Lescovitz e Filho (2021) ao discorrer sobre esse acordo, lembra que o atual cenário das varas criminais brasileiras, abarrotadas de processos que, em sua grande maioria, são de crimes de pequeno e médio porte, que ao findar da marcha processual, muito provavelmente serão condenados a penas restritivas de direitos. Por essa razão, entende-se os autores, que o acordo de não persecução penal é mais um instrumento criado para que a realidade da justiça brasileira seja alterada, dando maior celeridade na prestação jurisdicionária. Sem olvidar da vantajosa economia processual, que valorará as ações penais de maior porte e complexidade.

Corroborando com os supracitados autores, Martinelli e Silva (2020) citam que a morosidade no trâmite de processos criminais é uma realidade indiscutível, fenômeno esse que se vê presente no cotidiano forense, ensejando assim em razões críticas para com a própria forma de se gerir o sistema de justiça criminal.

Bem e Bem (2020) lembra que no Projeto de Lei (PL n.º 10.372/2018) que originou esse acordo, em seu texto já trazia os seus objetivos, dos quais se destacam: punir de forma célere e eficaz um grande número de práticas delituosas; ofertar opções ao encarceramento para desafogar a Justiça Criminal; e concentrar forças no efetivo combate ao crime organizado e às infrações penais mais graves.

Para Garcia (2018) os objetivos do acordo de não persecução penal são mais que nobres e adequados à nossa realidade. Certamente ele ajudará (se já não o faz) a diminuir os numerosos litígios encontrados nas Comarcas penais no país.

No entendimento de Soares, Borri e Battini (2021) o acordo já é realidade. A perspectiva de justiça negocial envolvendo vítima e acusado, mediante a participação do Ministério Público e defesa, com o enaltecimento de uma solução célere e econômica para determinados conflitos é interessante, sendo imprescindível, tanto aos agentes públicos como aos que no Direito Penal se fazem presentes, supervisionar de forma a preservar a existência – sempre indispensável – de uma defesa técnica mantenedora das garantias fundamentais do acusado.

Entretanto, em que pese o louvável intento de aplicação do instituto, o acordo de não persecução penal deve ser efetivado com muita cautela. Para Cunha (2020), porquanto evidentemente pode minimizar ainda mais a defesa daqueles que figuram no polo passivo das demandas criminais, sobretudo àqueles desprovidos de defensores constituídos, de modo que a medida ensejaria, por consequência, a criação de parcerias/convênios para o devido acompanhamento por defensores dativos nos casos em que inexistem procuradores constituídos quando do oferecimento da benesse legal.

Franco (2020) acrescenta que o papel do magistrado, que deve ser visto à luz do sistema acusatório, ou seja, como um espectador, se dá no sentido de que deve conduzir a audiência garantindo o respeito a igualdade de condições e da ausência de coação. É somente mediante a observação desse que deve ser aplicado o acordo de não persecução penal como instituto válido no âmbito de um processo penal que esteja amparado com suas premissas democráticas fundantes.

De todo modo, fica estabelecido diante do cenário apresentado, que o acordo de não persecução penal é plenamente favorável ao Direito Processual Penal, uma vez que, no entendimento desse estudo, ele é um instituto com intuito de colaborar com o sistema criminal brasileiro, que conforme aludido no decorrer dessa pesquisa, está há anos enfrentando problemas significativos e que até o momento não encontrou solução.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aliado ao baixo quadro de servidores nos órgãos de estado, bem como no próprio Judiciário, as realidades das varas criminais brasileiras e promotorias de justiça são desanimadoras, onde processos por crimes de baixo e médio porte ocupam tempo de serviço de todos os servidores, colaborando para que ocorram as prescrições, além de aniquilar a possibilidade de uma análise minuciosa dos crimes de maior complexidade e relevância.

Outro lado, vale destacar que os crimes de baixo e médio porte, aliados aos benefícios presentes no ordenamento jurídico penal e processual penal, promovem penas que em sua imensa maioria serão restritivas de direito. Logo, toda a marcha processual

imposta pelo princípio da obrigatoriedade comina em uma pena muito semelhante as condições impostas no acordo de não persecução penal, porém, com um agravante, o alto valor que o processo criminal custa ao Estado.

Assim, por mais que possa ter recebido críticas quando introduzido na realidade brasileira, de forma estranha ao processo legislativo brasileiro, hoje, o acordo de não persecução penal é a melhor aposta para desobstrução da justiça brasileira. Apoiado na legalidade que lhe foi conferida pela promulgação da Lei 13.964/19, o ANPP vem para cooperar com promotores e juízes que enfrentam o a justiça criminal brasileira com pouco recurso humano e baixa infraestrutura.

Não obstante, o negócio extrajudicial é deveras benéfico ao investigado que poderá se ver livre de uma condenação criminal, além de não precisar enfrentar um processo moroso, dispendioso e vexatório.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEM, Leonardo Schmitt de. **Os requisitos do acordo de não persecução penal**. In: BEM, Leonardo Schmitt de (Org.); MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 1ª edição. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

BEM, Leonardo Schmitt de (Org.); MARTINELLI, João Paulo (Org.). **Acordo de não persecução penal**. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador: JusPodivm, 2020

COSTA, Cristyan. **Saiba quanto custa o Poder Judiciário brasileiro**. 2020. Disponível em: <https://revistaoeste.com/saiba-quanto-custa-o-poder-judiciario-brasileiro/>. Acesso em: 08 ago. 2022.

CUNHA, Márcio M. **Os acordos penais e os avanços da justiça negociada no Brasil: reflexões**. 2021. Disponível em: <<https://www.jornalopcao.com.br/colunas-e-blogs/opcao-juridica/os-acordos-penais-e-os-avancos-da-justica-negociada-no-brasil-reflexoes-327522/>>. Acesso em: 10 set. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: JusPodivm, 2020.

DAVID, Décio Franco. **O futuro exige o novo: o acordo de não persecução penal exige a implementação de um sistema acusatório**. 1.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Moreno de. **Análise dos impactos pelo novel acordo de não persecução penal no direito processual brasileiro**. Monografia apresentado ao Centro Universitário de Lavras. Lavras, 2021.

FRANCO, José Henrique Kaster. **O papel do juiz no acordo de não persecução penal.** In: BEM, Leonardo Schmitt de (Org.); MARTINELLI, João Paulo (Org.). Acordo de não persecução penal. 1.ed. São Paulo: D'Plácido, 2020.

FREITAS, Vladimir Passos de. **O princípio da obrigatoriedade da ação e os acordos na esfera penal.** Consultor Jurídico – CONJUR, 2019.

GARCIA, Emerson. **O Acordo de Não Persecução Penal Passível de Ser Celebrado pelo Ministério Público: Breves Reflexões.** Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 68, abr./jun. 2018.

LESCOVITZ, Guilherme; FILHO, Paulo Silas T. **A (in)constitucionalidade dos requisitos do acordo de não persecução penal.** Academia De Direito, 3, 143–167. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/2019 – artigo por artigo.** Salvador: JusPodivm, 2020.

LUI, Fernanda Flórido. **O acordo de não persecução penal e a mitigação do princípio da obrigatoriedade.** 2019. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2019/08/0ca0cfad-acordo-denaoperseucaopenal-tcc-final.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2022.

QUEIROGA, Onaldo Rocha de. **Desjudicialização dos litígios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ROMAN, Luciana Oliveira Coimbra. **A crise do Poder Judiciário e o direito constitucional de acesso à justiça.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54258/a-crise-do-poder-judicio-e-o-direito-constitucional-de-acesso-justia>>. Acesso em: 08 set. 2022.

SANTOS, Marco Paulo Dutra. **Comentários ao Pacote Anticrime.** São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991814/>>. Acesso em: 10 set. 2022.

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antônio; BATTINI, Lucas Andrey. **Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal.** Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 213–232, 2021.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA TUTELA DO PRESO EM CASOS DE HOMICÍDIO DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA

FERNANDO DA SILVA SOUSA:
Graduando em Direito da
UNISULMA/IESMA.

FRANCINE A. RODANTE FERRARI NABHAN²⁵
(orientadora)

RESUMO: O artigo em apreço versa sobre a responsabilidade do Estado na proteção do preso em casos de homicídio durante a execução da pena. Assim, passa-se a analisar o seguinte problema: Em casos de falecimento do preso em um estabelecimento prisional, qual a responsabilidade do Estado face a sua tutela? Para responder referido questionamento, definiu-se como objetivo geral: Analisar a responsabilidade do Estado quanto aos presos sob sua tutela em casos de homicídios no interior de estabelecimentos prisionais. Em decorrência disso, fixa-se como objetivos específicos: Apresentar a tipificação do crime de homicídio para a compreensão do entendimento jurídico acerca do ato ilícito, conceituar Responsabilidade Civil do Estado com o intuito de compreender os casos de possível aplicabilidade; e, analisar a aplicabilidade da Responsabilidade Civil do Estado em casos de homicídios em estabelecimentos prisionais para compreender se o Estado pode ou não ser responsabilizado. Para uma melhor análise do tema desenvolvido, será apreciada decisões judiciais recentes. Para o desenvolvimento da pesquisa em questão utilizou-se a pesquisa qualitativa, exploratória, bibliográfica e com análise documental, pois nos ocupamos de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Por fim constata-se que o objetivo do presente trabalho foi atingido ao verificar-se fortes violações aos direitos dos detentos dentro dos estabelecimentos prisionais, pois verifica-se e constata-se a responsabilidade civil do Estado em proteger a vida daqueles que estão sob sua guarda no sistema prisional brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil do Estado; Estabelecimento prisional; Homicídio; detento.

²⁵Orientadora, Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional (UNITAU), Especialista em Direito Civil (UNISUL), Especialista em Direito e Processo do Trabalho (UNITEC), Especialista em Direito Tributário (IBMEC/Damásio). Professora do Curso de Graduação em Direito da UNISULMA-IESMA. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz (NUPEJI).

ABSTRACT: The article in question deals with the responsibility of the State in protecting the prisoner in cases of murder during the execution of the sentence. Thus, the following problem is analyzed: In cases of death of the prisoner in a prison, what is the responsibility of the State in the face of its guardianship? In order to answer this question, the general objective was defined: To analyze the responsibility of the State regarding the prisoners under its guardianship in cases of homicides inside prison establishments. As a result, the following specific objectives are set: To present the definition of the crime of homicide for the understanding of the legal understanding of the illicit act, to conceptualize the Civil Liability of the State in order to understand the cases of possible applicability; and, analyze the applicability of State Civil Liability in cases of homicides in prisons to understand whether or not the State can be held responsible. For a better analysis of the developed theme, recent court decisions will be appreciated. For the development of the research in question, qualitative, exploratory, bibliographic research and document analysis were used, as we deal with material already prepared, consisting mainly of books and scientific articles. Finally, it appears that the objective of the present work was achieved when there were strong violations of the rights of detainees within the prison establishments, since the civil responsibility of the State to protect the lives of those under its control is verified. guard in the Brazilian prison system.

KEYWORDS: Civil Liability of the State; Prison establishment; Murder; inmate.

INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a responsabilidade do Estado na tutela do preso em casos de homicídio durante a execução da pena, pois é de suma importância compreender tal processo a luz do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto a pesquisa possui como justificativa o fato de que os atos estatais, executados por meio dos agentes públicos, em alguns casos podem afetar de forma negativa a vida do cidadão, causando algum dano que seja pertinente a reparação, em especial nos estabelecimentos prisionais.

De acordo com Friede (2022, p. 4), "Os atrasos no sistema judiciário contribuem para a superlotação, pois cerca de 200.000 detentos estão em prisão preventiva e as instituições prisionais submetem essa população à recorrente degradação da dignidade humana", como podemos notar os presos em função de um sistema precário estão em condições de vulnerabilidade, o que pode ocasionar violação de direitos.

Assim, no interior dos estabelecimentos prisionais, se constata que:

Hoje, de fato, temos vergonha de nossas prisões, pois mais uma vez, no Mutirão do Conselho Nacional de Justiça, constatou-se que as chocantes e medievais instituições prisionais brasileiras permitem a absoluta e recorrente degradação da dignidade humana: presos algemados por até 30 dias em corredores, sem banho ou visitas, com fezes que escorrem pelo corpo, estão entre as situações encontradas pelos mutirões deste ano. (FRIEDE, 2022, P. 6).

Depreende-se pela citação que de fato é preciso investigar e divulgar os sérios problemas diagnosticados nas celas das prisões pelo país, pois apesar de estar cumprindo uma execução não significa que o indivíduo renunciou os demais direitos assegurados na constituição.

Assim, o problema que norteou o desenvolvimento da pesquisa tem a seguinte indagação: Em casos do falecimento de um preso em um estabelecimento prisional, qual a responsabilidade do Estado em face a sua tutela? Na busca da solução para esse questionamento foi construído as hipóteses: O Estado possui o dever de fornecer proteção ao preso recolhido em estabelecimento prisional, sendo possível a aplicação da responsabilidade objetiva em casos de homicídios de presos por atuação estatal negligente.

Dessa forma, o trabalho teve como objetivo geral: Analisar a responsabilidade do Estado quanto aos presos em sua tutela em casos de homicídios no interior de estabelecimentos prisionais e a devida ocorrência da devida compensação pela ação omissiva, e específicos: Apresentar a tipificação do crime de homicídio para a compreensão do entendimento jurídico acerca do ato ilícito

Como também apresentar a tipificação do crime de homicídio para a compreensão do entendimento jurídico acerca do ato ilícito, conceituar Responsabilidade Civil do Estado com o intuito de compreender os casos de possível aplicabilidade; e, analisar a aplicabilidade da Responsabilidade Civil do Estado em casos de homicídios em estabelecimentos prisionais para compreender se o Estado pode ou não ser responsabilizado.

Sendo assim, para o desenvolvimento da pesquisa em questão utilizou-se a seguinte metodologia: No que tange ao procedimento técnico adotamos a pesquisa qualitativa, exploratória, bibliográfica e com análise documental, pois nos ocupamos de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos retirados da internet em sites especializados como SCIELO, GOOGLE ACADÊMICO, etc.

Por fim, para alcançar um melhor resultado a pesquisa foi dividida em tópicos e subtópicos de modo que favoreceu de fato o objetivo proposto, os quais podemos apontar: breve considerações sobre o sistema penitenciário brasileiro, direitos que devem ser assegurados ao preso, dever de proteção do estado quanto aos presos, tipificação do homicídio no ordenamento jurídico, responsabilidade do estado em caso de homicídio durante a execução da pena.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O estabelecimento instituído para o apenado cumprir a pena deve, obviamente, ser um ambiente seguro capaz de oferecer minimamente condições dignas, mas, o que se observa na verdade, é uma configuração precária dos estabelecimentos penitenciários brasileiros.

Nessa perspectiva, Nascimento de Arruda:

A desestruturação do sistema prisional traz à baila o descrédito da prevenção e da reabilitação do condenado. Nesse sentido, a sociedade brasileira encontra-se em momento de extrema perplexidade em face do paradoxo que é o atual sistema carcerário brasileiro, de um lado o acentuado avanço da violência, o clamor pelo recrudescimento de pena e, do outro lado, a superpopulação prisional e as nefastas mazelas carcerárias (ARRUDA, 2011).

Como podemos notar o sistema carcerário brasileiro passa por grandes críticas, pois em virtude das ausências de políticas públicas da administração na busca de melhorias nos estabelecimentos prisionais a violência e outras atrocidades vem sendo acentuado.

É importante frisar que as dificuldades do atual sistema carcerário podem acarretar problemas para o Estado, pois uma vez preso o cidadão fica sob a tutela do Estado e os danos suportados devem ser reparado.

Mendonça (2019, p. 10), aponta que:

Compreender os entraves do sistema carcerário brasileiro é mister para compreender a responsabilidade estatal junto aos seus jurisdicionados apenados, já que estes indivíduos, quando presos, estão sob a tutela indiscutível do Estado brasileiro, cabendo a ele

resguardar a integridade física e psíquicas destes. Em outras palavras, apenas com a exata noção de como está o sistema penitenciário brasileiro será possível denotar as possibilidades de uma indenização por parte do Estado.

O Estado não pode apenas confinar um indivíduo ao cárcere, pois é fundamental ofertar condições para que o apenado possa sobreviver dignamente. Dessa forma, ocorrendo ofensa ou violação de direitos cabe indenização como forma de repara os danos sofridos.

2. DIREITOS QUE DEVEM SER ASSEGURADOS AO PRESO

O direito penal limita um dos direitos mais importantes do cidadão, a saber: o direito de locomoção, onde todos os indivíduos podem transitar livremente no território nacional (CF, art.5, inciso XI).

Importa dizer que esse direito não é absoluto, pois na medida que o indivíduo pratica conduta tipificada como crime positivado nos diplomas legais nasce para o Estado o direito de aplicar as penas privativas, mas todos os outros direitos devem ser assegurados.

De acordo com o site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (2019, p. 1), o preso à luz da constituição possui os seguintes direitos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...)

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; (...)

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...)

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; (...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (...)

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Como podemos observar a limitação do direito de ir e vir não anula os demais contemplados pela Magna Carta, mesmo no cárcere a constituição assegura a tutela da integridade física, além da reparação por eventuais danos morais. Dessa maneira, o Estado deve promover melhores condições para que a execução da pena seja realizada com dignidade.

Sabe-se que o sistema judiciário brasileiro falha nos processos, e isso enseja uma grande quantidade de processos, o inciso LXXV do artigo acima citado, preceitua a possibilidade de indenização por erro judiciário. Essa garantia é de suma relevância para o estado democrático de direito, pois de fato a vítima do erro deve ser indenizada.

A lei de execução penal n.7.210, estabelece que:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. Art. 11. A assistência será - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional - social;

VI - Religiosa (BRASIL, 1984).

Um dos objetivos da prisão é a ressocialização do preso, mas para que isso seja possível é necessário políticas voltadas para a assistência do apenado. Nesse sentido, não basta condicionar o réu ao cárcere o Estado precisa garantir acesso a saúde, a educação dentre outros direitos positivados na LEP e em outras leis esparsas.

O TJDF (2019, p.2), ainda destaca os seguintes direitos: “Pedido de dano moral por presidiário – alegação de superlotação carcerária e de descumprimento de garantias legais e constitucionais – não ofensa a dignidade humana”, como se observa é possível que o

representante do preso ingresse com ação por dano moral em situação de superlotação no presídio.

Barbosa (2019), destaca alguns direitos do preso contemplados na parte geral do código penal lei n.2848/40, a saber:

a) o direito à individualização da pena, através do exame de classificação para cumprimento da pena privativa da liberdade, no regime fechado (art. 33, c/c o art. 34); b) o direito ao regime semi-aberto, se a pena de prisão é superior a quatro anos e não excede a oito anos (art. 33, §2º, letra b);

c) o direito ao regime aberto, se a pena de prisão for "igual ou inferior a quatro anos" (art. 33, §2º, letra c); d) no art. 37, a previsão de que "as mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio"; e) no art. 38, a previsão de que "o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade";

f) no art. 39, a previsão de que "o trabalho do preso será sempre remunerado, com direito à Previdência Social"; g) no art. 41, a certeza de que o doente mental "deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico";

h) no art. 42, a previsão da detração penal; i) no art. 43, parágrafo único, a substitutibilidade da pena de prisão por penas restritivas de direitos; j) no art. 60, §2º, a substitutividade da pena de prisão por multa; m) no art. 83, o direito ao livramento condicional; n) no art. 98, a previsão de que o relativamente imputável pode ter a pena de prisão que lhe foi imposta pelo órgão da jurisdição substituída pela internação ou pelo tratamento ambulatorial; o) e no art. 99, a previsão de que "o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento".

Assim, podemos observar que o preso possui inúmeros direitos no ordenamento jurídico brasileiro, como o direito ao instituto da detração, do livramento condicional e outros de fundamental importância, o que precisa ser feito pela administração pública é promover mecanismos que favoreça a garantia desses direitos de modo que chegue até os presidiários. Para este trabalho é de essencial importância compreendermos também,

que entre os principais direitos do preso está o direito a vida e a proteção a dignidade da pessoa humana, direitos constitucionais assegurados a todos os cidadãos brasileiros.

3. DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO QUANTO AOS PRESOS

O Estado ao restringir o direito de locomoção do cidadão deve garantir por meio das políticas criminais e dos seus agentes, segurança aos presos, pois ao restringirem sua liberdade cabe ao Estado resguardar e proteger a integridade física do encarcerado.

Alves (2020, p.2), expõe que:

Juridicamente, o Estado tem responsabilidade pela vida e integridade corporal dos indivíduos que se encontram sob sua custódia. Essa responsabilidade não pode ser acionada somente após a ocorrência do pior. Nas circunstâncias ocasionadas pela pandemia, não apenas as condições adequadas de saúde não conseguem ser asseguradas pelo sistema carcerário brasileiro, como são particularmente dificultadas quaisquer medidas de controle e resguardo através do aprisionamento

Como aponta o autor em comentário na medida que o indivíduo fica sob custódia, o Estado deve se responsabilizar pela saúde mental e física dos seus jurisdicionados, isso significa que qualquer dano suportado pelo preso durante a execução da pena deve ser ressarcido.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil se traduz como um importante instituto jurídico, pois obriga o infrator a indenizar a vítima pelos danos causados, com relação a essa temática, Mendonça (2019, p. 10), discorre que:

Há alguns institutos no ordenamento brasileiro que são importantes para a manutenção da ordem jurídica e colaboram para uma sociedade mais harmônica. Assim, o instituto da responsabilidade civil contribui para que as eventuais reparações causadas por um agente à uma vítima, por meio de um nexo de causalidade, seja ressarcida economicamente, perseguindo o status quo ante ao evento danoso. Nesta toada, é importante debruçar-se sobre seu estudo, de modo a desvendar suas especificidades e importância.

Um dos institutos de grande relevo para a promoção e harmonia da ordem social é o da responsabilidade civil, pois o cidadão precisa ficar atento para respeitar o seu limite e o espaço do outro. Assim, caso ocorra violação de direitos cabe ação de indenizatória com o fim de reparar os danos suportados pela vítima.

Podemos falar em responsabilidade civil na medida que nasce para alguém a obrigação de indenizar por ter causado dano ou prejuízo a outrem em virtude de ação ou omissão contrária a ordem jurídica (CARRÁ, 2010).

De acordo com a jurisprudência:

considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. (RE 580.225/ MS)

O Supremo tribunal federal já possui entendimento consolidado de que cabe ao Estado indenizar os presos por irregularidades que violem direitos fundamentais como danos morais dentro dos estabelecimentos prisionais.

Dessa forma, os agentes que trabalham nos presídios devem velar pela saúde e bem estar dos detentos, pois são seres humanos. Se esses funcionários que, obviamente, representam o Estado causar dano de qualquer natureza aos presos nasce o direito de ser ressarcido financeiramente pelo Estado (CF, ART. 5º, §6º).

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA E SUA RELAÇÃO COM O ESTADO

A responsabilidade civil está tipificada no ordenamento jurídico brasileiro, e a doutrina de acordo com o blog IDP (2022), classifica da seguinte forma: "Em síntese, a responsabilidade civil é classificada pela doutrina tanto em função da culpa (responsabilidade objetiva e subjetiva), como também em função da natureza (responsabilidade contratual e extracontratual)", então o que se pode ponderar é a classificação está relacionada ao elemento culpa e a natureza.

De acordo com o blog IDP (2022), a diferença reside no fato de que na responsabilidade subjetiva a vítima precisa provar a culpa do agente, e na objetiva não ocorre necessidade de comprovação de culpa.

No que diz respeito a responsabilidade do Estado, a doutrina aponta que:

Nesta toada de entendimento a esta pesquisa, um aspecto relevante chama a atenção em relação à responsabilidade objetiva, trata-se da dispensa da comprovação de culpa. Neste sentido, em regra, o Estado responde objetivamente por danos causados a terceiros, o que quer dizer que os lesionados não estão obrigados a demonstrar a culpa do Estado, mas tão somente a conduta, dano e nexo causal. Portanto, há uma diferenciação significativa na teoria da responsabilidade civil objetiva e subjetiva que concernem à responsabilização do Estado junto a seus jurisdicionados. (MENDONÇA, 2019, P.7)

De acordo com o autor em análise o Estado responde objetivamente, ou seja, o sujeito prejudicado não precisa provar a culpa, basta que demonstre a conduta, dano e nexo causal.

Dessa forma, o código civil de 2002 no seu artigo 43 preconiza que: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo” (BRASIL, 2002).

Entende-se do dispositivo que o Estado na condição de pessoa jurídica de direito público responde pelos atos que seus agentes praticar quanto causar lesão ou dano a terceiros de forma objetiva, mas cabe ao Estado o direito de regresso após análise subjetiva da ação, ou seja, se o agente no exercício de sua função agiu com dolo ou culpa.

3.3 DA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO

O Estado tem o dever de zelar pela integridade física e mental do preso sob sua tutela o que pode acarretar em indenização por danos suportados pelo apenado.

Sobre essa ótica a jurisprudência tem entendido que:

A 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo condenou o Estado a indenizar os pais de um preso esquizofrênico que cometeu suicídio dentro da cela da enfermaria de uma penitenciária. O Poder Público recorreu ao TJ alegando não haver prova de sua omissão, além de ser impossível prever a ocorrência de

um suicídio. Os argumentos foram afastados pelo relator, desembargador Marcelo Semer. "A alegada ausência de culpa, entretanto, não procede, seja porque era dever do Estado zelar pela sua incolumidade física; seja porque era dever do Estado custodiá-lo em instituição adequada; seja porque era dever do Estado prestar o atendimento de saúde necessário, diante da moléstia apresentada", disse. (VIAPIANA, 2021, p.1)

O tribunal de justiça do Estado de São Paulo foi condenado a indenizar os pais de um detento que cometeu suicídio na execução da pena, podemos observar a grande omissão do Estado em tomar as devidas providencias para impedir o suicídio do preso uma vez que era do conhecimento de todos que ele era esquizofrênico.

Para Aragão (2020, p.26), tanto o fato de agir como o de não agir pode ocasionar danos ao particular. Portanto, em um contexto de danos por omissão o Estado deve responder, pois foi sua negligencia que criou o ambiente decisivo para o resultado do evento danoso.

Assim, o Estado sendo mais forte nessa relação nasce para ele o dever legal de indenizar os danos ocorridos por ações omissivas.

4. TIPIFICAÇÃO DO HOMICÍDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O crime de homicídio está tipificado no artigo 121 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 nos seguintes termos:

Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Homicídio qualificado§ 2º Se o homicídio é cometido - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;II - por motivo futil;III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido - para assegurar a execução, a ocultação, a

impunidade ou vantagem de outro crime: Pena - reclusão, de doze a trinta anos (BRASIL, 1940).

Nota-se pelo dispositivo em análise que o ato de matar alguém é uma conduta típica com pena de reclusão de 6 a 20 anos na modalidade simples, essa pena ainda pode ser majorada se o homicídio for qualificado.

5. RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM CASO DE HOMICÍDIO DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA

Muito se discute acerca da responsabilidade do Estado dentro dos estabelecimentos prisionais, pois após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória nasce para o Estado o direito de punir, mas é preciso que a execução seja cumprida com condições dignas do ser humano.

Nesse ponto, Mendonça (2019, p. 12), destaca:

Dessarte, o estudo realiza algumas reflexões e inferências sobre a responsabilidade que o Estado brasileiro tem sobre seus jurisdicionados que estão sob a sua tutela dentro dos estabelecimentos prisionais. É preciso pesquisar sobre as formas com as quais o Estado se relaciona com estes indivíduos encarcerados e verificar até onde vai a sua responsabilidade em indenizar eventual agressão física, psíquica ou moral por parte dos próprios agentes estatais e, também, de outros detentos. Assim, aprecia-se a responsabilidade civil objetiva estatal para perquirir eventual indenização para estes detentos sob sua tutela.

No cumprimento da sentença o preso fica sob a tutela do Estado isso significa dizer que eventuais danos suportados como: agressão física, psíquica ou moral é passível de indenização pelo Estado.

Para Ortega (2018), no caso de morte de detento a responsabilidade do Estado é objetiva em função do seu dever de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX da CF/88. Dessa forma, ocorrendo óbito nos estabelecimentos prisionais não será preciso provar culpa do Estado o que facilita a indenização da família.

Ainda segundo o mesmo autor: "Exceção: o Estado poderá ser dispensado de indenizar se ele conseguir provar que a morte do detento não podia ser evitada. Neste

caso, rompe-se o nexo de causalidade entre o resultado morte e a omissão estatal” (Ortega, 2018). Podemos depreender que o Estado pode se eximir da responsabilidade se provar que a morte do preso seria inevitável.

A jurisprudência vem se consolidando respeito dos danos suportados por detentos nos estabelecimentos prisionais, de acordo com o site do Tribunal de Justiça do Paraná o Estado foi condenado a pagar danos morais por morte de preso:

O Estado do Paraná foi condenado a pagar R\$ 60.000,00 reais, por dano moral, à companheira e à filha de um presidiário (S.A.S.), assassinado por outros presos, a golpes de marreta e pá, na Penitenciária Estadual de Piraquara, durante uma rebelião. O valor da indenização será dividido entre as autoras da ação.

A decisão também determinou que o Estado pague uma pensão mensal à filha da vítima, no valor correspondente a dois terços do salário-mínimo, até a data em que esta completar 25 anos, contrair núpcias ou estabelecer união estável ou vier a falecer. (TJPR, 2015)

A decisão do TJ do Estado do Paraná se coaduna com a ordem jurídica vigente, pois no acórdão consta que o Estado foi condenado ao pagamento de danos morais devido o âmbito de um detento, essas decisões só ratifica a responsabilidade do Estado diante de tais circunstâncias. Essa postura dos tribunais abriu precedentes para as demais decisões que possam surgir a partir de contexto.

De acordo com relatório publicado pelo CNJ em 2017:

A superlotação dos estabelecimentos penais brasileiros é um exemplo claro de desvio de execução, vez que impõe à pessoa presa o sacrifício de direitos não abarcados nos limites da sentença, de forma ilegal, inconstitucional e humanamente intolerável. Em outras palavras, a superlotação resulta em um estado permanente de ilegalidade. O contingente carcerário que o Brasil apresenta é absolutamente incompatível com as estruturas de seus estabelecimentos penais ou as finalidades preconizadas pela Lei de Execução Penal. O princípio do *numerus clausus*, nesse sentido, atuaria como medida de contenção da superlotação e, conseqüentemente, de reparação do desvio de execução. (CNJ, 2017, P. 38).

Depreende-se do fragmento que as péssimas condições dos presos podem proporcionar problemas de saúde e até mesmo ocasionar a mortes dos detentos. A superlotação nos presídios precisa ser resolvida, pois como destaca o relatório trata-se de uma ilegalidade.

5.1 TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Para compreender melhor a responsabilidade do Estado frente ao evento morte nos presídios é fundamental conhecer essa teoria, pois é ela que rege a responsabilidade civil do Estado.

Nessa perspectiva Ortega (2018, p.4), ao discorrer da teoria do risco administrativo define que:

A responsabilidade do Estado é objetiva (a vítima lesada não precisa provar culpa). O Estado poderá eximir-se do dever de indenizar caso prove alguma causa excludente de responsabilidade: a) caso fortuito ou força maior) culpa exclusiva da vítima) culpa exclusiva de terceiro. É adotada como regra no Direito brasileiro.

Para a autora em análise a teoria do risco administrativo preceitua que a responsabilidade do Estado é objetiva, ou seja, ocorrendo o evento morte por ação ou omissão a família deve ser indenizada. Assim, o Estado assume o risco de um preso vir a óbito ao confina-lo no cárcere.

Para Silva (2017, p. 5), a responsabilidade civil do Estado tem sua origem quando a conduta dos seus agentes produz algum dano a outrem que neste caso deverá ser considerado a modalidade do risco administrativo. Pela inferência que podemos fazer ocorrendo dano ao preso aplica-se a teoria do risco administrativo.

5.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Nossos tribunais, seguindo os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (STF), tem adotado a teoria do risco administrativo consolidando o entendimento que há responsabilidade objetiva do Estado diante da morte de detentos dentro do sistema prisional brasileiro.

Essa teoria dispõe que deve existir o fato, o dano e o nexo causal, elementos indispensáveis para a caracterização da teoria do risco administrativo e que devem ser

analisados nos casos concretos. O fato, é que estando presentes referidos elementos a responsabilidade civil objetiva do Estado estará caracterizada.

Diante dessa perspectiva, passa-se a apresentar algumas jurisprudências que demonstram a aplicabilidade de referida teoria:

"(...) 2. A execução de sanção penal desempenha, entre outras, uma função repreensora, uma função psicológica e uma função social. Às autoridades incumbe zelar pela estrita observância desses três núcleos finalísticos. Entre os inúmeros encargos deles derivados, destaca-se o múnus inarredável do Estado de zelar pela vida e integridade física e mental daqueles sob sua custódia. Quem recebe poder de prender também recebe dever de impecavelmente cuidar e defender. Fratura desse feixe de mandamentos dispara, entre outras medidas, a responsabilidade civil objetiva por danos materiais e morais, sejam eles causados por ação ou por omissão dos agentes públicos. 3. Converter a prisão em antessala de túmulo não só transgrede direitos fundamentais celebrados em convenções e constituições, como também corrompe atributos elementares da concepção de humanidade. Quanto à possibilidade de punição, importa alertar que ao Estado se atribui o poder de condenar apenas e tão somente com penalidades previstas em lei - e nos termos exatos de formalidades, condicionamentos e salvaguardas estatuídos na lei -, nunca com castigo, morte ou lesão corporal extralegais e extrajudiciais. 4. Embora tenham sua liberdade refreada, os confinados de toda ordem mantêm a inteireza dos outros direitos ínsitos à dignidade humana. Em verdade, exatamente porque submetidos a providências coativas formuladas e implementadas pelo Estado em nome da sociedade, os detidos hão de receber proteção especial da Administração e do Judiciário. (...)" AgInt no REsp 1891253/CE

Repercussão Geral Tema 592/STF – Tese firmada:

"Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento." RE 12446763AgR/S

Como se observa o Estado tem a obrigação de zelar pela integridade física do apenado, além de cuidar também da saúde mental. Assim, não basta limitar o direito de ir e vir do preso para cumprir com a função repressora, é preciso garantir condições mínimas para o cumprimento da execução.

O supremo tribunal federal tem adotado a teoria do risco administrativo, consolidando assim o entendimento da responsabilidade objetiva por morte de detentos:

Trecho da ementa

"(...) 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 841.526/RS (Tema 592), adotou a teoria do risco administrativo, assentando haver responsabilidade objetiva do Estado pela morte do detento nas hipóteses de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, XLIX, da CF, seja ele vinculado a condutas comissivas ou omissivas (art. 37, § 6º, da CF) 2. É incontroverso nos autos que o Detento, genitor das Autoras, morreu nas dependências Penitenciária do Distrito Federal I, São Sebastião, Brasília DF, quando se encontrava sob custódia do Estado, não se tratando de mera omissão estatal, mas de descumprimento dos deveres objetivos de guarda e proteção que lhe são impostos. 3. O fato de o Preso ter falecido em decorrência de choque elétrico dentro da cela, devido a ligação clandestina realizada por ele não pode ser considerado acontecimento inevitável ou imprevisível, decorrente da culpa exclusiva da vítima, para romper o nexo causal e excluir a responsabilidade objetiva do Estado, exatamente pelos deveres objetivos de guarda e de proteção que lhe são impostos, ínsitos a própria atuação da Administração dentro de um presídio. 4. A omissão no dever de vigilância e fiscalização mostrou-se determinante para a ocorrência do dano e a existência do nexo causal e o mau funcionamento do serviço que ensejam obrigação estatal de indenizar as Autoras pela morte de seu Pai. 5. Não devem prosperar as alegações expostas nas razões do recurso no sentido de eximir o Distrito Federal da responsabilidade pela morte do Detento sob sua custódia atribuindo-a à conduta exclusiva a este, mormente quando a situação descrita nos autos exigia um dever específico de proteção. 6. No tocante ao dano moral, a morte de um ente querido, por si só,

desencadeia naturalmente uma sensação dolorosa de fácil e objetiva percepção e dispensa a demonstração, notadamente em razão da imprevisibilidade do evento, especialmente, no caso em apreço, a morte do Pai. A dor é presumida, tratando-se de dano moral in re ipsa, prescindível de qualquer prova a respeito.(...) (grifamos)"

Acórdão 1340903, 07041011820208070018, Relator Des.: ROBERTO FREITAS, Terceira Turma Cível, data de julgamento: 12/5/2021, publicado no PJe: 27/5/2021.

O Estado tem o dever de assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral, sob pena de responsabilização civil pelos danos morais causados em razão da violação dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Pelo levantamento da literatura podemos observar a precária situação em que se encontra os estabelecimentos penitenciários no nosso país, isso deve ser um foco de atenção porque possui reflexo direto nos direitos dos detentos dentro do sistema prisional brasileiro. Essa instabilidade precisa ser palco de discussão, pois os indivíduos encarcerados sofrem com a falta de segurança de referido sistema.

Assim, o que deve ser pontuado nos meios de comunicação, nos debates acadêmicos e nas conferências é o fato de que o preso possui o direito de locomoção e de liberdade limitados por incidir em conduta típica penal, mas, todos os demais direitos consagrados pela constituição e legislação esparsa devem ser garantidos. O que se observa é que com a limitação do direito de ir e vir, vários outros direitos são negados ao detento, o que acaba por configurar uma afronta ao Estado de direito.

Um outro ponto que deve ser debatido é sem dúvida o dever de proteção do Estado com relação ao preso, na medida que o indivíduo é colocado no cárcere fica sob a tutela do Estado. Isso denota que qualquer lesão ou ameaça a violação de direitos suportados pelo detento é passível de reparação, essa possibilidade de ser ressarcido é lógica se analisarmos pelo ponto de vista da relação homem e Estado.

Dessa forma, quando quem deveria proteger falha na sua missão que no caso é o Estado nasce a chamada responsabilidade civil, instituto de grande relevo porque o sujeito passivo passa a ter uma compensação dos prejuízos suportados durante o cumprimento da pena imposta pelo Juiz. Sabe-se que nosso ordenamento adotou a responsabilidade

objetiva do Estado, isso significa dizer que a vítima não precisa provar o elemento culpa, mas somente a conduta, o dano e o nexa causal.

Dentre as atrocidades encontradas nos estabelecimentos penitenciários podemos apontar o homicídio, conduta tipificada no ordenamento e a depender do contexto fático pode ser classificado como hediondo. Esse tipo penal foi criado para proteger nosso maior bem jurídico que é a vida, ora quanto vale uma vida? Com o fim desta existência todos os sonhos são encerrados, além dos prejuízos psicológicos da família, sem mencionar os filhos que irão crescer sem a presença da figura paterna.

Assim, a responsabilidade do Estado no caso de homicídio durante a execução da pena é objetiva, como já mencionado e explicado no presente trabalho, e a família deve ingressar com ação indenizatória por danos morais, além da possibilidade de pensão aos menores.

Por fim, a teoria do risco administrativo é o fundamento da responsabilidade civil do Estado, pois ela afirma que aos lesionados não é preciso prova a culpa do Estado sendo preciso somente a comprovação dos danos, do nexa e da conduta, pois seria difícil para a vítima conseguir elementos comprobatórios para instruir a peça acusatória.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cândice Lisboa. **A Covid-19 e as medidas de urgência para proteção de presos no Brasil**. Consultor jurídico, 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/opinioao-medidas-urgencia-protecao-presos> > acesso em: 06 de julho de 2022.

ARAGÃO, Patrícia Nunes. **A responsabilidade Estatal por omissão e os danos decorrentes da precariedade do sistema prisional brasileiro**. Disponível em: < <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/> > acesso em: 03 de setembro de 2022.

ARRUDA, Sande Nascimento de. Sistema carcerário brasileiro. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo, 2011.

BARBOSA, Licínio. **Direitos, garantias e deveres dos presos**, 2019. Disponível em: < http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002212217-direitos_gantias_deveres_presos.pdf > acesso em: 06 de julho de 2022.

BRASI, constituição federal, 1988. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em: 06 de
julho de 2022.

BRASIL, **código civil, 2002.** Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> acesso em 07 de
julho de 2022.

BRASIL, lei de execução penal. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm > acesso em: 06 de julho de 2022.

BRASIL. **Superior tribunal de justiça**, REsp 1891253/CE, relator ministro Hermam Bejamim, segunda turma cível, data de julgamento: 16/02/2021.disponível em:<
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205723177/inteiro-teor-1205723245>>
acesso em: 03 de setembro de 2022.

BRASIL. **Supremo tribunal federal**, Acórdão 1340903, 07041011820208070018, Relator Des.: ROBERTO FREITAS, Terceira Turma Cível, data de julgamento: 12/5/2021, publicado no PJe: 27/5/2021.

BRASIL. **Supremo tribunal federal, recurso extraordinário n.580.225/MS.** Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES, 16 de fevereiro de 2017. Disponível em:<
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623> >
acesso em: 06 de julho de 2022.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Aspectos das modalidades subjetiva e Objetiva no sistema atual de Responsabilidade civil brasileiro**, revista TRF 5º Região. Disponível em:<
<https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/75/71>> acesso em 07 de julho de 2022.

CNJ. **Relatório de gestão.** Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/wp-content/>> acesso em: 09 de julho de 2022.

Direitos assegurados ao preso. TJDF, 2019. Disponível em:< <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/direito-constitucional/direitos-assegurados-a-pessoa-presa-assistencias-familiar-material-a-saude-juridica-educacional-e-religiosa> > acesso em: 06 de julho de 2022.

Estado do Paraná é condenado a pagar R\$ 60 mil à companheira e à filha de um preso assassinado na Penitenciária de Piraquara, TJPN. Disponível em:< <https://www.tjpr.jus.br/noticias?p>> acesso em: 07 de julho de 2022.

Friede, Reis. **Os direitos humanos e as degradantes prisões brasileiras.** Jus brasil, 2022. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/98781/os-direitos-humanos-e-as-degradantes-prisoas-brasileiras>> acesso em: 09 de julho de 2022.

MENDONÇA, Cláudio Guilherme Lima. **A Responsabilidade Civil do Estado Por Mortes de Detentos no Sistema Prisional Brasileiro.** Âmbito jurídico, 2019. Disponível em:< <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-do-estado-por-mortes-de-detentos-no-sistema-prisional-brasileiro/> > acesso em: 05 de julho de 2022.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Responsabilidade civil do Estado em caso de morte de detento.** Jus Brasil, 2018. Disponível em:< <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/326062924/responsabilidade-civil-do-estado-em-caso-de-morte-de-detent>> acesso em: 07 de julho de 2022.

VIAPIANA, taboa. **Estado tem dever de proteger detento, inclusive contra si mesmo.** Consultor jurídico, 2021. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2021-mar-03/estado-dever-protoger-detento-inclusive-si-mesmo>> acesso em: 03 de setembro de 2022.

A PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER A PARTIR DA APLICABILIDADE DA LEI 14.164/2021 NAS REDES DE ENSINO BÁSICO

SHARA BARROS ALVES CEZAFAR:
Acadêmica do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA/IESMA.

LETÍCIA DE JESUS PEREIRA²⁶

(coautora)

RESUMO: O artigo científico ora apresentado possui o objetivo de demonstrar a importância do papel escolar na prevenção e combate à violência contra a mulher, a partir da aplicabilidade da Lei 14.164/2021 nas redes de ensino básico. Somente por meio da judicialização da violência doméstica e familiar, o encarceramento e a punição não apresentam as soluções mais adequadas para as formas de violências no qual as raízes sociais necessitam de profunda mudança nas relações de desigualdade entre homens e mulheres. Em razão disso, questiona-se qual a relevância e os impactos sociais da aplicabilidade da Lei 14.164/2021 para a prevenção da violência doméstica contra a mulher? A sustentação teórica delimitada ao longo do desenvolvimento do trabalho foi fundamentada sob a ótica da Lei 14.164/2021 e a Lei 11.340/2006, bem como, a pesquisas complementares a artigos jurídicos e livros publicados na Internet, averiguados em bases de dados como o Google Scholar e Capes. Caracteriza-se, portanto, como uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva. Ao longo do trabalho, concluiu-se que a educação é um espaço privilegiado para abordar questões do cotidiano e da sociedade, capaz de promover o desenvolvimento crítico das crianças, jovens e adolescentes e demonstra-se como um dos principais agentes para a redução da desigualdade de gênero.

Palavras-Chave: Violência contra a mulher. Educação. Prevenção. Redes de ensino básico.

Abstract: The scientific article presented here aims to demonstrate the importance of the school role in preventing and combating violence against women, based on the applicability of Law 14.164/2021 in basic education networks. Only through the judicialization of domestic and family violence, punishment and incarceration do not present the most adequate responses to the forms of violence in which the social roots need a profound change in the inequality relations between men and women. As a result,

²⁶Advogada. Assessora Jurídica (PGE/MA). Mestre pelo Programa de Pós Graduação em Formação Docente em Práticas Educativas (UFMA). Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito (UNIMAR). Especialista em Direito Penal e Processo Penal (Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus). Professora do Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão (IESMA/UNISULMA).

it is questioned what is the relevance and social impacts of the applicability of Law 14.164/2021 for the prevention of domestic violence against women? The theoretical support delimited throughout the development of the work was based on the perspective of Law 14.164/2021 and Law 11.340/2006, as well as complementary research to legal articles and books published on the Internet, verified in databases such as Google Scholar and Capes. It is characterized, therefore, as a bibliographical, qualitative and descriptive research. Throughout the work, it was concluded that education is a privileged space to address everyday issues and society, capable of promoting the critical development of children, young people and adolescents and demonstrates itself as one of the main agents for the reduction of inequality. of gender.

Keywords: Violence against women. Education. Prevention. Basic education networks.

1 INTRODUÇÃO

A recente alteração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996) promovida pela Lei 14.164/2021 de 10 de Junho de 2021, instituiu a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher como um currículo obrigatório em todas as instituições públicas e privadas do ensino da educação básica no país, a qual abrange a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio.

A nova legislação é consequência de uma luta incessante que preza pela proteção e integridade feminina, visto que as políticas de promoção à igualdade de gênero ainda se encontram sob intenso ataque de forças conservadoras que visam cercear os direitos das mulheres conquistados nas últimas décadas. Assim, é possível observar que somente por meio da judicialização da violência doméstica e familiar, a punição e o encarceramento não apresentam as soluções mais adequadas para as formas de violências no qual as raízes sociais necessitam de profunda transformação nas relações de desigualdade entre homens e mulheres.

Evidencia-se, dessa forma, a relevância da discussão no seio escolar acerca do direito das mulheres a viverem livre de violências, os direitos sexuais e reprodutivos, o direito à autodeterminação e a liberdade, condições essenciais para a dignidade humana. A atuação da educação por meio de dispositivos legais que viabilizem mecanismos de promoção ao desenvolvimento crítico das crianças, jovens e adolescentes de todo país, demonstra-se indispensável para cogitar práticas eficazes de prevenção e combate à violência doméstica e familiar contra a mulher desde a mais tenra idade, visto que, o ensino é um fator determinante para a redução da desigualdade de gênero.

Em razão disso, questiona-se qual a relevância e os impactos sociais da aplicabilidade da Lei 14.164/2021 para a prevenção da violência doméstica contra a

mulher? A presente pesquisa possui, portanto, o objetivo de apresentar a importância do papel escolar na prevenção e combate à violência contra a mulher, a partir da aplicabilidade da Lei 14.164/2021 nas redes de ensino básico, na medida em que os jovens possam se conscientizar a respeito do papel primordial exercido pelas mulheres no convívio social. Torna-se oportuno pontuar ainda, que a referida Lei reforça o arcabouço de princípios, garantias e regras contidas na Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, a qual prevê a criação de políticas públicas para proteção integral de mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Nesse sentido, a inovação ao abordar essas questões não apenas como um problema que afeta a vida individual da mulher que sofre violência, ou de sua família, mas como problema a ser enfrentado por meio da conscientização social e da transformação das relações entre homens e mulheres, meninas e meninos de todas as idades, constitui-se como um avanço crucial a ser discutido ao longo deste trabalho.

Para tanto, cumpre esclarecer que o trabalho foi dividido em três capítulos teóricos, discutidas inicialmente, as noções gerais acerca da Lei 14.164/2021, em seguida, a relevância do papel escolar no combate à violência contra mulheres. E por fim, a desconstrução cultural da violência contra a mulher por meio da educação. A sustentação teórica delimitada ao longo do desenvolvimento do trabalho foi fundamentada sob a ótica da Lei 14.164/2021 e a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), bem como, à pesquisas complementares a artigos jurídicos, sites de notícias e livros publicados na Internet, averiguados em bases de dados como o Scielo, Portal e Capes. Caracteriza-se, portanto, como uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE A LEI 14.164/2021

A publicação da Lei nº 14.164 ocorreu no dia 10 de junho de 2021 e modificou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), para introduzir nova matéria acerca da prevenção a violência contra as mulheres nos currículos de educação básica, bem como, a criação da “Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher”, evento educacional a ser organizado anualmente durante o mês de março, nas escolas de ensino básico da rede pública e privada. A proposta originária do Senado, foi aprovada pela Câmara dos Deputados e encontra-se em vigor desde a data de sua promulgação, 11 de junho de 2021.

Além disso, a partir da nova legislação é possível observar um complemento no artigo 26 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, estatuinto que os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos (LDBEN, 1996).

Dessa maneira, são apresentadas como requisitos para a grade curricular do ensino básico, disciplinas relacionadas aos direitos humanos, ao combate e prevenção dos diversos tipos de violência existentes contra a mulher, a criança e o adolescente, de modo à considerar as diretrizes da legislação correspondente, bem como a distinção e produção de material didático apropriado para cada nível de ensino. Nesse contexto, institui-se no artigo 2º do novo instrumento legal, a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher, que assim dispõe:

Art. 2º Fica instituída a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher, a ser realizada anualmente, no mês de março, em todas as instituições públicas e privadas de ensino da educação básica, com os seguintes objetivos:

I - contribuir para o conhecimento das disposições da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha);

II - impulsionar a reflexão crítica entre estudantes, profissionais da educação e comunidade escolar sobre a prevenção e o combate à violência contra a mulher;

III - integrar a comunidade escolar no desenvolvimento de estratégias para o enfrentamento das diversas formas de violência, notadamente contra a mulher;

IV - abordar os mecanismos de assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, seus instrumentos protetivos e os meios para o registro de denúncias;

V - capacitar educadores e conscientizar a comunidade sobre violência nas relações afetivas;

VI - promover a igualdade entre homens e mulheres, de modo a prevenir e acoibir a violência contra a mulher; e

VII - promover a produção e a distribuição de materiais educativos relativos ao combate da violência contra a mulher nas instituições de ensino (BRASIL, 2021).

A oportunidade em contribuir para o conhecimento das disposições da Lei Maria da Penha (11.340/2006) na rede de ensino, conforme o inciso primeiro do artigo supracitado, possui a finalidade de propiciar debates e discussões sobre questões históricas e culturais relacionadas à violência doméstica e as formas de enfrentamento deste mal, a fim de

conscientizar o corpo estudantil quanto à necessidade de prevenção e repressão a toda forma de discriminação contra a mulher, trabalhando, ao mesmo tempo, a formação de cidadãos com potencial para transformar o convívio social.

Nesse viés, compreende-se que, somente por meio da judicialização da violência doméstica e familiar, a punição e o encarceramento não apresentam as respostas mais adequadas para as formas de violências cujas raízes sociais demandam profunda transformação nas relações de desigualdade entre homens e mulheres. A educação surge, portanto, para exercer um papel fundamental neste sentido, a fim de dirimir esta problemática cultural e conscientizar jovens e crianças de todo o país.

Em conformidade com o art. 5º da Lei Maria da Penha, a violência doméstica e familiar contra a mulher é entendida como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (BRASIL, 2006). Denomina-se, dessa forma como:

Um fenômeno complexo, cujo tratamento demanda, para além da formulação de leis e da simples responsabilização do agressor, políticas públicas consistentes e sistemas jurídicos especiais para o seu enfrentamento, capazes de gerar reflexos de mudança nos comportamentos sociais, estes de raízes profundas e múltiplas nuances, que alcançam a construção cultural da sociedade (SITYÁ, 2019, p.11).

Assim, a nova previsão legislativa surge para atuar no combate à violência contra mulher para além do viés repressivo, discutindo o tema de maneira estrutural, para que no futuro os dados levantados evidenciem uma realidade diferente, com maior respeito e igualdade de gênero, tendo em vista que a escola manifesta-se como primeiro local a constatar os reflexos desagregadores do núcleo familiar em razão das agressões perpetradas pelo homem.

A educação não pode eximir-se do debate sobre a violência contra a mulher, esse fenômeno perverso possui raízes históricas e complexas, que são naturalizadas cotidianamente pela cultura do patriarcado. Fomentar o debate sobre o papel da educação diante da questão da violência contra a mulher é emergente, as estatísticas nacionais e municipais desvelam a complexidade desse fenômeno que necessita ser desconstruído (SILVA, 2017, p. 09).

Nesse sentido, abordar a igualdade de gênero no âmbito escolar é uma maneira de prevenir e educar as futuras gerações por meio da educação, chamar a atenção dos jovens para a gravidade do problema que é a violência contra a mulher e que isto deve ser de

toda forma repudiado, é uma forma de contribuir para que certas condutas não se reproduzam, demonstrando que esses atos ferem os direitos fundamentais do ser humano.

A partir da introdução de discussões acerca da problemática ora apresentada, espera-se que os alunos desenvolvam sua capacidade crítica e discernimento para combater este ciclo de violência desde a mais tenra idade, com o intuito de reverter todo este aprendizado em benefícios a longo prazo para toda sociedade. O seio escolar trata-se, portanto, de um cenário próprio para a abertura de debates e reflexões em torno de variados temas, motivo pelo qual a referida discussão torna-se imprescindível para ser esmiuçada a seguir.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO BRASIL

Todos os seres humanos são detentores de direitos essenciais para uma vida digna e harmônica em sociedade. Esses direitos encontram-se convencionados de acordo com os usos e costumes sociais, bem como, positivados em lei. Uma vez positivados, tais prerrogativas não podem se tornar mera letra da lei, por serem considerados direitos fundamentais concretamente efetivados. Dessa forma, Sarlet (1999) assevera que os direitos fundamentais são concretizações das exigências do princípio da dignidade humana.

No mesmo sentido, Pinho (2000) considera que os direitos fundamentais são indispensáveis à pessoa humana, sendo necessário para assegurar a todos uma existência digna, livre e igualitária. Assim, não basta que o Estado reconheça estes direitos formalmente, faz-se necessário concretizá-los no cotidiano dos cidadãos e de seus agentes.

Nesse viés, um dos direitos fundamentais mais importantes ao cidadão é a educação. Este direito faz parte da essência humana e é, portanto, indissociável à um indivíduo, não podendo ser retirado do homem, sob pena de ofensa à dignidade da pessoa humana.

A educação é uma das bases mais sólidas para o desenvolvimento do ser humano, pois trabalha seu intelecto desde os primeiros anos de vida no sentido de prepará-lo para todas as esferas da vida. Diante do reconhecimento de sua importância, foi consagrada como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988, sendo dever da família, da sociedade e do Estado à sua promoção com absoluta prioridade a criança, ao adolescente e ao jovem (BRASIL, 1988).

Além disso, a educação constitui-se como um dos elementos indispensáveis para a construção da personalidade de um indivíduo em todos os aspectos sociais, inclusive de

sua cidadania, possibilitando mudanças não apenas em sua vida, como na vida de outros cidadãos, visto que a educação possui o objetivo de preparar o ser humano para contribuir significativamente com a comunidade.

Destarte, o direito à educação faz-se um direito de todos, porque não classifica-se como um processo de especialização de alguns para certas funções na sociedade, mas a formação de cada um e de todos para a sua contribuição social integrada e nacional, que se constitui com a modificação do trabalho e as relações humanas (TEXEIRA, 1996). Em conformidade com Machado Júnior (2003), a educação é um direito de personalidade, que decorre da simples existência do ser humano, e que possui início com seu nascimento e termina apenas com sua morte. Esse direito não se refere tão somente a uma liberdade de aprendizagem, mas se configura como um direito social que todos podem exigir do Estado.

No mesmo sentido, o ilustre educador e filósofo Paulo Freire (1987) destaca que a educação é um instrumento de liberdade, que promove o desenvolvimento de uma consciência crítica, capaz de libertá-lo dos modelos pré-estabelecidos pela sociedade, contribuindo significativamente com uma sociedade melhor. Desse modo, a educação é classificada como um dos direitos sociais primordiais e encontra-se positivada no art. 6º da Constituição Federal de 1988, bem como em outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, além de estar assegurado em declarações, tratados, pactos e convenções internacionais.

Vale ressaltar ainda que, o Brasil é signatário de um conjunto de documentos que preveem garantir o direito à educação para todos os cidadãos. Dentre estes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que, em seu artigo 26, afirma que todo indivíduo possui direito à instrução gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais, visando o pleno desenvolvimento da personalidade humana (DUDH, 1948).

Além disso, o país também se comprometeu, na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, a preparar as crianças e os adolescentes para assumir uma vida responsável em uma sociedade livre, com espírito de harmonia, compreensão, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, entre outras determinações. Esse direito abrange todos os brasileiros que frequentam o âmbito educacional brasileiro, constituído pelas redes de ensino básico, superior e tecnológico.

Vê-se, dessa forma, que em todas as suas modalidades e níveis, a educação é um direito de todos, que deve ser prestado de forma contínua, plena e com qualidade. Logo, a efetividade desse direito é fundamental para a formação de cidadãos conscientes de seus direitos e deveres, bem como, para a construção de uma sociedade mais livre, justa e igualitária. Diante disso, cabe a escola difundir preceitos éticos e igualitários, assim como o respeito à pluralidade de diversidades. Diante disso, destaca-se que:

A educação não deve cultivar apenas conhecimentos, mas também o exercício de valores, a efetividade e a subjetividade humana necessários para negociar sentidos, além de estimular os alunos a relacionarem-se consigo e com os outros e a moverem-se no mundo atual com maior autonomia e pró-atividade. Uma educação que persiga a destreza física, a expressão corporal e a fluência comunicativa (SETUBAL; CARVALHO, 2017).

Ademais, faz-se imperioso reforçar que a educação é dever do Estado, da família e da sociedade (BRASIL, 1988). Considera-se como um serviço público essencial que deve ser prestado de forma contínua, gratuita e da melhor maneira possível, classifica-se dessa forma, como uma norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Em busca da concretização do direito à educação, as obrigações estatais encontram-se previstas no art. 208 da Carta Magna, que assim estabelece:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009);

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996);

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático

escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola (BRASIL, 1988).

No mesmo sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional dispõe no art. 22 que a educação “[...] possui por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores” (LDBEN, 1996). Além disso, a LDB preceitua ainda no art. 32 que a educação promoverá a formação do aluno cidadão, priorizando “[...] o desenvolvimento da capacidade de aprender, (...) a compreensão do ambiente natural e social e (...) o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social” (LDBEN, 1996).

Ante o exposto, depreende-se que a educação se constitui como uma ferramenta essencial para preparar um indivíduo a viver dignamente, possibilitando a melhoria na condição de vida, o conhecimento de direitos e deveres, o desenvolvimento das capacidades críticas e intelectuais de competências úteis à sociedade, contribuindo assim, para o desenvolvimento da cidadania. Considerando que todos devem ter acesso a este direito basilar, cabe discorrer sobre a importância de discutir a temática em questão e como a escola pode contribuir para a prevenção e combate à violência contra as mulheres no tópico a seguir.

4 O PAPEL ESCOLAR NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES

A promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção a violência contra a mulher, focadas no público escolar e sociedade em geral, são propostas indispensáveis para a construção de uma sociedade mais justa, livre e igualitária, na medida em que se almeja desenvolver uma postura crítica dos(as) alunos(as) em relação aos processos de naturalização e banalização da violência, em todas as suas formas. Considerando que a educação deve formar integralmente pessoas com capacidades crítica, criativa e participativa, de acordo com o que afirma Tonet, *in verbis*

Considera-se que a educação deve formar (...) indivíduos capazes de pensar com lógica, de ter autonomia moral; indivíduos que se tornem cidadãos capazes de contribuir para as transformações sociais, culturais, científicas e tecnológicas que garantam a paz, o progresso, uma vida saudável e a preservação do nosso planeta (TONET, 2016, p. 15).

Nesse viés, discutir a violência de gênero na educação, implica analisar os processos, as estratégias e as práticas sociais e culturais que produzem e/ou educam indivíduos, que investem em possibilidades de propor intervenções que permitam modificar, minimamente, as relações de poder vigentes na sociedade vivenciada. Dessa forma, torna-se fundamental que os jovens sejam estimulados a reflexões que possibilitem a compreensão das implicações éticas e políticas de diferentes posições sobre o tema, a fim de que construam sua própria opinião nesse debate.

[...] busca-se contribuir (...) com a escola em sua missão de formadora de pessoas dotadas de espírito crítico e de instrumentos conceituais para se posicionarem com equilíbrio em um mundo de diferenças e de infinitas variações. Pessoas que possam refletir sobre o acesso de todos/as à cidadania e compreender que, dentro dos limites da ética e dos direitos humanos, as diferenças devem ser respeitadas e promovidas e não utilizadas como critérios de exclusão social e política (CARRARA, 2018, p. 16).

Evidencia-se que a violência contra a mulher é uma mazela social com extensa proporção no Brasil e no mundo, uma vez que se constitui em uma das principais formas de violação dos direitos humanos. Em virtude disso, trazer aos jovens debates a respeito do papel tanto da mulher como do homem na sociedade, divulgar a Lei que protege as mulheres vítimas de violência e como fazer valer tal lei, é importante para que haja um impacto positivo nessa geração, visando desenvolver o entendimento com relação ao respeito para com a mulher como sujeito de direitos, preparando-os para a vida adulta.

Nesse contexto, torna-se indispensável informar jovens e crianças a respeito das estratégias de enfrentamento a este tipo de violência, bem como promover o empoderamento dos mesmos em possíveis situações de conflito familiar e violência doméstica a que possam estar expostos, visto que o Brasil ocupa o 5º lugar no *ranking* de violência doméstica no mundo, de acordo com os dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH, 2021).

Na contemporaneidade, o papel da escola é reduzir, em parte, os efeitos da desigualdade e preparar cada indivíduo para lutar e se defender, nas melhores condições

possíveis do cenário social. No mesmo sentido, envolve também, preparar os educandos a refletir criticamente sobre as mazelas sociais, e conduzir-se democraticamente em uma sociedade não democrática (GIMENO SACRISTÁN & PÉREZ GOMÉZ, 1998, p. 22-24).

Em conformidade com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, as redes de ensino infantil e fundamental possuem o objetivo de desenvolver a formação básica do cidadão, como a capacidade de compreensão do ambiente natural e social, formado nas atitudes e valores, fortalecido nos vínculos familiares, nos laços de solidariedade humana e da tolerância recíproca em que se assenta a vida social (art. 32º, LDBEN 9.394/96). Assim, a sala de aula é um espaço privilegiado que possibilita a criação de pensamentos críticos, reflexivos e práticos de uma atitude necessária ao progresso social.

No Brasil, sob o contexto do adultério, o homicídio de mulheres era considerado legítimo antes da República. O Código Criminal de 1830 amenizava o assassinato praticado pelo marido quando a mulher fosse infiel. No entanto, isso não ocorria de forma se o marido mantivesse relação constante com outra mulher, pois esta situação era vista como concubinato e não adultério.

Após décadas, a legislação foi evoluindo, como se pode perceber pela edição do Código Civil de 1916 que considerando o adultério de ambos os cônjuges motivação idônea para desquite (BLAY, 2003). Todavia, modificar a lei não alterou o costume de assassinar a esposa ou companheira, visto que, atualmente, quase 90% das vítimas de feminicídio no Brasil são mulheres mortas por ex-maridos ou ex-companheiros, conforme assevera o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2020).

O autor Appiah (2012), ao pesquisar como ocorrem as revoluções morais nas sociedades, a partir da análise dos códigos de honra, esclarece que a luta para superar a violência contra a mulher perdurará por anos, visto que ainda está distante de ocorrer uma revolução moral nesse aspecto, em virtude de ainda ser considerado possível assassinar mulheres em diversas partes do mundo, em nome de uma honra, da mesma forma que eram aceitos os duelos e a escravidão atlântica. Dessa forma, conforme o autor, a morte por questão de honra só findará quando for considerada uma desonra.

Compreende-se que a violência de gênero se classifica como uma mazela mundial e está presente praticamente em todos os países considerados civilizados. Ao longo da história, assassinar, agredir e estuprar mulheres, tornou-se cada vez mais comum. No advento da industrialização e urbanização do Brasil durante o século XIX, as mulheres sofreram diversas modificações em sua vida cotidiana, visto que passaram a ocupar os espaços públicos, a estudar, trabalhar em ambientes que não fossem domésticos, entre outros.

Entretanto, o posicionamento socioeconômico da mulher na sociedade não foi acompanhado pela educação e o desenvolvimento crítico dos indivíduos, razão pelo qual a violência contra a mulher ainda se faz presente na realidade brasileira e no mundo, desde a atualidade. Nesse sentido, Paulo Freire assevera que:

[...] Assim como o opressor, para oprimir, precisa de uma teoria da ação opressora, os oprimidos, para libertar-se, necessitam igualmente de uma teoria de sua ação. O opressor elabora a teoria de sua ação, necessariamente sem o povo, pois que é contra ele. O povo, por sua vez, enquanto esmagado e oprimido, introjetando o opressor, não pode, sozinho, constituir a teoria de sua ação libertadora. Somente no encontro com a liderança revolucionária, na comunhão de ambos, na práxis de ambos, é que esta teoria se faz e refaz. (FREIRE, 1987, p. 59).

Diante do raciocínio do autor, evidencia-se que para que haja a construção de uma sociedade mais livre, justa e igualitária, com mais respeito e melhoria das condições de vida das mulheres, é fundamental que haja um acompanhamento mútuo entre educação e igualdade de gênero. Nota-se ainda que, o machismo e o patriarcado ainda se fazem presente no âmbito escolar, por essa razão, é imprescindível que a educação seja promovida com fundamento na igualdade de gênero para prevenir a violência, caso contrário, o ciclo vicioso da objetificação da mulher, da misoginia, do machismo e da violência sempre será reproduzido. O primeiro passo para a prevenção da violência contra as mulheres é, portanto:

[...] o diálogo sobre a igualdade de gênero nas salas de aulas, visto que é a partir da perspectiva machista de que o homem é dono da mulher, gera-se a violência, na medida em que a figura feminina é reduzida a um objeto. A educação possibilita a quebra dessa "coisificação" e o entendimento de direitos iguais, de respeito a quem ela é, um sujeito de direitos, que possui autonomia sobre o seu corpo e suas escolhas (FILOMENA, 2020, n.p.).

No ano de 2019, foi realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE) a Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (PENSE), com estudantes entre o 7º ano do ensino fundamental ao 3º ano do ensino médio e foi possível constatar que: uma em cada cinco meninas, (20,1%) entre 13 e 17 anos já sofreu violência sexual. Assim, ressalta-se que o papel escolar não é disseminar apenas o conhecimento, mas contribuir na formação de uma geração mais esclarecida, consciente e menos preconceituosa.

A educação como forma de prevenção e coibição da violência contra a mulher é uma das ferramentas que pode ser utilizada nas escolas para dialogar acerca da temática e deve ser trabalhada com elementos do cotidiano, formando assim, crianças e jovens mais conscientes e menos violentas no futuro. O papel da escola é, portanto, possibilitar aprendizagens significativas que promovam a mudança e a redução das distinções sociais entre os gêneros existentes na sociedade, buscando contribuir na desconstrução de uma cultura preconceituosa, além de incentivar a reconstrução de uma sociedade mais justa, livre e igualitária, que trabalhe a justiça, o respeito, a igualdade de direitos e gêneros dentro das escolas e das comunidades.

5 A DESCONSTRUÇÃO CULTURAL DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO POR MEIO DA EDUCAÇÃO

A sociedade brasileira possui uma herança marcante do modelo burguês e colonialista de família, alicerçada por bases rigidamente patriarcais. Jovens e crianças são socializadas de acordo com estereótipos internalizados como ideais de gênero, fundamentadas por meio das diferenças biológicas e sexuais entre homens e mulheres. A partir disso, constroem-se discursos e práticas para difundir e promover educações de gêneros distintas.

O gênero masculino foi historicamente imposto como uma figura viril, que possui o poder para dominar e punir, enquanto a mulher é socializada para a resignação e obediência na presença de homens. Essa educação perpetuou-se por séculos no cenário social brasileiro e os resquícios deste mal permanecem até os dias atuais, reforçando a desigualdade presente nas relações entre homens e mulheres e aumentando, conseqüentemente, os índices de morte e violência contra mulheres.

Não obstante, as desigualdades e violência entre os gêneros são processos sociais, produtos da socialização desiguais entre os mesmos. Assim, a educação não pode eximir-se do debate sobre a violência contra a mulher, visto que, esse fenômeno perverso possui raízes históricas e complexas, que são naturalizadas cotidianamente pela cultura do patriarcado.

Fomentar o debate sobre o papel da educação diante da questão da violência contra a mulher é emergente, uma vez que as estatísticas nacionais e municipais desvelam a complexidade desse fenômeno que necessita ser desconstruído. Acredita-se que a educação possui um papel fundamental nesta discussão, visto que, a escola possui o dever de aprimorar o conhecimento intelectual, crítico e moral dos alunos, de modo a promover o pleno desenvolvimento do indivíduo como cidadão e como sujeito de direitos a fim de conviver de forma autônoma na sociedade.

Assim como o ambiente escolar pode reproduzir a imagem da mulher como cuidadora, passiva e frágil ou do homem como dominador, competitivo, controlador, também pode reverter essa ideia patriarcal e machista historicamente concebida para uma concepção que reпреenda a desigualdade de gênero, a discriminação e preconceito, visto que, o espaço escolar é um local relevante que produz, reproduz, reafirma, destrói e legitima imagens e representações de gênero e sexualidade (FERREIRA; LUZ, 2009, p. 37).

Ressalta-se, dessa forma, a necessidade de compreender que a discriminação e a desigualdade de gênero, não é algo natural na sociedade e tampouco pode ser aceita e tolerada como algo inerente a natureza do ser humano, posto que é internalizado durante a formação histórica, social e cultural das pessoas. Nas instituições escolares, observam-se várias configurações, visto que abarcam diversos atores advindos das mais variadas origens socioeconômicas, culturais e étnicas como: alunas, alunos; pais, mães, responsáveis; professoras, professores; funcionárias, funcionários; entre outros.

Logo, todos os sujeitos que compõe a comunidade escolar estão envolvidos neste processo educacional, mesmo que indiretamente e exercem, portanto, um papel essencial na transmissão de valores e ideologias, na reprodução ou não da ordem patriarcal de gênero. Nesta perspectiva, o ambiente escolar configura-se como um espaço importante para a transformação da ideia pré-concebida do masculino e feminino, bem como das representações de gênero, desencadeando processos reflexivos acerca da violência ora problematizada.

Para tanto, o Estado deve garantir capacitação continuada aos/às profissionais envolvidos/as diretamente com estes fenômenos, proporcionando-lhes meios adequados para pensar, planejar, monitorar e modificar ações de enfrentamento. A prática docente nesse movimento relaciona-se a assuntos de continuidade, mudança, equidade e justiça social (ZEICHNER, 2008, p. 69).

Além disso, é necessária a movimentação da comunidade escolar para que não se perpetue a violência, buscando estratégias eficazes que envolvam os atores sociais inseridos nestes espaços. O ambiente escolar é um espaço de transformação, socialização, muitas vezes de mediação, posto que nele as contradições podem ser desveladas e conflitos possam ser resolvidos.

Discutir sobre a promoção da igualdade nas relações de gênero em quaisquer âmbitos, significa (re)afirmar os Direitos Humanos e a Democracia, uma vez que a Declaração Universal dos Direitos Humanos juntamente à Carta Magna de 1988, parâmetro para todo o ordenamento jurídico brasileiro, declaram que todos os seres humanos nascem

livres e iguais em dignidade e em direitos e deveres, sem qualquer distinção de gênero (art. 1º, DUDH e art. 5º, *caput* da CRFB/88, respectivamente).

Portanto, promover esses espaços de reflexão e crítica sobre as relações de gênero constitui-se em uma forma indispensável de combater as desigualdades, opressões e exclusões, assim como busca o comprometimento por uma sociedade mais livre, justa e igualitária (BARRETO; SILVA, 2015).

6 CONCLUSÃO

Ao longo do desenvolvimento do trabalho, foi possível compreender que a escola é um espaço privilegiado para abordagem de questões do cotidiano e da sociedade, agindo como promotora de políticas e ações voltadas para o enfrentamento da violência contra a mulher. Compreende-se que a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) foi um marco importante para o ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de abranger os tipos de violência que afetam as mulheres diariamente. Entretanto, apesar do avanço expressivo promovido com a publicação da referida lei, os índices de violência contra as mulheres ainda permaneceram evidentes, demonstrando que ainda há a necessidade de discutir o assunto de forma estrutural.

A Lei 14.164/2021, surge, portanto, de maneira a evidenciar a importância de trazer a discussão da prevenção e enfrentamento à violência contra a mulher no ambiente escolar, reafirmando-se que "já se mete a colher em briga de marido e mulher" (SAFFIOTI, 1999). Assim, entende-se que a educação é o caminho para conscientização, reconhecimento das formas de violência, empoderamento, conhecimento da rede de proteção e, conseqüentemente, dignidade para as gerações presentes e vindouras.

A necessidade em estabelecer a discussão do combate à violência contra a mulher nas escolas decorre do fato de ser uma das formas mais eficazes em desmistificar concepções baseadas em uma cultura machista e patriarcal, que surge a partir de uma violência velada e tolerada pela sociedade que, por vezes, acredita que, por acontecer no ambiente familiar/doméstico não deve haver interferências de terceiros, dificultando o acesso da vítima à mecanismos de proteção do Estado e da própria comunidade em que está inserida, perpetuando-se as agressões.

Ao abordar a educação como direito fundamental, evidenciou-se sua respeitável posição no ordenamento jurídico brasileiro, sendo dever conjunto da sociedade, Estado e família. Em virtude disso, considera-se que a educação é possibilitadora de transformação social, mudanças de paradigmas e estereótipos que colocam a mulher em posição de inferioridade, subalternidade e discriminação. Contudo, para que isso seja possível na prática, faz-se necessário que o currículo escolar, juntamente com os docentes, promova atividades que tenham como objetivo a discussão acerca da prevenção deste mal, para que

as crianças, jovens e adolescentes desenvolvam sua capacidade crítica e discernimento para combater este ciclo de violência desde a mais tenra idade.

REFERÊNCIAS

ACNUDH, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Dimensões da violência contra DEFENSORAS DE DIREITOS HUMANOS no Brasil**, 2021. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2021/11/Relatorio-Defensoras-Violencia1.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

APPIAH, Kwame Anthony. **O código de honra: Como ocorrem as revoluções morais**. 1ª ed. Editora Companhia das Letras, 2012.

BARRETO, Raqueline Farias; SILVA, Josué Barreto. **Educação em Direitos Humanos em uma perspectiva de gênero na escola**. Revista de Educação Pública, Rio de Janeiro, v. 15, n. 21, p. 07-15, out. 2015. Disponível em: <http://educacaopublica.cederj.edu.br/revista/artigos/educacao-em-direitos-humanos-em-uma-perspectiva-de-genero-na-escola>. Acesso em: 01 dez. 2021.

BLAY, Eva Alterman. **Violência contra a mulher e políticas públicas**, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/ryqNRHj843kKKHjLkgrms9k>. Acesso em: 12 set. 2022.

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

BRASIL. Presidente da República, Secretaria-geral. **Lei nº 14.164, de 10 de junho de 2021**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para incluir conteúdo sobre a prevenção da violência contra a mulher nos currículos da educação básica, e institui a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 11 jun.

2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14164.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Presidente da República, Secretaria-geral. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Presidente da República, Secretaria-geral. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: MEC, 1996.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 21 set. 201.

CARRARA, Sérgio. **Educação, diferença, diversidade e desigualdade**. In: Gênero e diversidade na escola: formação de professoras/es em gênero, sexualidade, orientação sexual e relações étnico-raciais: livro de conteúdos. Brasília: MEC, 2018.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 01 dez. 2021.

FBSP, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

FERNANDES L. A.; Gomes, J. M. M. **Relatório de pesquisa nas Ciências Sociais: Características e modalidades de investigação**. ConTexto, Porto Alegre, v. 3, n. 4, 2016.

FERREIRA, A. B. H. **Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

FERREIRA, B.L.; LUZ, N. S. da. **Sexualidade e gênero na escola**. In: LUZ, N. S. da; CARVALHO, M. G. de; CASAGRANDE, L. S. (orgs.) Construindo a igualdade na diversidade: gênero e sexualidade na escola. Curitiba: UTFPR, 2009.

FILOMENA, Maria Brandão. **A educação no combate à violência contra a mulher**, 2020. Disponível em: <https://entretantoeducacao.com.br/educacao/educacao-combate-violencia-contra-mulheres/>. Acesso em: 01 set. 2022.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GIMENO SACRISTÁN, J; PÉREZ GOMÉZ, A. I. **Comprender e transformar o ensino**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. Ed. 5. Reimp. São Paulo: Atlas, 2007, p. 86.

PINHO, R. C. R. **Sinopse Jurídica: teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2000, v.17.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Já se mete a colher em briga de marido e mulher**. São Paulo Perspec., São Paulo, v. 13, n. 4, p. 82-91, dez. 1999. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88391999000400009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 set. 2021.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SETUBAL, M. A.; CARVALHO, M. do C. B. **Alguns parâmetros para a educação integral que se quer no Brasil**, 2017. Disponível em: <www.emaberto.inep.gov.br/index.php/emaberto/article/view2873/1886>. Acesso em: 10 set. 2022.

SITYÁ, Daniela Christina Klemz Eller. **A judicialização da violência doméstica e familiar contra a mulher no estado de Rondônia**. Orientador: Osmar Siena. 2019. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça) - Fundação Universidade Federal De Rondônia – UNIR, Porto Velho, 2019. Disponível em: <https://pergamum.tjro.jus.br/pergamumweb/vinculos/000000/0000008a.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

SILVA, Lana Claudia Macedo da. **Violência contra a mulher e educação: desafios e perspectivas da deam/belém, Pará, Brasil**. 13º Mundo de Mulheres & Fazendo gêneros: Transformações, conexões deslocamentos, Florianópolis, SC, ed. 13º, p. 9, 2017. DOI ISSN 2179-510X. Disponível em:

<http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1495290975_ARQUIVO_VIOLENCIACONTRAAMULHEREEDUCACAO.pdf>. Acesso em: 23 set. 2021.

TEIXEIRA, A. **Educação é um direito**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1996.

TORNET, Ivo. **Educação e formação humana**. In: Revista UNIOESTE. Foz do Iguaçu, v. 8, n. 9, p. 15, 2016.

ZEICHNER, K. M. **A pesquisa-ação e a formação docente voltada para a justiça social: um estudo de caso dos Estados Unidos**. In: DINIZ-PEREIRA, J. E.; ZEICHNER, K. M. (orgs.) A pesquisa na formação e no trabalho docente. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O ESPORTE – RELAÇÕES COM O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO DESPORTIVO

RENAN LUÍS DE AZEVEDO GANDOLFI: Bacharel em Direito pela USF – Universidade São Francisco de Bragança Paulista. Especializado em Direito Penal e Processo Penal pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Mestrando em Direito Penal pela PUC\SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Resumo: O presente artigo tem como escopo fazer uma analogia sobre as práticas restaurativas oriundas do sistema jurídico penal, sendo desenvolvidas e aplicadas no contexto do Juizado do Torcedor. Trata-se, portanto, de uma conjectura com foco na descoberta de suas concepções teóricas e metodológicas, sobre uma política pública voltada ao sistema autônomo do esporte, incrementando um novo perfil de justiça que seja capaz de oferecer meios satisfatórios de resolução de conflitos sociais.

Palavras-chave: Justiça restaurativa – autonomia desportiva – práticas alternativas de resolução de conflitos no esporte.

Abstract: The purpose of this article is to make an analogy about the restorative practices originating from the penal legal system, being developed and applied in the context of the Fan's Court. It is, therefore, a conjecture focused on the discovery of its theoretical and methodological conceptions, about a public policy aimed at the autonomous system of sport, increasing a new profile of justice that is capable of offering satisfactory means of resolving social conflicts.

Keywords: Restorative justice - sporting autonomy — alternative conflict resolution practices in sport.

1. INTRODUÇÃO

A justiça restaurativa no Brasil, é administrada pelo Poder Judiciário e se estabelece através do intuito uniforme de solução, resolução e pacificação dos conflitos e do cultivo da paz. A ideia de alternatividade, que muito se assemelha a dos Juizados Especiais Criminais, se exhibe em uma conjuntura de entrave frente ao paradigma punitivo do modelo retributivo, da penalização coletiva, das internações compulsórias, razão pela qual, muito embora, seja rotulado como um modelo em ascensão, não obstante, o arquétipo restaurativo de resolução de conflitos é modificado em algo muito distinto do que é demonstrado por seus princípios e valores. De tal forma que muitas das vezes acaba

perdendo seu espaço para o modelo de justiça criminal tradicional, tornando-se apenas uma alternativa.

Nesse sentimento, partindo da probabilidade de passagem para um novo modelo de justiça no Brasil, a presente pesquisa busca analisar o contexto de inserção das práticas restaurativas no esporte, em especial, junto ao Estatuto do Torcedor. Trata-se, portanto, de especulação sobre condições teóricas e condições sociológicas do padrão punitivo dominante (Justiça Penal Tradicional) e do padrão restaurativo em ascensão (Justiça Restaurativa), aproveitando-se das especificidades e complexidade dos conflitos relacionais que envolvem violências nos estádios.

Em síntese, como escopo do artigo resolveu-se: medir se o novo modelo de justiça (restaurativo) que orienta as práticas restaurativas desenvolvidas e aplicadas em alguns Juizados Especiais Criminais, também poderia ser inserido e aplicado com sucesso no Esporte. Objetiva-se, igualmente, analisar as potencialidades e riscos de aplicação das práticas restaurativas em conflitos marcados pela violência entre torcidas organizadas, e compreender como são desenvolvidas as práticas restaurativas em plena vigência da Lei 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor).

A problemática gira em torno do questionamento: como esse modelo alternativo de resolução de conflitos, direcionado ao sistema penal, pode ser aplicado ao Estatuto do torcedor? Como os valores, princípios e métodos usados na forma restaurativa de solucionar uma lide penal, podem interferir e se relacionar junto ao esporte? Como criar políticas públicas, não retributivas, e sim, restaurativas, também nos julgamentos de sanções disciplinares desportivas?

Nesse sentido, partindo do ponto que os métodos de resolução restaurativas que foram implantadas no âmbito penal não materializam o núcleo de princípios-valores-práticas que distinguem a justiça restaurativa, nisso, acredita-se que na seara do Juizado do Torcedor seria de grande êxito, reconhecendo suas dificuldades, riscos, desafios e limites.

2. JUSTIÇA RESTAURATIVA

Há tempos o padrão tradicional de justiça criminal vem sofrendo críticas por não alcançar a diminuição de delitos, bem como a inserção e ressocialização do apenado por não resolver os deslindes que se propõe a acabar na seara criminal.

Contudo, essa queda de legitimidade do sistema de justiça criminal no Brasil, majorada num molde neoliberal de ampliação da privação da liberdade, proporcionou uma abertura para os modelos alternativos não punitivos de controle social das condutas.

Frente uma análise de outras possibilidades à nível jurídico, sobressaiu, então, o debate sobre inovações na justiça tradicional, com um viés alternativo.

Nesse sentido, o judiciário foi se aquedando a esse novo movimento alternativo, iniciando a informalização e a criação de formas alternativas de administração de conflitos. Porém, as práticas informais de composição de conflitos só passaram a ser institucionalizados com o nascimento dos Juizados de Pequenas Causas (Lei 7.244/84), que, posteriormente, com a edição da Lei 9.099, ampliou sua competência, abrangendo também a esfera criminal, formando Juizados Especiais. Na atualidade, o enfoque tem sido a implementação da Justiça Restaurativa pelo Poder Judiciário, mas ela não está regulamentada ou prevista em lei (ALMEIDA, 2012).

Nos idos de 2010 o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução n. 125/2010, criando a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses”, no intuito de garantir a todos o direito à solução de conflitos, através de ferramentas que se adequem conforme a natureza e a especificidade do caso. Mais adiante, no ano de 2016, o CNJ, editou a Resolução n. 215/2016, que regulamenta de forma detalhada uma Política Nacional de Justiça Restaurativa no Brasil.

A partir da promulgação da Resolução começou o processo de implementação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e alguns programas de Justiça Restaurativa coordenados por estes. Os primeiros a iniciar essa reforma foram Rio Grande do Sul, São Paulo e Distrito Federal, com auxílio da Secretaria de Reforma do Judiciário (Ministério da Justiça) e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. (CNJ,2018a, p. 20)

No ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em conjunto com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), lançou a campanha nacional “Justiça Restaurativa no Brasil: a paz pede palavra”, com o fim de ampliar projetos que promovam a pacificação de conflitos, a difusão de práticas restaurativas e a redução da violência (CNJ, 2018a, p. 21-22).

Nesse sentido, desde 2005, três projetos-piloto foram implantados pelo poder judiciário em sincronia com os princípios e valores, de referência mundial, com as definições nacionais e locais, para se aplicar as práticas restaurativas, das quais, já são aplicadas em Varas da Infância e Juventude, nos Juizados Especiais Criminais, nos Juizados da Violência (ou Paz) doméstica, para a execução das penas e medidas alternativas e socioeducativas, e até nos Juizados do Torcedor (CNJ, 2018a, p. 45).

3. ESTATUTO DO TORCEDOR E SEU SURGIMENTO

O esporte em si, como um todo é marcado por disputas acirradas e muita rivalidade, reflexo do comportamento da sociedade. A competitividade no esporte, muitas vezes extrapola a esfera desportiva e parte para as arquibancadas, gerando uma disfunção social.

Percebe-se, que a rivalidade extra campo ganhou um viés mais violento, especialmente quando associados à ingestão de bebidas alcoólicas. A violência no futebol se converteu em um problema social complexo, que requer especial atenção do Estado. (RUARO, 2015).

O estopim para a violência nos estádios é a junção de torcidas apaixonadas pelo seu time de coração mais a ingestão de bebidas alcoólicas. Nesse sentido, a tomada de decisão em acabar com a venda de bebidas alcoólicas no interior dos estádios de futebol demonstrou ser medida preventiva de segurança eficaz, conforme dados estatísticos. A bebida alcoólica tem o poder de potencializar sensações e sentimentos, que, trazidas para a esfera do futebol pode colocar em risco não só os torcedores, mas famílias que vão aos estádios, pessoas circundam as imediações dos locais de competições, bem como, usuários do sistema de transporte público, prestadores de serviços, comerciantes e agentes públicos, pelo que os interesses comerciais não justificam o sacrifício do interesse social.

Nas últimas décadas, observa-se o grande aumento da violência entre torcedores de futebol, especialmente os que integram as chamadas torcidas organizadas. Essa situação é extremamente grave, principalmente nas grandes cidades, pois além das agressões físicas entre torcedores, muitas vezes levando-os à morte, há a prática de tráfico de drogas, vandalismo, tanto em bens particulares como públicos, com prejuízos econômicos. Em 2013, foi publicado pela Revista Lance Net, que de abril de 1988 até dezembro de 2013, o número de pessoas assassinadas no Brasil associado ao futebol corresponde a cifra de 234.

O Estado injeta demanda de tempo e dinheiro no intuito de conter as ações criminosas de membros das torcidas organizadas. A cada partida, um aparato policial é designado para os estádios de futebol e nos seus entornos, para prevenir atos criminosos, que antecipadamente os membros dessas torcidas já anunciaram, nas redes sociais, que iriam cometer.

Dentre as medidas tomadas, uma grande evolução legislativa foi a edição da Lei 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor), que institui normas de proteção e defesa do torcedor, bem como crimes e medidas de prevenção e repressão aos fenômenos de violência por ocasião de competições esportivas, e ainda a implementação dentro dos estádios de futebol, do Juizado do Torcedor.

Contudo, o Juizado do Torcedor não tem obtido sucesso na relação das informações em âmbito nacional bem como as medidas alternativas adotadas não têm surtido os reflexos pretendidos, haja vista o aparato tecnológico para auxiliar na devida fiscalização do controle de acesso ao estádio dos torcedores envolvidos com infrações penais, não está sendo utilizado, o que dificulta pois os infratores acabam acompanhando seus times em quaisquer Estados da Federação onde eles estiverem jogando e que continuam tendo o mesmo tipo de comportamento ilícito.

Após aceita a transação penal, o Ministério Público deve requerer que seja oficiada a Confederação Brasileira de Futebol e à Federação Estadual de Futebol, nos termos do art. 5º, § 1º, VI, c/c §§2º e 3º, do Estatuto do Torcedor, informando que o torcedor está impedido de comparecer nos jogos da agremiação a que torce, em determinado campeonato ou por determinado período, para que tais entidades publiquem a restrição na internet e afixem em local visível no lado externo das entradas do estádio. Porém, na forma como é feito o controle de acesso aos estádios atualmente, não se pode garantir que o infrator esteja efetivamente está cumprindo com tal medida. (RUARO, 2015).

4. JUSTIÇA RESTAURATIVA NO JUIZADO DO TORCEDOR

A Justiça Restaurativa surge como uma nova tendência sobre como lidar com crimes e conflitos, abalizada na mudança de mentalidade entre os envolvidos no sistema da Justiça, dando tratamento diverso na aplicação das medidas oriundas da prática de infrações penais, objetivando à mudança de comportamento do infrator.

O Manual “Justiça Restaurativa do Brasil – A paz pede a palavra”, da Associação dos Magistrados Brasileiros, traz um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, técnicas e ações, acerca da Justiça restaurativa, tratando os conflitos que causam danos são solucionados de modo estruturado, por meio de técnicas autocompositivas e consensuais de conflitos.

Nessa toada, a implementação de técnicas restaurativas a torcedores/infratores envolvidos com eventos futebolísticos simula uma nova possibilidade para a mudança de mentalidade desses torcedores, diante da reflexão pelos atos reprováveis praticados. Imagine-se juntar em um círculo restaurativo formado por torcedores/infratores rivais, que após vários contatos terapêuticos possam sair de lá aceitando e respeitando as diferenças, inclusive no campo futebolístico. E mais, quem sabe um dia consigam assistir aos jogos um ao lado do outro, sem qualquer conflito. (RUARO,2015).

Nesse sentido, para visualizar e compreender o que se passa com os torcedores das organizadas, é necessário fazer um pequeno recorte sobre alguns

assuntos, entre eles a importância do futebol, o que vem a ser violência, comportamento em grupo e o entendimento do que seja torcida organizada.

O futebol, de acordo como Reis (2006), é uma expressão da sociedade brasileira, misturando emoção e beleza, fascinando pessoas no Brasil e em inúmeros países. Já para Moraes (2012), é um espetáculo que possibilita emoções conexas à vida cotidiana.

Muito embora, haja interesse em focalizar o futebol como prática desportiva, pouco se conhece sobre os elementos subjetivos envolvidos nesta atividade. As condutas violentas dos torcedores, especialmente dos torcedores organizados, merece um estudo mais aprofundado.

Nesse olhar, é válido mencionar que a agressividade não é a mesma coisa que violência. Conforme Mangini (2008), apud Fiorelli, José Osmir e Mangini, Rozana C. Ragazzoni (2009):

"a agressividade faz parte da natureza do ser humano e o ajuda a superar dificuldades, porém quando o indivíduo não canaliza a agressividade para fins produtivos, deixando transparecer falta de estabilidade emocional, impulsividade e baixa tolerância a frustrações, pode surgir a violência, que seria uma atitude de transgressão as regras, normas e leis aceitas por determinada comunidade".

Avançando para a prática e metodológica, assim que identificados os torcedores envolvidos em conflitos em função do ambiente futebolístico e aceita a proposta de transação penal ou em caso de sentença penal condenatória, surgem várias perguntas:

- a) quais são as medidas a serem aplicadas durante o período cronológico de afastamento dos estádios?
- b) essas medidas apresentadas terão repercussões positivas, isto é, esses torcedores internalizarão que seus comportamentos foram errôneos?
- c) essas medidas poderão sinalizar uma nova conduta desses torcedores, deletando comportamentos violentos?

Essas são as grandes indagações que a própria Justiça tem obrigação de fazer. Procurando contribuir para uma melhor equação desse problema social sugere-se que a Justiça deva ter um posicionamento diferenciado para esses torcedores envolvidos

nesses ilícitos penais. A simples proibição de frequentar os estádios de futebol nos dias em que seus clubes de futebol estariam participando de jogos, recolhendo-os em salas de órgãos de segurança até que o espetáculo futebolístico tenha o seu término, não costuma produzir mudança de comportamento por parte do torcedor.

É imprescindível que esses torcedores, a maioria deles de torcidas organizadas, sejam instados a refletirem sobre suas condutas. Para isso, como já pontuado, não basta deixá-los em um espaço público durante o período cronológico do jogo de futebol, é necessário uma interação com eles.

A sugestão apresentada é aplicação da Justiça Restaurativa, no seu contexto ampliativo, e uma das opções seria a utilização de um trabalho psicológico com esse grupo de torcedores/infratores, objetivando perceberem o que fizeram, reflitam sobre esses atos e analisem com profundidade se efetivamente querem se comportar de forma diferente, não mais quebrando regras jurídicas e sociais.

Para tanto a proposta é reunir esses grupos de torcedores/infratores, periodicamente, através de determinação judicial, em um local adequado, com a presença de psicólogos e facilitadores, fornecidos pelo próprio Poder Judiciário, Ministério Público ou por faculdade/universidade pública ou particular, para a realização de um trabalho com contornos de terapia em grupo, nos moldes delineados pela Justiça Restaurativa.

Essa atividade permitiria que os próprios torcedores/infratores expressassem suas opiniões sobre temáticas como violência, comportamento em grupo, motivação para a prática da violência, influência de líderes no comportamento individual, sofrimento físico e psíquico causados a terceiros, prejuízos econômicos, perspectiva de nova mentalidade e de mudança comportamental e várias outras percepções internalizantes.

Essa técnica já aplicada com sucesso entre adolescentes em conflito com a lei, consiste, resumidamente, em demonstrar aos envolvidos que seus comportamentos devem ser baseados em virtudes morais, como empatia, amizade, honestidade, justiça, generosidade, trabalhando conceitos de moral e ética, e inibindo comportamentos antissociais, procurando fazer com que os envolvidos no grupo de estudo passem a respeitar a todos. Vale reiterar que essa técnica é apenas um referencial que poderá ser utilizado, mas é óbvio que caberá aos profissionais de psicologia encontrar as técnicas mais apropriadas para trabalharem com esse grupo de pessoas.

5. CONCLUSÃO

Não é possível a sociedade presenciar quase que semanalmente em várias cidades do Brasil, principalmente em grandes centros urbanos, o comportamento violento

dos torcedores organizados, sem que haja uma postura do Poder Público que afaste esses comportamentos inaceitáveis, afinal são torcedores que agem como criminosos.

Sem um estudo mais aprofundado dessa complexa situação, as Autoridades pouco conseguirão fazer para debelar esses comportamentos nefastos, que não apenas atingem os envolvidos, sejam eles réus ou vítimas, como abarca uma parcela da sociedade que deixa de frequentar o esporte mais popular do Brasil por medo de ser vítima desses torcedores, além de que há um gasto econômico de razoável monta por parte dos Estados Federativos e o dispêndio de uma mão de obra especializada que fica horas e horas apenas se dedicando a diminuir os conflitos entre os torcedores que previamente já sabem que ocorrerão, haja vista que avançados nas redes sociais.

Não basta o Direito e a Sociologia cuidarem desse assunto/problema, é imprescindível a presença da Ciência da Psicologia, que muito poderá contribuir para o estudo aprofundado desse “mal social”. Para que a Justiça procure fazer com que esses torcedores/infratores mudem de comportamento, não basta apenas deixar esses torcedores em espaços públicos nas horas dos jogos de futebol, sem interagí-los. Uma das hipóteses elencadas, por meio da Justiça Restaurativa, é realizar a intervenção de psicólogos com esses indivíduos, através de terapia com contornos de terapia em grupo, utilizando como umas das opções de ação o resgate do comportamento moral desses torcedores/infratores.

6. BIBLIOGRAFIA

ACHUTTI, Daniel. Justiça restaurativa e abolicionismo penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNEIRO, Henrique Figueiredo; SANTOS, Márcia Batista dos. *A lei e a anomia nas torcidas organizadas de futebol*. In: Arquivos Brasileiros de psicologia, volume 60, nº 3, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Analítico Propositivo**. Justiça pesquisa direitos e garantias fundamentais - entre as práticas retributivas e restaurativas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 25 de nov. de 2020.

_____. **Relatório Analítico Propositivo**. Justiça pesquisa direitos e garantias fundamentais - pilotando a justiça restaurativa: o papel do poder judiciário. 2018a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 25 nov. de 2020

GALEANO, Eduardo. Futebol ao sol e à sombra. Porto Alegre: L&PM, 2013.

GOMIDE, Paula Inez Cunha – Organizadora. Comportamento Moral. Uma Proposta para o Desenvolvimento das Virtudes. Curitiba: Juruá, 2012.

MURAD, Maurício. *A Violência e o Futebol: dos estudos clássicos aos dias de hoje*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

Noções elementares elaboradas pela Comissão Científica de Justiça Restaurativa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) para a campanha JUSTIÇA RESTAURATIVA DO BRASIL: A paz pede a palavra. Escola Nacional da Magistratura, 2015.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciunculla. **A construção da Justiça Restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário**: permanências e inovações no campo da administração de conflitos. 2017. 286f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2017.

_____. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, (Monografias, 52).

PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. *Torcidas Organizadas e Futebol: Violência e autoafirmação – Aspectos da Construção das Novas Relações Sociais*. Taubaté, SP. Vogal, 1997.

REIS, Heloisa Helena Baldy dos. *Futebol e violência*. Campinas: Autores Associados, 2006.

REIS, Heloisa Helena Baldy dos. Violência das Torcidas organizadas: *In*: Simpósio Internacional Sobre Hoolliganismo e Copa do Mundo de 2014, 1. Campinas: Centro de Estudos Avançados, 2011.

TOLEDO, Luiz Henrique. *Torcidas Organizadas de Futebol*. Campinas: Autores Associados, Anpocs, 1996.

TONCHE, J. A construção de um modelo “alternativo” de gestão de conflitos: usos e representações de justiça restaurativa no estado de São Paulo. 2015. 223 f. TESE (Doutorado em Sociologia) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia, USP. São Paulo, 2015.

JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO: UMA ANÁLISE DA SUA RELEVÂNCIA JURÍDICA NO MUNICÍPIO DE IMPERATRIZ-MA.

SAYMON STHEVANO FIGUEIREDO RODRIGUES:
Acadêmico de Direito na Faculdade FACIMP.
Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de
Imperatriz (NUPEJI).

FRANCINE ADILIA RODANTE FERRARI NABHAN²⁷

(coautora)

RESUMO: Essa pesquisa busca analisar as características do jus postulandi e sua aplicabilidade na justiça do trabalho. Tem como objetivo analisar o grau de necessidade do jus postulandi nos polos passivos e ativos da ação trabalhista, visto que se trata de um meio de acessibilidade ao poder judiciário. No desenvolvimento deste trabalho utiliza-se como metodologia a pesquisa qualitativa-quantitativa e exploratória, que, em sua forma técnica possui no quantitativo a intenção de promover a utilização de levantamentos capazes de compreendermos melhor a organização e o uso do fenômeno conhecido como Jus Postulandi. A análise será feita seguindo o método bibliográfico e documental, pois a presente pesquisa estará diante de assuntos teóricos. Para o levantamento de dados foi realizada pesquisa de campo junto a 1º vara do Trabalho da comarca de Imperatriz – MA. Por fim, conclui-se que o Jus Postulandi é de essencial importância para a justiça do trabalho e que ainda não estamos no momento evolutivo correto para revogar o instituto, sendo, portanto, necessário tornar o mesmo mais conhecido pela população em geral e fomentar o poder legislativo por soluções de curto e médio prazo.

PALAVRAS CHAVES: Direito do Trabalho; Jus Postulandi; aplicabilidade.

INTRODUÇÃO

No Brasil, o direito do trabalho teve seu início no período em que Getúlio Vargas sobe ao poder, entre 1930 a 1945, época que marcou pelo nascimento da Consolidação das Leis Trabalho hoje chamada e conhecida como CLT.

Como uma inovação a ser aplicada na justiça brasileira, o instituto do jus postulandi surgiu em 1943, juntamente com a consolidação das leis trabalhistas. O Jus postulandi é uma das principais características do Processo do Trabalho, uma vez que traduz a

²⁷ Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional – Universidade de Taubaté – (UNITAU), Especialista em Direito Tributário (Faculdade Damásio). Pesquisadora do Núcleo de pesquisas Jurídicas de Imperatriz – NUPEJI. Professora do curso de graduação em Direito da UNISULMA – IESMA e da FACIMP.

possibilidade das partes postularem pessoalmente na Justiça do Trabalho e acompanharem suas reclamações até o final, sem necessidade de advogado (art.791 CLT)

Ele foi polemizado por questões de cunho constitucional, por confrontar a norma suprema, onde verifica-se que o advogado é indispensável a administração da justiça, texto que se encontra no art.133 da Constituição Federal de 1988 que cita: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.", a capacidade postulatória trazida pela CLT batia de frente com a capacidade privativa do advogado protegida pela Carta Magna.

Nesses moldes, objetiva esclarecer como funciona o instituto do jus postulandi e seus conceitos adjacentes ao acesso à justiça, prosseguindo com o desenvolvimento será identificado por meio de uma pesquisa de campo, através de uma população específica, o grau da demanda do instituto. Através desse trabalho teremos uma melhor visão do tema.

A princípio, o art. 791 da CLT preceitua "Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final". Dessa forma, fica claro que a possibilidade de utilização do jus postulandi no setor trabalhista inclui apenas as relações de emprego, impossibilitando o uso nas demais relações de trabalho.

Com isso, no ano de 2017, a CLT obteve uma reforma, todavia, o artigo 791 não foi contemplado mantendo dessa forma a sua confusa redação. Logo por consequência, tem levantado muitas dúvidas, sobre a polêmica permanência do jus postulandi na maneira atual de como é descrita. Por isso, tratar do instituto na prática é importante, para que haja a possibilidade de esclarecer os seus entraves.

Com essa base conceitual, fica notório a polêmica existente a respeito da necessidade de ter ou não ter a presença de um advogado. Por certo, fica sobre esse artigo a finalidade de uma análise fática com a doutrina e a pesquisa de campo, de modo a esclarecer os principais pontos e características relacionados ao referido instituto do jus postulandi.

1 JUS POSTULANDI EM FACE DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça como princípio, vem atravessar antigos paradigmas, e hoje é uma unanimidade pela doutrina e pelo ordenamento jurídico. Tal princípio, visa proporcionar a todos sem qualquer restrição, respeitando o art.5º da Constituição Federal ao se referir a igualdade como tal preceito básico, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado para pôr fim alcançar o resultado útil do processo.

Muitos questionam constitucionalidade do instituto, que por sua vez, dividiu a doutrina e estudiosos, porém, no caso concreto a falta de um advogado no processo pode

parecer bom financeiramente, mas pode acarretar em prejuízos para a parte que optar postular em juízo sozinho, tendo em vista a dificuldade de comunicar-se com o magistrado impossibilitando o melhor convencimento do magistrado, ou até mesmo ao elencar direitos, tornando portanto, vicioso em alguns casos o procedimento e a sentença, apesar do princípio do *in dubio pro operário*. Para SHIAMI:

Sempre foi polêmica a questão do *jus postulandi* da parte na Justiça do Trabalho. Há quem o defenda, argumentando que é uma forma de viabilizar o acesso do trabalhador à Justiça, principalmente aquele que não tem condições de contratar um advogado. Outros defendem sua extinção, argumentando que, diante da complexidade do Direito Material do Trabalho e do Processo do Trabalho, já não é possível à parte postular sem advogado, havendo uma falsa impressão de acesso à justiça deferir à parte a capacidade postulatória. (SHIAMI, 2016, p. 331-332)

Faz-se necessário, conhecer o conceito temático do *jus postulandi*, bem como suas características, que por ora se conceitua como a capacidade destinada a alguém, com o devido interesse na justiça do trabalho de ser parte, para postular perante a vara do trabalho suas pretensões. Contudo, segundo os doutrinadores Miessa e Correia (2015) a respeito do *jus postulandi*, no processo trabalhista, aceita-se que tanto o empregado quanto o empregador devam comparecer pessoalmente ao tribunal sem a necessidade de advogado.

Contudo, as polêmicas pesam sobre o fundamento da constitucionalidade, e os direitos fundamentais que cooperam para o instituto prevalecer como necessidade social, com fulcro no princípio do acesso à justiça que tende a ser a origem do que se discute.

Nesse sentido, conforme leciona Martins (2011), a regra constitucional apenas enfatiza o peso do serviço prestado pelo o advogado, prestando status constitucional ao que já vigorava no art. 68 da Lei 4.215/63 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), nestes termos “no seu ministério privado o advogado presta serviços públicos, constituindo, com os juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça”. Portanto, isso não ratifica um conflito entre as normas mencionadas.

Com isso, o instituto do *jus postulandi* foi desenvolvido com o ideal de facilitar o acesso a tutela jurisdicional, as pessoas que possuem a pretensão de entrar com a reclamação trabalhista. Porém, de uma certa perspectiva o *jus postulandi* traz uma lógica equivocada na prática, pois o acesso à justiça na concepção atual não mais se refere ao

simples fato de recorrer em atos processuais, mas sim de um acesso efetivo a justiça, com uma proteção real de direitos que devem ser de forma célere respeitados.

Por tal razão, nasce a discussão da relação do jus postulandi e o acesso à justiça, ao parecer inimaginável que, os cidadãos sem uma certa gama de conhecimentos específicos, possam na sua melhor concepção ter de fato um efetivo acesso à justiça sem que a mesma, venha a ser assistida por um advogado. No entanto, de certo modo, o instituto leva em conta a primazia da realidade, ao trazer de fato e direito o real acesso à tutela jurisdicional.

2 JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Com o amadurecimento da CLT, o jus postulandi se torna norma expressa, e prevista no corpo normativo trabalhista, em seu art. 791, da Consolidação das Leis do Trabalho, onde diz que “Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.” logo, entende-se que na Justiça do trabalho o referido instituto, é a possibilidade das partes de se manifestarem no processo sem que as mesmas sejam assistidas, criando assim, a ausência da necessidade de um advogado.

Na justiça do trabalho, nos deparamos com três tipos de procedimentos trabalhistas, que são determinados pelo valor da causa. Com isso, o procedimento sumário, também conhecido como dissídio de alçada, está previsto na Lei nº 5.584/70 em seu artigo 2º, nos parágrafos 3º e 4º, e tem sua aplicação nas causas cujo o valor chega até 2 salários mínimos.

O segundo procedimento, é o sumaríssimo, que possui suas peculiaridades e está previsto nos artigos 852-A e 852-I da CLT, esse procedimento aplica-se nos dissídios individuais cujo o valor da causa não ultrapasse 40 salários mínimos, sendo que tanto nos dissídios de alçadas, quanto no procedimento sumaríssimo o valor desses salários é o valor vigente na data do ajuizamento da ação.

Dentro da justiça do trabalho também há o procedimento ordinário, ou melhor dizendo o procedimento comum, previsto no artigo 840 da CLT, e pode-se aplicar tal modalidade nas causas cujo o valor seja superior a 40 salários mínimos, sendo este o mais completo dos procedimentos fazendo com que os demais figurem de forma subsidiária.

Portanto, percebe-se a clareza dos procedimentos, com isso, nasce o destaca com relação ao ponto da acessibilidade, que em decorrência dos valores discutidos na justiça do trabalho, advém alguns procedimentos que nascem da necessidade da celeridade, já outros da exigência de ações mais detalhadas devido aos altos valores. Porém, o que esses tipos de procedimentos trabalhistas têm em comum, é o jus postulandi, que segundo o

artigo 791, resta claro que, é permitido as partes acompanhar suas relações trabalhistas independentemente da postulação advocatícia, por meio do referido instituto.

3 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Conforme mencionado, devido à peculiaridade do direito do trabalho, é necessário ter princípios próprios, orientando assim todo o trabalho da jurisdição a ser realizado, de acordo com a grande utopia da justiça social. No entanto, não podemos ignorar que neste ramo do direito, a parte frágil é o trabalhador, e o direito do trabalho deve criar e aplicar regras para proteger esse vínculo frágil, pois sabemos que os trabalhadores representam a parte mais frágil do conflito, que é essencialmente financeiro a natureza do problema. Nesse sentido, é moralmente lógico, a necessidade da existência de princípios e leis com o objetivo de igualdade entre as partes, e que com isso, seja pensado meios que não perturbem a subsistência do trabalhador, buscando a igualdade perante os tribunais. Os princípios são a base de todo o sistema jurídico e são essenciais para qualquer ramo do direito.

Nesse sentido temos o princípio *in dubio pro operario*, um termo que vem do latim com a tradução de “em caso de dúvida, deve-se beneficiar o operário”, seve para o caso de haver uma regra com diversas interpretações aplica-se a mais vantajosa ao profissional. São anos de aperfeiçoamento das normas até se adequar a esses princípios, fato esse que busca equilibrar a balança entre demandante e demandado para a melhor apreciação da justiça.

Existem também dois princípios que podem ser confundidos, e é de extrema importância ter o conhecimento para separa-los, são eles: o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica. Para esclarecer ambos os princípios bastam saber suas funcionalidades, bem, o primeiro se trata de quando houver duas normas vigentes para uma mesma situação jurídica aplica-se a mais vantajosa ao trabalhador, e o segundo princípio, consiste na preservação de cláusulas contratuais mais vantajosas ao empregado, afim de evitar prejuízos.

Ao analisarmos tais princípios, podemos observar algo em comum entre eles, todos colaboram como assistência para a melhor apreciação dos processos trabalhistas afim de romper a barreira do desequilíbrio entre as partes. O *jus postulandi* não é diferente, trata-se de uma finalidade de equilíbrio, de forma protetiva ao trabalhador, haja visto, a diversidade econômica entre os polos do processo trabalhistas, são normas e princípios que harmonicamente tendem para tornar possível a equiparação entre as partes.

4 DA LIDE NO PROCESSO

Não é novidade que a lide ocorre no momento em que há um conflito de interesse, onde as partes são convictas de seu posicionamento, com ambos os posicionamentos sendo contrários, e assim tal conflito se estende. A lide possui várias concepções, a mais simples é a que trata lide como sendo um conflito de interesses que rompe a inércia do judiciário, logo há uma confusão com o termo ação, porém uma maneira de diferenciar os conceitos é que a lide significa de forma mais direta demanda, e ação em poucas palavras é o direito subjetivo público de exigir do Estado a sua prestação jurisdicional.

A lide na justiça do trabalho, funciona de forma diferente dos demais órgãos, sendo um órgão com uma ideia de acessibilidade para os trabalhadores, ou quem demandar, e assim ter o devido acesso, isso só foi possível com o jus postulandi e não somente na justiça do trabalho, como em outros órgãos especializados do Estado. O procedimento seria um meio formal para a resolução dos conflitos, mas com a evolução do direito e da sociedade foi observado que postular em juízo não é mais uma mera questão de direito, e sim de acesso.

Ainda na lide, temos as capacidades de ser parte, capacidade processual e a capacidade postulatória, a capacidade de ser parte, no processo é relativo à aptidão da pessoa física ou jurídica para figurar-se como autor ou como réu, por tanto, sendo parte na relação processual, a capacidade processual se refere a capacidade para praticar atos processuais sozinho sem a necessidade de estar sendo assistida por profissionais do direito, já a capacidade postulatória é a aptidão para postular em juízo, o que normalmente é exercido pelo advogado, porém com o jus postulandi essa capacidade poderá ser exercida pelas partes sem que sejam profissionais do direito.

Para que se forme o processo, o réu deve ser citado, dando assim, a parte ré o conhecimento da lide, podendo até mesmo ser parte um ente sem personalidade jurídica, basta haver pretensão quanto ao direito ferido ou violado para que nasça a pretensão. Nesses termos, um direito ferido dá à luz a lide, e uma das formas de demandar juridicamente sobre o direito violado, é através do jus postulandi, que com suas devidas limitações permite que a parte demande em juízo, sendo possível somente nas varas do trabalho e nos Tribunais Regionais do Trabalho, de acordo com sumula nº425 do TST.

No direito processual, quando se forma o processo, exatamente no momento em que a parte ré é citada, podendo até mesmo ser parte um ente sem personalidade jurídica, basta que se faça presente a pretensão do direito ferido ou violado nos tratamentos sociais. Com isso, através do entendimento do TST, na sumula nº425, compreende que o instituto do jus postulandi limita-se apenas as varas do trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho.

Portando a eminente proposta jurídica do instituto é diminuir a diferença entre ambas as partes. A lide produz temas dos mais diversos e no direito do trabalho as

discussões pesam quando se trata de subsistência e conseqüentemente de acesso à justiça, afinal, é criado um elo economicamente frágil com a demanda sendo uma vertente necessária e ao mesmo tempo que gera uma inviabilidade financeira por parte do reclamante.

5. DA IMPORTÂNCIA FATICA DO INSTITUTO NOS TEMPOS DE PANDEMIA

Nos últimos anos, o cenário brasileiro vem se mostrando cada vez mais dependente do instituto, pois financeiramente o país não demonstra uma base sólida, e dentro da atual situação brasileira, é importante entender que a pandemia trouxe uma perspectiva diferente sobre o jus postulandi na justiça do trabalho, onde fora convenientemente necessário a aplicação peculiar de dispositivos que tratam do instituído.

Na duração da pandemia da covid-19, ouve uma alteração na forma de tratamento do jus postulandi, que viu surgir sua aplicação diante da recomendação 8 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, que na ocasião foi publicada em 23 de junho de 2020. Os tribunais regionais recomendam a adoção de medidas que na sua efetividade passa a viabilizar alternância virtual e atendimento às jurisdições necessárias para que o instituto seja plenamente implementado, enquanto persistirem as restrições vinculados a pandemia. De fato, recomenda-se o nascer de uma estrutura na Justiça do Trabalho onde os processos possam ser recebidos sem a assistência de advogado.

De fato, o judiciário, com a publicação de referida resolução, pretendia tentar agilizar os processos na esfera do direito do trabalho durante uma calamidade pública causada pelo covid19. Novamente, porém, surge a questão das conseqüências da supressão dos direitos das partes, uma vez que tende a ignorar e talvez anular o princípio da proteção e do acesso equilibrado à justiça, ao não amparar direitos substantivos e processuais para o trabalhador, que ingressa no judiciário sem a ajuda de um profissional.

6. A INFLUÊNCIA DO JUS POSTULANDI NA EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Com o tempo, surgiram greves e revoltas sociais, por causa de abusos insustentáveis do empregador contra os trabalhadores, como: trabalhar mais de 14 horas por dia, salários baixos, exploração de mulheres e crianças, que muitas vezes são sobrecarregadas com salários mais baixos, do que lhe era devido.

Com as ocorrências de greves e a constante inflamação social, o Estado observou que a situação precisava de mudanças, logo uma das tomadas de decisões foi intervir nos conflitos entre patrões e empregados, para que se encontre ali a possibilidade de um

acordo, um consenso entre empregado e empregadores sem prejudicar ambas as partes. Na época, também foi criada uma forma de mediação, onde exigia a presença de um representante do estado para resolver a lide.

No entanto essas tentativas não solucionaram as mazelas sociais da época, tornando o Estado a “estaca zero”, e com isso tudo, houve uma grande pressão sobre o Estado que a partir de então começa a fazer normas para proteger o trabalhador na tentativa de equilibrar a balança.

Com o passar dos tempos, com a promulgação da Carta de 1946 a Justiça do Trabalho passou a integrar a estrutura exploratória do poder judiciário, com todas as garantias inerentes aos juízes. Desse modo, a Justiça do Trabalho inclui: Tribunais Superiores do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Comissões de Mediação e Julgamento. No entanto, não havia a organização, e a logística de órgão evoluído e célere com o aperfeiçoamento que se encontra nos dias atuais.

Somente depois de 1988 com a instauração do Estado Democrático de Direito é que surgiu os avanços jurídicos de fato, onde os sindicatos e a máquina estatal não eram mais conexos. O aspecto mais importante da Justiça do Trabalho é o Jus Postulandi, que visa garantir aos trabalhadores o acesso a justiça, gerando o poder de processar seus empregadores sem a necessidade da presença de um advogado. Posição tecnicamente polêmica e socialmente aceitável, pois nesses 33 anos de Constituição Federal, verifica-se que a cada ano que passa a necessidade de acesso a justiça do trabalho para o desenvolvimento socioeconômico do país está se tornando cada vez mais evidente, e a demanda jurídica está aumentando a cada dia.

7. O JUS POSTULANDI NA SEGUNDA VARA DO TRABALHO DE IMPERATRIZ

De forma direta, para a realização deste trabalho foi necessário uma pesquisa mais profunda no assunto, e para tanto foi realizado uma pesquisa de campo no município de Imperatriz, local em que analisamos a reação e comportamento do instituto do jus postulandi de forma mais minuciosa.

Nos períodos de janeiro a maio, do ano de 2022 foi realizada essa pesquisa de campo com a coleta de dados e entrevista a magistrada trabalhista da 2ª Vara do Trabalho de Imperatriz. Durante os estudos foram analisados diversos fatores para se tornar possível estabelecer apontamentos quanto as características do instituto, sua eficácia e também sobre suas finalidades.

No desenvolver do projeto descobrimos as principais demandas e as condições processuais para que a magistrada pudesse sugerir a utilização do jus postulandi, a magistrada explica com detalhes os pontos analisados por ela para sugerir o jus postulandi

as partes, nesse contexto foi perguntado durante a entrevista se as partes são melhores assistidas com ou sem o auxílio dos advogados, e sua resposta foi “ Depende do caso, pois quando o processo versa sobre matéria simples não há diferença significativa, mas nos casos mais complexos uma defesa técnica faz falta”.

Com base nas afirmações da juíza, foi observado que existe uma diferença técnica, porém que depende da complexidade das causas, quando a magistrada cita “matéria simples” a juíza se refere-se ao número de objetos da demanda e ela afirma que quando há apenas uma demanda, um direito a ser assistido não há a necessidade de advogado. O cenário muda quando se trata do inverso onde a magistrada fala de “casos mais complexos” nesse momento a tratativa está relacionado aos números de demanda para apenas um único demandante.

	Casos com jus postulandi	Demanda	Total de processos nas duas Varas de Imperatriz (Período dez/21 a maio/22)
Número de processos na 1° vara	19 casos	Verbas rescisórias	
Número de processos na 2° vara	19 casos	Verbas rescisórias	38

Fonte: pesquisa de campo do autor.

O município de Imperatriz possui suas peculiaridades próprias para provocar as demandas neste ritmo apurado, temos em 6 meses um total de 38 casos com a utilização do jus postulandi divididos em duas varas trabalhistas. Nesse sentido, para justificar essa média de demandas, são vários os fatores socioculturais que fazem com que Imperatriz-MA tenha esse número médio de casos, uma das peculiaridades muito pertinente é a economia regional do município.

7.1 PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE OS PROCESSOS COM O JUS POSTULANDI E OS PROCESSOS SEM O INSTITUTO

Com fulcro nas pesquisas realizadas, observa-se algumas diferenças nos procedimentos admitidos pela magistrada, ao decorrer das audiências, a magistrada direciona as partes ao acordo e não havendo o acordo, a autoridade busca por analisar se

é o caso da aplicação ou não do jus postulandi. Logo, ao dar seguimento aos atos processuais, é feito reexame do caso nas diferenças que tornam o instituto essencial para a aplicação da lei ao caso concreto.

A principal diferença está na matéria, quando a lide trata de matéria simples, não há diferença em as partes serem ou não assistidas, porém, quando se trata de matérias mais complexas, geralmente com mais de duas demandas, aí o cenário muda, pois, a assistência técnica de um advogado acaba fazendo falta, deixando inviável o seguimento das diligências e dos demais atos processuais.

Logo na segunda pergunta que o autor dirigiu a magistrada, foi questionada sobre se é mais conveniente ou inconveniente, seguir com ou sem jus postulandi, a juíza respondeu que “em regra é mais fácil fazer audiências e conduzir o processo quando as partes estão acompanhadas de advogado, porque o advogado conhece o direito e o trâmite processual”.

Nessa fala, a entrevistada procura explicar que na prática é melhor assistido a parte que possui um acompanhamento profissional, visto que o demandante e demandado carece de conhecimento técnico, nesse momento processual, a magistrada alonga as audiências por conta de ter que explicar o que está acontecendo e o que irá acontecer no decorrer do processo. Por tanto, ressalta-se a importância do advogado, esse posicionamento da magistrada possui base doutrinária forte, onde as complexidades das demandas não comportam o instituto do jus postulandi. Para CISNEIRO:

A notória complexidade das lides trabalhistas não mais comporta o jus postulandi, principalmente com a chegada do PJE-Processo Judicial Eletrônico. Desprezar, hodiernamente, a imprescindibilidade do advogado, data vênia, é ignorar a realidade. (CISNEIROS, 2016, p.18-19)

Contudo, nota-se uma polêmica acerca da utilização do instituto, levando em conta as complexidades impostas nas lides, ainda mais nos dias atuais onde existe um sistema eletrônico para dar seguimentos ao processo tornando a presença do profissional imprescindível aos trâmites legais na justiça do trabalho.

CONCLUSÃO

No desenvolvimento deste trabalho, buscou-se analisar a pesquisa de campo realizada e as mais recentes teorias a cerca da temática abordada, buscando uma relação de como os magistrados trabalhistas atuam, com a possibilidade de utilizar o referido instituto como ferramenta disponível. Verificamos assim, que uma das formas de prestar visibilidade ao segmento socioeconômico mais vulnerável, é esse instituto, que se volta de

forma geral para as partes como mais um recurso para manter o interesse processual vivo, respeitando os princípios e adequando as normas para sua aplicabilidade.

No que tange ao instituto do jus postulandi, destaca-se que polêmicas existem, mas um ponto importante nesse debate é que o mesmo busca equiparar as partes, garantindo acessibilidade ao empregado hipossuficiente.

A verdade sobre o instituto é que, embora pareça inesperado para a atual forma de processo da justiça trabalhista, ele se torna cada vez mais necessário. Porém, com as inovações que são introduzidas no processo, acaba distanciando e dificultando cada vez mais o seu uso, isso acontece com a nova forma de controle do processo, sendo uma forma mais rápida o PJE (processo judicial eletrônico), referido sistema dificulta a possibilidade de uso do jus postulandi, pois as partes não possuem esse acesso digital, para acompanhar as movimentações de seus processos. Infelizmente, o jus postulandi, que se destinava principalmente a garantir o acesso das partes à justiça, não atingiu seus objetivos, e termina havendo a necessidade do apoio de profissionais qualificados, neste caso, defensores públicos e advogados.

Nesse sentido, percebe-se que ainda não estamos no momento evolutivo correto para revogar o instituto, nesse caso, o importante é fomentar o poder legislativo por soluções de curto e médio prazo, atendendo uma transição saudável para que a sociedade não perca a prerrogativa de postular sem custos maiores. Fazendo uma análise nacional, a tendência pela decadência do instituto está ligado a algo técnico processual e não aos anseios dos brasileiros.

Contudo, os dados colhidos neste trabalho, confirmam a utilidade do jus postulandi e seus reflexos sociais, que são impactos positivos, e apesar da ampla divergência doutrinária, o instituto se mostra capaz de atender seus objetivos, de forma mais simples, as varas do trabalho observadas durante a pesquisa, se mostram capazes de manter o instituto, tendo em vista que o município de Imperatriz, ainda que analisado apenas nas duas varas do trabalho, possui números bastante expressivos, no sentido de que há espaço para postular em nome próprio, haja visto os anseios sociais em conjunto com os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Elisson e CORREIA, Henrique, **Temas Atuais de Direito e Processo do Trabalho**, v. 4, ed. Jus Podivm, São Paulo, 2015, 643 págs.

CISNEIROS, Gustavo. Manual de audiência e prática trabalhista: indicado para advogados. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 23.

Constituição. Planalto.gov.br. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 maio 2022.

Consolidação das Leis do Trabalho. DEL5452. Planalto.gov.br. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 24 set. 2022.

DIAS, Bruna Silveira. **O INSTITUTO DO JUS POSTULANDI NO PROCESSO DO TRABALHO E OS REFLEXOS NO ACESSO À JUSTIÇA.** Juridicocerto.com. Disponível em: <[FRANCO, Marcel Rocha. **A inconstitucionalidade do Jus Postulandi.** Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69536/a-inconstitucionalidade-do-jus-postulandi/2>>. Acesso em: 21 maio 2022.](https://juridicocerto.com/p/bruna-silveira-dias/artigos/o-instituto-do-jus-postulandi-no-processo-do-trabalho-e-os-reflexos-no-acesso-a-justica-3496#:~:text=O%20instituto%20do%20Jus%20Postulandi%20surgiu%20com%20a%20necessidade%20de,viabilizando%20tamb%C3%A9m%20a%20celeridade%20processual.>>. Acesso em: 9 jun. 2022.</p></div><div data-bbox=)

NASCIMENTO BOMFIM, Gabriel Lucas. FACULDADE DE SABARÁ JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. [s.l.: s.n.], 2017. Disponível em: <<https://www.faculdadesabara.com.br/media/attachments/monografias/Monografia-Gabriel-Lucas-Bomfim-Nascimento.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2022.

POLLIS, Carolina e CAICINI, Ricardo. **O jus postulandi na Justiça do Trabalho e a pandemia da covid-19 - Migalhas.** Migalhas.com.br. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/337375/o-jus-postulandi-na-justica-do-trabalho-e-a-pandemia-da-covid-19>>. Acesso em: 21 maio 2022.

SCHIAVI, Mauro. **PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO MAURO SCHIAVI NOVA LEITURA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO DOUTORADO EM DIREITO.** [s.l.: s.n.], 2012. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5779/1/Mauro%20Schiavi.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2022.

TEORIA DOS JOGOS: CONCEITOS FUNDAMENTAIS, FUNDAMENTOS TEÓRICOS E APLICAÇÕES NO MUNDO JURÍDICO

FELIPE TARGÃO SEGURA: Substituto do 3º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Campinas-SP, graduado em Direito pela Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque, mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito

FLÁVIO GABRIEL GUILARDUCCI CERQUEIRA²⁸

(coautor)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo promover uma análise contemporânea das tomadas de decisões de forma estratégica, demonstrando que é possível empregar uma fórmula matemática para alcançar resultados objetivamente mais favoráveis, empregando a tão premiada Teoria dos Jogos, demonstrando suas diversas aplicações no mundo jurídico. Preliminarmente traz breve histórico da teoria dos jogos, quais são os fatores necessários que devem estar presentes para o seu desenvolvimento, forma de encontrar o ponto de equilíbrio entre os jogadores, observando os resultados, por meio da estratégia da dominância e pelo equilíbrio de Nash. Terminando a parte de apresentação da teoria dos jogos, é estudado o Dilema dos Prisioneiros, o jogo mais famoso da teoria dos jogos. A seguir, passa-se ao estudo das formas pelas quais o estudo jurídico tem se aproveitado da teoria dos jogos, com a apresentação de trabalhos científicos que utilizam essa abordagem teórica para chegar a conclusões para questões envolvendo o direito.

Palavras-chave: Teoria dos jogos, análise comportamental, solução de conflitos, dilema do prisioneiro, aplicações jurídicas.

ABSTRACT: This article aims to promote a contemporary analysis of strategic decision-making, demonstrating that it is possible to use a mathematical formula to achieve objectively more favorable results, using the award-winning Game Theory, demonstrating its various applications in the legal world. Preliminarily, it brings a brief history of game theory, what are the necessary factors that must be present for its development, a way to find the balance point between the players, observing the results, through the dominance strategy and the Nash equilibrium. Ending the game theory presentation part, the Prisoners' Dilemma, the most famous game in game theory, is studied. Next, we move on to the study of the ways in which the legal study has taken advantage of game

²⁸ Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD), com área de concentração em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Tabela de Notas e Protesto na cidade de Miracatu/SP. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9318002490371454>.

theory, with the presentation of scientific works that use this theoretical approach to reach conclusions for issues involving the law

Keywords: Game theory, behavioral analysis, conflict resolution, prisoner's dilemma, legal applications

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. TEORIA DOS JOGOS; 2.1 CONCEITO DE TEORIA DOS JOGOS; 2.1.1 Elementos básicos do jogo; 2.1.2 Teoria da escolha racional; 2.3 SOLUÇÕES DE EQUILÍBRIOS; 2.2.1 Equilíbrio pela dominância; 2.2.1.1 Estratégia estritamente dominante; 2.2.1.2 Estratégia estritamente dominada; 2.2.1.3 Estratégia fracamente dominante; 2.2.1.4 Solução de jogos com aplicação da dominância; 2.2.1.3 Estratégia fracamente dominante; 2.3 EQUILÍBRIO DE NASH; 2.3.1 Solução de jogos com aplicação do equilíbrio de Nash; 2.4 FATORES DOMINANTES; 2.5 O DILEMA DO PRISIONEIRO; 3. APLICAÇÕES DA TEORIA DOS JOGOS NO MUNDO JURÍDICO; 3.1 DIREITO PROCESSUAL PENAL E TEORIA DOS JOGOS; 3.2 DIREITO TRIBUTÁRIO E TEORIA DOS JOGOS; 3.3 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL AMBIENTAL E TEORIA DOS JOGOS; 3.4 TEORIA DOS JOGOS E A ESTRUTURA DA LEGISLAÇÃO ADMINISTRATIVA; 3.5 TEORIA DOS JOGOS E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL; 4. CONCLUSÃO

1. INTRODUÇÃO

A ciência consegue demonstrar por meio da análise comportamental, filosófica e estatística que a tomada de decisões das pessoas segue um padrão, sendo este demonstrado por meio de uma análise denominada de teoria dos jogos, que tem por objetivo revelar aos jogadores quais são os melhores benefícios de cada escolha possível a ser adotada, deste modo este artigo se propõe a apresentar a teoria dos jogos, com seus conceitos essenciais e fundamentos teóricos, e demonstrar como seu instrumental teórico é uma importante ferramenta para a análise jurídica.

Desta forma, há necessidade de um esclarecimento quanto essa análise comportamental denominada pela doutrina de Teoria dos Jogos, trazendo de forma preliminar um breve histórico, seus conceitos básicos, elementos essenciais para constituição dos jogos, bem como quais os requisitos basilares para a análise comportamental ser eficaz.

Após superado os conceitos iniciais, a análise ocorre quanto as soluções de resolução dos jogos, denominadas de equilíbrio, sendo demonstrado as resoluções pela estratégia da dominância, bem como pelo equilíbrio de Nash, solucionando jogos práticos com aplicações de tais técnicas, finalizando é apontado fatores dominantes nos jogos, como informações disponíveis e número de jogadores.

Na parte final do texto, são apresentados trabalhos científicos que buscam aplicar o instrumental teórico da teoria dos jogos a situações jurídicas do mundo real. Demonstra-se, com isso, que a teoria dos jogos é uma importante ferramenta para análise e previsão de comportamentos, que permite identificar a melhor forma de interferência do direito no incentivo ou desincentivo a determinados comportamentos.

2. TEORIA DOS JOGOS.

A teoria dos jogos foi desenvolvida particularmente pela influência dos precursores matemáticos para entender muitos problemas econômicos do mercado, utilizando as categorias matemáticas de tomada de decisão para a articulação de estratégias.

No entanto, na atualidade a teoria dos jogos tem sido empregada como uma forma para tratar de situações conflituosas em que se assinalam responsabilidades às partes que estão procurando um atendimento e no qual se pode dar transferências de benefícios ou impedi-los, como ocorre no campo do direito e das negociações (RÍOS, 2017).

As Teoria dos Jogos se originou na metade do século XX, onde seus conceitos idealizadores foram desenvolvidos pelo matemático húngaro John Von Neumann (1903-1957), dos quais se destacam a seminal de que dentre elas se pode destacar como a ideia essencial a possibilidade de tratar matematicamente situações de interesses conflitantes, esta ideia foi o ponto de partida para a criação da teoria dos jogos, onde entre os anos de 1928-1942o matemático publicou vários artigos com temas como “Teoria dos Jogos e Estratégias” (COSTA, 1975).

No entanto, somente com o lançamento do livro A Teoria dos Jogos e o Comportamento Econômico, de 1944, obra do matemático Oskar Morgenstern (1902 – 1976), bem como de John Von Neumann, obtém forma a Teoria dos Jogos, em virtude de outros especialistas optarem em desenvolver pesquisas científicas com a finalidade do aperfeiçoamento da teoria dos jogos, que tinha o condão inicial estabelecer uma base matemática para a Teoria Econômica (SOUZA, 2003).

Uma das primeiras vezes em que foi registrada a utilização da teoria dos jogos para tomada de decisão de forma estratégica, foi na Batalha do Mar de Bismarck, uma ação militar que teve lugar na região sudoeste do oceano Pacífico, durante a Segunda Guerra Mundial, entre os dias 2 e 4 de março de 1943. Aeronaves da Quinta Força Aérea das Forças Aéreas do Exército dos Estados Unidos (USAAF) e da Real Força Aérea Australiana (RAAF) atacaram um comboio naval japonês que transportava tropas para Lae, Nova Guiné (atual Papua-Nova Guiné). A maior parte da força-tarefa japonesa foi destruída e a perda de soldados nipônicos foi considerável (FIANI, 2020).

2.1 CONCEITO DE TEORIA DOS JOGOS.

A teoria dos jogos pode ser conceituada como um conjunto de teorias filosóficas, matemáticas estatísticas e políticas, de que como agentes racionais tomam ou deveriam tomar suas decisões ao longo das interações humanas. São situações que envolvem a adoção de estratégias para a tomada de decisão, em razão da interdependência das ações dos agentes envolvidos. Isso significa que as decisões de cada jogador influenciam os resultados para os demais e, por sua vez as decisões que irão tomar. (PORTO; GAROUPA, 2020).

Trata-se de uma análise comportamental que busca fornecer ferramentas para demonstrar ao interprete o processo da tomada de decisões por parte dos jogadores que se relacionam entre si, considerando a lógica empregada no contexto que estão inseridos e as consequências de cada

escolha decisória possível, com o intuito de adotar as melhores estratégias para alcançar resultados ótimos em cada jogo. (PORTO; GAROUPA, 2020).

2.1.1 Elementos básicos do jogo.

Os elementos básicos do jogos são seus fatores formadores, fundamentais para a construção, desenvolvimento e conclusão dos jogos, isto é o que constitui o jogo, divididos em três elementos essenciais, sendo eles os jogadores, as estratégias e o benefícios recebidos, denominado pela doutrina de *payoffs*, vejamos o que se constitui cada um deles (PORTO; GAROUPA, 2020).

Preliminarmente para a constituição de um jogo, há de existir os jogadores, que são os agentes capazes de tomar decisões, decisões estas baseadas nas estratégias existentes em casa jogo, que dependem diretamente da escolha de todos os jogadores, para constituir os respectivos *payoffs* dos indivíduos presentes no jogo.

Por sua vez, as estratégias são as possíveis ações dentro do campo da decisão de cada jogador. Podem ser conceituados também como a interação entre as ações dos agentes, toda estratégia parte de um pressuposto sobre o curso de ação a ser tomado pelo outro jogador, a escolha da estratégia utilizada pelo jogador é tomada com a observância das possíveis estratégias que o outro jogador tem em seu rol de opções.

Por fim e não menos importantes, os *payoffs*, nada mais são que os resultados alcançados, devido a escolha por cada um dos jogadores, de uma das estratégias disponíveis, são os possíveis benefícios ou prejuízos.

Para propiciar uma melhor interpretação da teoria dos jogos, todo jogo pode ser analisado por meio de uma representação gráfica do jogo, que se configura pela elaboração de um esquema interpretativo para a teoria dos jogos, é utilizado o sistema de colunas e linhas em jogos simultâneos e o sistema de "árvore de decisão", constituída por "nós de decisão" nos jogos sequenciais (PORTO; GAROUPA, 2020), como exemplos:

Jogos Simultâneos:

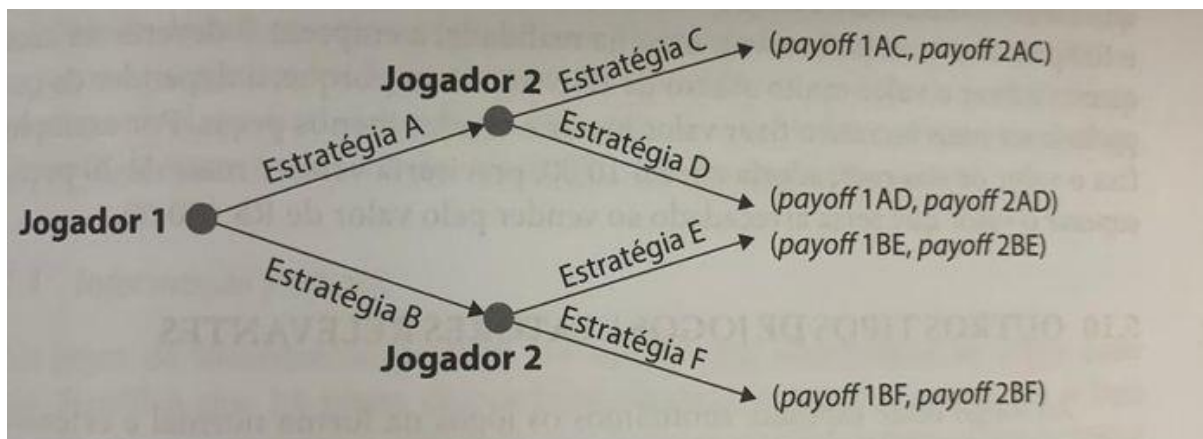
Figura 1 — Modelo de Jogo Simultâneo (A Batalha de Bismarck)

Forças Aliadas	Comboio Japonês	
	Rota Sul	Rota Norte
Busca Rota Sul no Primeiro Dia	3 dias de bombardeio	1 dia de bombardeio
Busca Rota Norte no Primeiro Dia	2 dias de bombardeio	2 dias de bombardeio

Fonte: FIANI (2020)

Jogos Sequenciais:

Figura 2 — Modelo de Jogo Sequencial



Fonte: Porto e Garoupa (2020)

2.1.2 Teoria da escolha racional.

Fundamental para a teoria dos jogos, para que exista a possibilidade de prever como os jogadores irão agir, dada as opções de estratégias disponíveis, temos que considerar que adotarão aquelas com melhores resultados, pois são seres racionais.

A teoria da escolha racional, trata-se de premissa básica para a análise das situações de jogos estratégicos, essa teoria pressupõe que os jogadores são racionais e suas preferência estratégicas tendem a ser adotar a que trarão os melhores resultados para o próprio jogador (PORTO; GAROUPA, 2020).

Há uma pressuposição de que os jogadores necessariamente irão optar pela estratégia que lhes proporcionará os melhores resultados, em comparação com a gama de escolhas disponíveis.

No entanto, não se pode olvidar do pontual apontamento de Ronaldo Fiani, que indica que o melhor resultado se trata de uma relação de preferência, que por sua vez é uma relação abstrata, subjetiva, isto é particular de cada indivíduo, podendo os melhores resultados para um dos jogadores, não ser os melhores resultados para o outro, ficando a cargo da interpretação individual, ou seja, não há como prever totalmente o resultado dos jogos, a previsão é um equilíbrio considerando a análise comportamental do indivíduo, porém existe uma margem de erro, dependendo de aspectos individuais de cada jogador (FIANI, 2020).

2.2 SOLUÇÕES DE EQUILÍRIOS

Trata-se da tentativa de prever o resultado dos jogos, diante dos jogadores, suas respectivas estratégias bem como os payoffs de cada decisão empregada. Busca-se saber qual a

combinação de estratégias será, ou tem a maior probabilidade de ser adotada pelos jogadores (PORTO; GAROUPA, 2020).

Seguindo a prática geral em economia, os teóricos dos jogos referem-se às soluções dos jogos como equilíbrios. Os leitores de mentalidade filosófica vão querer colocar uma questão conceitual bem aqui: o que é "equilibrado" em alguns resultados de jogos de tal forma que somos motivados a chamá-los de "soluções"? Quando dizemos que um sistema físico está em equilíbrio, queremos dizer que ele está em um estado estável, no qual todas as forças causais internas ao sistema se equilibram e assim o deixam "em repouso" até e a menos que seja perturbado pela intervenção de alguma força exógena (isto é, "externa"). Isso é o que os economistas tradicionalmente querem dizer ao falar sobre 'equilíbrios'; eles lêem os sistemas econômicos como sendo redes de relações mutuamente restritivas (frequentemente causais), assim como os sistemas físicos, e o equilíbrio de tais sistemas são, então, seus estados endogenamente estáveis" – E arremata indicando que os conceitos de equilíbrio são ferramentas de equilíbrio e não previsões do que esperamos observar" (ROSS).

A previsão acerca de sua solução é produzida com o auxílio dos chamados "conceitos de solução", dentre os quais os mais conhecidos são o da "dominância" e o "Equilíbrio de Nash".

2.2.1 Equilíbrio pela dominância.

Para encontrar o equilíbrio pela dominância é necessário destacar três tipos de estratégias, sendo elas a estritamente dominante, estritamente dominada e fracamente dominante.

2.2.1.1 Estratégia estritamente dominante.

Estratégia estritamente dominante: estratégia adotada pelo jogador que resultará nos melhores payoffs (resultados) independentemente da estratégia dos outros jogadores, ou seja, a estratégia que racionalmente o jogador utilizará (FIANI, 2020).

Caso todos os jogares possuam estratégias estritamente dominantes, o resultado delas é denominado de "Equilíbrio de estratégias estritamente dominantes", ou seja, uma vez que o resultado do jogo será a combinação delas.

Representação gráfica da estratégia estritamente dominante

Figura 3 — Modelo de Jogo com estratégia estritamente dominante

Jogador 1	Jogador 2	
	Estratégia 1	Estratégia 2
Estratégia A	10, 3	4, 5
Estratégia B	8, 4	3, 7

Fonte: FIANI (2020)

É possível observar que para o "Jogador 1", independentemente da escolha da estratégia do "Jogador 2", a "Estratégia A" garante sempre os melhores *payoffs*, em relação as "Estratégia B", desta forma, sabe-se que o "Jogador 1" adotara a "Estratégia A".

Do outro lado, também vislumbramos a existência de uma estratégia estritamente dominante, onde para o "Jogador 2", independentemente da estratégia adotada pelo jogador "Jogador 1", a "Estratégia 2" garante os melhores resultados, que a "Estratégia 1", sendo esta a que será escolhida.

Deste modo, chegamos ao equilíbrio do jogo utilizando a estratégia estritamente dominante, sabendo que o "Jogador 1" escolherá a "Estratégia A" e o "Jogador 2", escolherá a "Estratégia 2", temos o equilíbrio do jogo nos resultados 4 para o "Jogador 1" e 5 para o "Jogador 2".

2.2.1.2 Estratégia estritamente dominada.

No entanto, nos jogos nem sempre existiram apenas estratégias estritamente dominantes, devendo vislumbrar outras formas de como encontrar o equilíbrio, para tanto existe a estratégia estritamente dominada, a qual ao contrário da estratégia estritamente dominante, esta estratégia garante ao jogador os piores resultados, independente da estratégia utilizada pelo seu oponente (PORTO; GAROUPA, 2020).

Esta estratégia é utilizada para prever qual estratégia o seu oponente não irá utilizar, pois seus *payoffs* são os menos benéficos, existindo esse tipo de estratégias para os jogadores deve-se eliminá-las para chegar a um equilíbrio entre as restantes, sendo neste caso denominado equilíbrio por eliminação de estratégias estritamente dominadas, ou para aplicação de outras estratégias no jogo restante.

Figura 4 — Modelo de Jogo com estratégia estritamente dominada

Jogador 1	Jogador 2	
	Estratégia 1	Estratégia 2
Estratégia A	2, 5	7, 3
Estratégia B	2, 4	2, 7

Fonte: FIANI (2020)

No presente jogo, é possível destacar que para o "Jogador 1" a "Estratégia B" traz *payoffs* inferiores independentemente da estratégia adotada pelo "Jogador 2", isto é, esta é considerada estritamente dominada, sendo assim não será utilizada, sendo a escolha racional do "Jogador 1" a "Estratégia A".

Diante desta eliminação é possível encontrar o equilíbrio do jogo aplicando a estratégia estritamente dominante as estratégias disponíveis ao "Jogador 2", sabendo que o "Jogador 1"

utilizará a "Estratégia A", a estratégia que garante melhores resultados para o "Jogador 2" é a "Estratégia 1", com resultado 5 ao invés de 3.

Deste modo, o equilíbrio deste jogo está na adoção da "Estratégia A" para o "Jogador 1" e a "Estratégia 1" para o "Jogador 2", garantindo os resultados 2 e 5 respectivamente.

2.2.1.3 Estratégia fracamente dominante.

Outra forma de utilizar a estratégia da dominância é a localização de estratégias fracamente dominantes, as quais representam um curso de ação nas ausências de estratégias estritamente dominadas e estritamente dominante é possível buscar um equilíbrio pela identificação desta, é configurada pela existência de uma estratégia melhor do que a outra em pelo menos uma situação, sendo no restante das vezes apenas tão boa quanto esta outra, neste caso o jogador racional irá utilizá-la (FIANI, 2020).

Figura 5 — Modelo de Jogo com estratégia fracamente dominante

Jogador 1	Jogador 2	
	Estratégia 1	Estratégia 2
Estratégia A	2, 5	7, 3
Estratégia B	2, 4	2, 7

Fonte: FIANI (2020)

O presente jogo é idêntico ao utilizado para exemplificar a estratégia estritamente dominada, no entanto a eliminação ocorre pela aplicação de outra estratégia, vejamos:

É possível destacar que para o "Jogador 1" a "Estratégia B" traz payoffs iguais ou inferiores a pelo menos uma combinação de resultados da "Estratégia A", isto é, esta é considerada estritamente dominada, sendo assim não será utilizada, sendo a escolha racional do "Jogador 1" a "Estratégia A".

Com a eliminação é possível seguirmos o mesmo caminho do equilíbrio demonstrado no exemplo anterior, chegando ao equilíbrio com a adoção da "Estratégia A" para o "Jogador 1" e a "Estratégia 1" para o "Jogador 2", garantindo os resultados 2 e 5 respectivamente

2.2.1.4 Solução de jogos com aplicação da dominância

No entanto há jogos em que não é possível a solução pela utilização somente de uma das estratégias da dominância, sendo necessário a aplicação de todas elas, de forma ordenada como é o caso a seguir:

Figura 6 — Equilíbrio pela Dominância

Empresa: Novo Auto	Empresa Carro Novo		
	Lançar nova versão	Manter Preço	Reduzir Preço
Lançar modelo próprio	1, 4	4, 1	1, 3
Importar da Matriz	2, 2	2, 1	2, 3
Não competir com a Carro Novo	1, 1	0, 6	1, 0

Fonte: FIANI (2020)

Na lição do professor Ronaldo Fiani, para encontrar o equilíbrio o jogador depende das escolhas de outro jogador, desta forma, é natural que para encontrá-lo e tomar a melhor decisão existente, um jogador imagine o que o outro jogador imagina que o jogador está imaginando que o outro jogar imagina, e assim sucessivamente, até que se chegue a uma solução (FIANI, 2020).

Deste forma, ao analisarmos o jogos em questão, em um primeiro momento, não há como chegar ao equilíbrio imediato com a aplicação de apenas uma das estratégias da dominância, no entanto se observarmos atentamente é possível destacar que para a Empresa: Novo Auto há uma estratégia estritamente dominada, pois se optar em "Não competir com a Carro Novo", obterá os piores resultados, em comparação com as outras estratégias existentes, devendo esta ser excluída das hipóteses, vez que, nunca será escolhida.

Figura 7 — Equilíbrio pela Dominância

Empresa: Novo Auto	Empres a Carro Novo		
	Lançar nova versão	Manter Preço	Reduzir Preço
Lançar modelo próprio	1, 4	4, 1	1, 3
Importar da Matriz	2, 2	2, 1	2, 3

Fonte: O autor (2021)

Com a exclusão da estratégia estritamente dominada, podemos observar que agora, para a Empresa Carro Novo há uma estratégia estritamente dominada, pois caso ela opte por mante o preço obterá sempre os piores resultados, devendo desta forma também ser eliminada das hipóteses, pois esta estratégia não será escolhida pela jogadora.

Figura 8 — Equilíbrio pela Dominância

Empresa: Novo Auto	Empresa Carro Novo	
	Lançar nova versão	Reduzir Preço
Lançar modelo próprio	1, 4	1, 3
Importar da Matríz	2, 2	2, 3

Fonte: FIANI (2020)

Com a sua exclusão conseguimos observar de forma mais direta as estratégias que podem ser escolhidas pelas jogadoras. Com uma simples observação é possível verificar que para a Empresa Novo Auto estamos diante de uma estratégia estritamente dominante, onde se optar em importar da matriz, obterá os melhores resultados, independentemente da escolha da outra jogadora, sendo desta forma a sua escolha, por sua vez a Empresa Carro Novo, sabendo desta escolha optará pela estratégia que traz os melhores resultados nessa linha.

Diante desta solução encontramos o equilíbrio deste jogo, onde ocorrerá pela adoção de Importar da matrícula pela Empresa Novo Auto, recebendo o resultado 2, e na escolha de reduzir o preço pela Empresa Carro Novo, recebendo o resultado de 3.

2.3 EQUILÍBRIO DE NASH

Esta modalidade de equilíbrio foi desenvolvida por John Forbes Nash, matemático norte-americano, a qual é definida como a melhor estratégia empregada para a melhor estratégia do oponente, pressupõe o encontro de melhores respostas mútuas.

John Nash foi contra a Teoria de Adam Smith que afirmava que em uma competição a ambição individual serve ao bem geral, onde o melhor resultado surge quando cada elemento faz o que é melhor para si, para Nash o melhor resultado surge quando cada elemento faz o que é melhor para si e para o grupo (PORTO; GAROUPA, 2020).

Diz-se que uma combinação de estratégias constitui um equilíbrio de Nash quando cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para todos os jogadores, o ponto central do equilíbrio de Nash é que cada jogador está adotando a melhor resposta ao que os demais jogadores estão fazendo, e isso é válido para todos os jogadores ao mesmo tempo (FIANI, 2020).

2.3.1 Solução de jogos com aplicação do equilíbrio de Nash

Figura 9 — Equilíbrio de Nash

Empresa Dominante	Empresa Potencial		
	Não exporta	Exporta em Pequena Escala	Exporta em Larga Escala
Investe	2, 1	1, 0	0, -1
Não Investe	1, 0	2, 1	-1, 2

Fonte: FIANI (2020)

Nesta representação de jogos não há como solucioná-lo com a simples aplicação da dominância, deste modo, aplicaremos o equilíbrio da Nash, a qual é a melhor estratégia empregada para a melhor estratégia do oponente, pressupõe o encontro de melhores respostas mútuas.

Para tanto escolhemos um jogador e apontar para cada uma das estratégias qual o melhor resultado possível desta estratégia, após utilizamos o mesmo no outro jogador, ao final, o equilíbrio de nash será demonstrado na estratégia que trouxer os melhores resultados para ambos.

No exemplo será realizada uma marcação em amarelo nos melhores *payoffs* da jogadora Empresa Dominante, e em verde da jogadora Empresa Potencial, teremos o seguinte resultado.

Figura 10 — Equilíbrio de Nash

Empresa Dominante	Empresa Potencial		
	Não exporta	Exporta em Pequena Escala	Exporta em Larga Escala
Investe	2, 1	1, 0	0, -1
Não Investe	1, 0	2, 1	-1, 2

Fonte: FIANI (2020)

Com a representação do jogo colorida podemos perceber que o resultado do jogo, pelo equilíbrio de nash é adoção pela Empresa Dominante pela estratégia de investir, por outro lado pela Empresa Potencial é adotada a estratégia de não exportar, garantindo os resultados 2 e 1 respectivamente.

2.4 FATORES DOMINANTES

Em grande parte das situações as negociações ocorrem em etapas sucessivas, pois os agentes podem decidir em momentos distintos e, além disso, obtém informações sobre a decisão de seu oponente, o que muda totalmente a estratégia utilizada (PORTO; GAROUPA, 2020).

São variáveis para os jogos a quantidade de jogadores, normalmente a teoria dos jogos leva em consideração 2 jogadores, no entanto isso pode ser alterado, o que influencia totalmente nas estratégias empregadas para a obtenção dos payoffs mais vantajosos.

Quando se trata de um único jogador não apresenta característica de interação, ou seja, a ação adotada não possui interdependência entre estratégias e ações de outros jogadores, por outro lado pode existir jogos que existam mais de dois agentes capazes de influenciar as decisões alheias, estas configuram jogos complexos e, portanto, com características singulares, denominado de jogos com N. Jogadores (PORTO; GAROUPA, 2020).

Outro ponto basilar na teoria dos jogos é o quando se possui de informações, nos exemplos citados neste artigo, foram todos exemplos com conhecimento comum disponível, no entanto nem sempre este é o caso, podendo existir jogos com informação perfeita, onde se tem conhecimento de todos os payoffs, conseqüentemente o equilíbrio pode ser alcançado, ou jogos com informações imperfeitas naquele em que não há plena disponibilidade de informações sobre os elementos que constituem o jogo, atuando os jogadores com maior insegurança, constituem jogos que deixam de ser puras e passam a ser mistas, de modo que começam a envolver o uso de probabilidades e sorte (PORTO; GAROUPA, 2020).

2.5 O DILEMA DO PRISIONEIRO

Um dos exemplos mais conhecidos de aplicação da Teoria dos Jogos é o chamado Dilema do Prisioneiro. Nesta situação, dois criminosos (A e B) são capturados e acusados de um mesmo crime. Aos prisioneiros, que se encontram privados de comunicação, são apresentadas propostas de delação premiada. No caso em que nenhum dos dois prisioneiros confessa, antes a ausência de provas, a pena de ambos será baixa, por exemplo, 2 (dois) anos. No caso em que um deles confessa e o outro não, o que confessou sai livre e o outro sofre uma pena alta, por exemplo, 10 (dez) anos. Por último, caso ambos confessem, ambos pegarão uma pena intermediária, por exemplo, 5 (cinco) anos. Abaixo, segue a tabela com os resultados possíveis.

	B confessa	B não confessa
A confessa	A = 5 anos; B = 5 anos;	A = 0 anos; B = 10 anos;
A não confessa	A = 10 anos; B = 0 anos;	A = 2 anos; B = 2 anos.

Inicialmente, cumpre-nos aplicar as classificações delineadas acima ao Dilema do Prisioneiro. Em primeiro lugar, trata-se de jogo cooperativo (MELO JÚNIOR, 2010, p. 58), uma vez que a cooperação entre os jogadores é possível, apesar de, como veremos a seguir, não indicada.

Trata-se, ainda, de jogo com soma não-zero, uma vez que há resultados relativamente benéficos para ambos os jogadores, e o ganho de um não está necessariamente atrelado à perda do outro.

O jogo é também de informação perfeita, uma vez que todas as variáveis estão postas à disposição dos jogadores. Não há mistério quanto às regras do jogo, as opções de cada jogador e os *payoffs* resultantes dessas escolhas.

Uma vez que jogado em uma única rodada, trata-se ainda de um jogo simultâneo. Como explicado anteriormente, neste tipo de jogo, a cooperação é difícil, uma vez que não há sanções ao descumprimento de um pacto.

Por último, este jogo está sujeito a um dos conceitos de solução estudados acima, o equilíbrio de estratégias estritamente dominantes. Verifica-se que, para ambos os jogadores, a estratégia de confessar garante os melhores *payoffs*, independentemente da estratégia adotada pelo outro jogador. Vejamos: se B confessar, a melhor estratégia para A seria confessar, pois assim ficaria preso por cinco anos, e não dez; se B não confessar, ainda assim a melhor estratégia para A seria confessar, uma vez que sairia solto ao invés de ficar preso por dois anos. O mesmo raciocínio é válido para B. Temos, portanto, um equilíbrio de estratégias dominantes formado por “A confessa; B confessa”.

3. APLICAÇÕES DA TEORIA DOS JOGOS NO MUNDO JURÍDICO

Após o estudo dos conceitos básicos da Teoria dos Jogos, passa-se à análise das diversas formas de aplicação desta teoria no mundo jurídico. É possível encontrar uma série de trabalhos acadêmicos apontando as possíveis aplicações da Teoria dos Jogos ao Direito.

A ideia central que fundamenta esses trabalhos é a de que, ao se entender o comportamento de um agente racional, torna-se possível moldar seu comportamento a partir da criação de incentivos e desincentivos a determinados comportamentos. Ou seja, partindo do pressuposto de que os agentes escolhem suas atitudes baseados em *payoffs*, os legisladores e promotores de políticas públicas podem agir para modificar os *payoffs* de determinadas ações, a fim de incentivá-las ou desincentivá-las.

Estuda-se, a seguir, algumas propostas de intervenção da Teoria dos Jogos no mundo jurídico.

3.1 DIREITO PROCESSUAL PENAL E TEORIA DOS JOGOS

A primeira proposta estudada, e talvez a mais famosa no Brasil, é a proposta de Alexandre Morais da Rosa (2015) de análise do processo penal a partir dos conceitos da teoria dos jogos. Segundo o próprio autor, seu objetivo é problematizar os fundamentos teóricos do processo penal a partir de sua leitura com base da teoria dos jogos.

Sua ideia central é a de que o processo penal é um jogo, de acordo com o conceito apresentado por esta teoria, uma vez que apresenta jogadores com interesses contrapostos que buscam traçar suas estratégias com o objetivo de garantir para si mesmos os melhores resultados possíveis, levando em consideração as estratégias dos demais jogadores (ROSA, 2015, p. 23-25). E, em palavras simples, a meta dos jogadores é sempre obter uma decisão judicial favorável (ROSA, 2015, p. 77). No entanto, em cada processo (jogo), essa a decisão favorável almejada pode ser diferente – absolvição, condenação, penas maiores ou menores, penas privativas de liberdade ou restritivas de direito, transações penais etc.

O autor classifica o processo penal como um jogo dinâmico de informação incompleta (ROSA, 2015, p. 33). O “jogo dinâmico” é o classificado anteriormente como jogo sequencial, em que há diversas rodadas. As informações são incompletas porque não se tem plena noção das estratégias possíveis dos demais jogadores, nem das motivações e tendências do julgador, que é quem atribuirá os resultados, nem das circunstâncias diversas que comporão o contexto, como as provas produzidas, comportamento das testemunhas, dentre tantas outras. Em suma, há uma série de circunstâncias que não são objeto de conhecimento pleno por parte dos jogadores, e que demandarão novas análises da estratégia a cada novo momento do jogo.

Dada a importância da informação no processo penal, o autor sugere, por exemplo, que é legítima a prática de interposição de um recurso com baixas possibilidades de êxito com o objetivo único de fixar a prevenção de determinada Turma para a análise dos demais, pois dessa forma será possível conhecer de antemão os julgadores dos demais recursos e, portanto, adequar sua estratégia aos entendimentos destes julgadores (ROSA, 2015, p. 77-79).

A partir da análise de um caso prático – o caso de Safiya Hussaini Tungar Tudu, o autor busca demonstrar a importância da adaptação das estratégias às particularidades de cada processo. Defende que, na prática, a pureza teórica deve dar lugar ao agir estratégico e à adaptabilidade diante das circunstâncias (ROSA, 2015, p. 79-81).

A partir desse paradigma, o autor passa a analisar detalhadamente os elementos do jogo processual penal, que são: a) o julgador (o magistrado); b) os jogadores (acusação, assistente de acusação, defensor e acusado); c) as estratégias de cada jogador; d) as táticas dos jogadores em cada um dos “subjogos”; e e) os resultados, ou *payoffs*, que são os ganhos ou perdas de cada estratégia (ROSA, 2015, p. 43). São analisados, ainda, fatores como as regras da partida, a mídia, a produção de provas e as diversas causas de nulidade (ROSA, p. 108-135). Concluindo, em suas próprias palavras (ROSA, 2015, p. 155-156):

Nos jogos dinâmicos, os jogadores se movem a partir de uma sequência previamente dada. Com isso é possível a construção de árvores de jogo, situadas no tempo e no espaço. O acusador se move primeiro (estabelece os limites da acusação), o julgador reconhece a existências das condições processuais e da justa causa, determinando o início da partida, seguindo-se o movimento do defensor. Nesse cenário, a cada movimento dos jogadores e do julgador, é preciso monitorar a qualidade e quantidade das informações existentes. Assim é que o fluxo do procedimento exige decisões interlocutórias de conteúdo variado, dependentes da contingência do jogo respectivo. É preciso mapear as possíveis eventualidades (testemunha morrer, se mudar, não ser encontrada, viabilidade da prova pericial, perfil dos jogadores e do julgador, etc.). Embora se pretenda Informação Perfeita, sabe-se que a Informação Imperfeita é inerente ao jogo processual, isto é, não se sabe qual será, necessariamente, o movimento dos demais intervenientes, nem a decisão. Com isso, constrói-se padrões de comportamento baseados nas rodadas anteriores e na antecipação das recompensas.

3.2 DIREITO TRIBUTÁRIO E TEORIA DOS JOGOS

Outro trabalho científico que busca aplicar os conceitos da Teoria dos Jogos no mundo jurídico é o trabalho de Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior sobre as normas tributárias indutoras e intervenção econômica (MELO JÚNIOR, 2010).

Nesse trabalho, além de um estudo aprofundado dos conceitos da teoria dos jogos, o autor busca analisar o fenômeno da guerra fiscal entre Estados a partir dessa teoria. A guerra fiscal é a disputa entre Estados e Municípios pelos investimentos privados por meio de concessão de benefícios e incentivos, em sua maioria de ordem fiscal. O autor define a guerra fiscal como “um jogo não cooperativo que envolve interações entre dois ou mais agentes” (MELO JÚNIOR, 2010, p. 69).

Pondera que, na ausência de regulamentação, tem-se uma disputa acirrada que pode ser prejudicial aos estados. Para evitar essa situação, criou-se o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), colegiado formado pelos Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal, cujas reuniões são presididas pelo Ministro de Estado da Fazenda. Sua função é limitar o poder de barganha dos estados, reduzindo suas estratégias possíveis dentro da disputa fiscal.

Outro fator que influencia no jogo é o posicionamento desfavorável da jurisprudência, que busca desincentivar o acirramento da guerra fiscal. Outro fator decisivo são as funções atribuídas pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) ao Senado Federal, como por exemplo, a fixação da alíquota do ICMS em operações interestaduais (MELO JÚNIOR, 2010, p. 78-79).

No entanto, nenhum desses instrumentos prevê penalidades em caso de descumprimento. Assim, no caso de um estado que viole a normativa e engaje em guerra fiscal, cabe aos demais buscar a invalidação da norma criada por dito estado, o que leva tempo, sendo a declaração de invalidade a única penalidade sofrida pelo estado infrator. Ademais, uma vez concretizados os investimentos privados em determinada unidade da federação, a invalidação da norma não terá o condão de desfazê-los. Com isso, o autor conclui que os estados não têm motivação suficiente para cumprir as determinações do CONFAZ e dos demais instrumentos de regulação, o que os faz optar conscientemente por violar o sistema legal (MELO JÚNIOR, p. 79-81).

O autor propõe um modelo para análise desse fenômeno segundo o qual cada estado determina o montante de renúncia fiscal ideal que maximize sua arrecadação tributária, levando em conta as vantagens comparativas que este estado oferece às empresas em outras áreas, como infraestrutura (MELO JÚNIOR, p. 86-87).

Assim, um estado com melhor localização, infraestrutura e mercado consumidor terá que conceder menos benefícios fiscais para atrair determinada empresa em comparação com um outro estado em que essas condições sejam piores. A depender do ramo de atividade, alguns desses fatores terão mais peso que outros. O resultado deste jogo é um equilíbrio de Nash em que o

estado com melhor infraestrutura escolhe taxas de tributação mais altas e os com menor infraestrutura opta por taxas menores (MELO JÚNIOR, p. 87-91).

A conclusão do autor é no sentido de que a teoria dos jogos, apesar de não suficiente para quantificar os efeitos de uma medida específica, é essencial para entender as variáveis da tomada de decisão dos estados e das empresas na situação de competição por investimentos (MELO JÚNIOR, p. 99).

3.3 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL AMBIENTAL E TEORIA DOS JOGOS

No âmbito internacional, temos como exemplo de aplicação da Teoria dos Jogos o trabalho de Michael Finus (FINUS, 2000) sobre a cooperação ambiental internacional, em especial o Protocolo de Kyoto.

O autor aponta o seguinte problema: as emissões de gases de efeito estufa em determinado país geram benefícios à produção e consumo de bens naquele país. Por outro lado, essas emissões causam danos ambientais no próprio país, mas também aos demais países.

Considera-se, para fins de análise, que a poluição se espalha uniformemente pelo mundo, de forma que importa apenas a poluição global. Se todos os governos se comportarem de forma não cooperativa, haverá uma maximização de suas próprias emissões, pois o dano das emissões de cada país no próprio país é muito pequeno se comparados aos ganhos que ela proporciona. O país poluirá até o momento em que o custo de oportunidade marginal de reduzir as emissões for igual ao dano marginal ao próprio país de emitir mais poluentes.

Do ponto de vista global, é importante que os governos cooperem para reduzir as emissões de gases poluentes. Porém, a atuação individual de cada país forma um equilíbrio de Nash em um nível muito elevado de emissões. Assim, na ausência de uma instituição supranacional capaz de obrigar os países à cooperação, as tendências individuais tendem a prevalecer (FINUS, 2000, p. 2-4).

Por isso, o autor defende ser essencial que os acordos ambientais contenham sanções àqueles países que o descumprirem. Do contrário, o incentivo ao descumprimento tenderá a prevalecer (FINUS, 2000, p. 6).

Na sequência, o autor passa a criar um modelo para o acordo ambiental internacional dentro dos conceitos da Teoria dos Jogos, com o foco na conclusão de que a existência de sanções para o descumprimento do acordo é essencial para o seu sucesso. Além disso, também são necessárias medidas de compensação para corrigir as assimetrias entre os países, uma vez que, em países em desenvolvimento, o custo marginal de reduzir as emissões é muito maior do que o dano marginal que o país tem ao emitir mais poluentes, de forma que, sem medidas de compensação, os incentivos ao descumprimento nestes países serão grandes demais (FINUS, 2000, p. 13-17).

É discutida, então, a influência de uma série de fatores em determinado tratado, como as formas mais adequadas de sanção e de compensação, a possibilidade de associar os tratados ambientais com tratados de outros temas, como militares e de livre-comércio, a questão do

monitoramento do cumprimento do tratado, os diferentes fatores internos que podem levar um país a se desviar do acordo etc. (FINUS, 2000, p. 18-34).

Ao longo do texto, o autor busca criar um modelo para os acordos ambientais de cooperação internacional dentro do paradigma da Teoria dos Jogos. Seu objetivo é identificar os diversos fatores que influenciam na tomada de decisão de um país entre entrar ou não no acordo e cumpri-lo ou não. A ideia é que, para que seja cumprido, o acordo deve ser desenhado de forma que seja individualmente vantajoso para todos os países envolvidos fazer parte dele e cumprir suas determinações. Para isso, apresenta uma série de ferramentas que devem compor o acordo e que cumprem esse papel (FINUS, 2000).

O artigo revela o grande potencial da Teoria dos Jogos como ferramenta para entender o comportamento de pessoas, organizações, países etc., o que é essencial para que o direito intervenha de forma adequada e eficiente nesses comportamentos. Se o modelo é incapaz de abarcar completamente as inúmeras variáveis que influem no cenário das relações internacionais, ele se mostra, por outro lado, muito útil para apontar tendências de comportamento e fatores que influenciam na tomada de decisão dos países.

3.4 TEORIA DOS JOGOS E A ESTRUTURA DA LEGISLAÇÃO ADMINISTRATIVA

Outro artigo que busca aplicar os conceitos da Teoria dos Jogos ao estudo do direito é o intitulado *"Game Theory and the Structure of Administrative Law"*, escrito por Yehonatan Givati (2014). Sua ideia é, utilizando-se do instrumental teórico da teoria dos jogos, criar um modelo para guiar os órgãos governamentais na escolha do instrumento mais adequado para a consecução de seus objetivos dentre os seguintes: jurisdição, criação de normas, a concessão de licenças e as decisões antecipadas. São encontrados dois grandes problemas na atualização administrativa: os problemas da resistência (*hold up problems*) e os problemas de leniência (*leniency problems*). O autor aponta, ainda, que a literatura dá grande enfoque à jurisdição e à criação de normas, negligenciando os outros dois poderosos instrumentos de aplicação de políticas públicas.

Os primeiros dois instrumentos não demandam grandes explicações. A jurisdição é a aplicação da norma ao caso concreto, o processo legal por meio do qual o órgão analisa determinada situação e aponta as consequências legais dela. A criação de normas, por sua vez, é a atividade estatal de criação de comandos gerais e abstratos aplicáveis a todos que se encaixarem na sua hipótese de incidência, criando consequências jurídicas.

Decisões antecipadas (*advance ruling*), segundo o autor, é o mecanismo que permite às empresas fazer consultas aos órgãos públicos, antes de agir, para que estes determinem de antemão se uma atitude é legal ou ilegal (GIVATI, 2014, p. 502).

Já a concessão de licenças (*licensing*) é a criação da necessidade de autorização prévia de órgãos governamentais para a realização de certas atividades por parte das empresas (GIVATI, 2014, p. 483-484).

Com foco na interação estratégica entre as empresas e os órgãos governamentais, o autor utiliza o instrumental da Teoria dos Jogos para determinar como o Estado deve escolher qual desses quatro instrumentos básicos de políticas públicas deve ser utilizado em determinada situação (GIVATI, 2014, p. 485). Ele aponta como problema central na atuação dos órgãos governamentais a falta de informações sobre circunstâncias específicas de cada empresa, que impedem que esses sejam capazes de prever como estas reagirão a determinada política (GIVATI, 2014, p. 486).

Primeiramente, o autor aponta a existência de um *tradeoff* na escolha entre a criação de normas e a jurisdição. Enquanto a jurisdição, entendida aqui em sentido amplo, como forma de decisão no caso concreto, permite que os órgãos governamentais apliquem uma política mais adequada à situação específica de determinada empresa, ela acontece após a ação desta, o que pode afetar a atuação governamental. Ao contrário, a criação de normas antecede a atuação da empresa, mas por ser geral e abstrata, não se adequa tão bem à realidade de cada agente do mercado (GIVATI, 2014, p. 487).

A jurisdição, apesar da vantagem de adequar-se melhor ao caso concreto, faz surgir dois problemas em comparação com a criação de normas: o problema da leniência e o problema da resistência (*holdup*).

O problema da resistência (ou *holdup*) refere-se ao fato de que muitas empresas, prevendo possíveis decisões negativas futuras dos órgãos governamentais, optam por não investir em determinado lugar, uma vez que, tomada a decisão de investir, desfazer esse investimento é complexo e custoso. Ele emerge, portanto, nas situações em que a decisão administrativa é posterior à ação da empresa, nas situações em que as empresas preveem que a administração adotará uma posição estritamente legalista (GIVATI, 2014, p. 487).

Por outro lado, o problema da leniência surge quando as empresas preveem que a administração não adotará uma posição estritamente legalista e relevará eventual conduta contrária à legislação em razão dos investimentos já feitos pela empresa infratora e das dificuldades de desfazer esse investimento (GIVATI, 2014, p. 488). Nessas condições, as empresas podem optar por descumprir conscientemente a norma contando com a flexibilidade estatal.

A criação de normas evita ambos os problemas ao determinar de antemão as consequências da ação da empresa. Dessa forma, eventual atitude contrária desta não pode ser fundamentada na incerteza existente sobre determinada situação. Porém, as normas abstratas são menos adaptadas às peculiaridades de cada caso concreto. Qual o melhor caminho a ser tomado pelos órgãos governamentais?

O autor defende que a criação de normas é mais adequada para os ramos nos quais as empresas são relativamente homogêneas, ou seja, em que a maioria delas provavelmente terá a mesma reação a determinada política, uma vez que os ganhos de a adaptar ao caso concreto são pequenos (GIVATI, 2014, p. 489).

Nesse contexto, são introduzidas as outras duas ferramentas citadas anteriormente: as decisões antecipadas e a concessão de licenças. A primeira ferramenta permite que as empresas

decidam se desejam buscar um parecer prévio do órgão governamental sobre a legalidade de determinada atitude antes de adotá-la. A segunda, por sua vez, torna esse parecer prévio obrigatório, de forma que resta proibida determinada atividade antes da obtenção da autorização do Estado (GIVATI, 2014, p. 489).

Para que seja vantajoso para a empresa optar pela decisão antecipada, é necessário que o órgão governamental adote um posicionamento de legalidade estrita. Caso contrário, à empresa será vantajoso postergar a decisão do Estado, contando com sua leniência diante dos investimentos já realizados. Sob a perspectiva do Estado, a vantagem de adotar a decisão antecipada é evitar o problema da resistência, que pode fazer com que determinada empresa opte por não investir, ou investir em outro lugar, diante da incerteza sobre a decisão futura (GIVATI, 2014, p. 489-490).

Já a concessão de licenças tem a vantagem de exigir que as empresas busquem a aprovação prévia do órgão governamental, garantindo a execução de políticas adequadas às suas circunstâncias concretas, eliminando tanto o problema da leniência e o problema da resistência. O custo dessa ferramenta é obrigar que todas as empresas procurem um parecer prévio do governo, mesmo nas situações em que os problemas de resistência e leniência não surgiriam. São criados custos desnecessários e a atividade econômica é desacelerada pela criação de uma etapa burocrática a ser cumprida antes do seu início (GIVATI, 2014, p. 490).

O autor então chega a três conclusões importantes: 1) os órgãos administrativos devem suplementar a jurisdição com a decisão antecipada; 2) devem também utilizar o instrumento da licença mais do que atualmente utilizam; 3) é importante considerar o quão diferentes entre si são as firmas em cada seguimento para determinar qual o instrumento mais adequado a ser utilizado (GIVATI, 2014, p. 490).

Em seguida, o autor expande seu modelo para considerar outros fatores, como: a possibilidade de questionamento de decisões administrativas na justiça e como isso impacta a tomada de decisões das empresas; a formação de precedentes administrativos por meio de cada um dos instrumentos elencados acima; os custos de monitoramento das ações das empresas e da apreensão de suas circunstâncias individuais; os efeitos da incerteza das empresas quanto às políticas adotadas; a questão das interações repetitivas, os objetivos de longo prazo e a ação esperada pelos agentes (GIVATI, 2014, p. 509-517).

Com toda essa análise, o autor procura apresentar parâmetros a serem levados em consideração pelos agentes públicos na hora de decidir sobre qual instrumento de determinação de política deve ser utilizado. A ideia é identificar os fatores determinantes das estratégias das empresas e dos órgãos governamentais em sua interação, na qual o objetivo daquelas é maximizar lucros e o destes é ordenar a atividade econômica da forma mais eficiente possível.

3.5 TEORIA DOS JOGOS E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL

Outro interessante trabalho busca analisar sob o prisma da Teoria dos Jogos os contratos de construção civil, com o objetivo de determinar a melhor estratégia para que o empreiteiro

(*general contractor*) possa vencer conflitos judiciais com o investidor (*investor*). O artigo apresenta uma lista das causas mais comuns de conflito entre as partes e busca construir um modelo teórico do jogo (GRZYL, APOLLO e KRISTOWSKI, 2019).

Neste modelo, temos informação imperfeita e dois jogadores. São propostas duas estratégias possíveis: agressiva e conciliadora (GRZYL, APOLLO e KRISTOWSKI, 2019, p. 4). Os jogadores não conhecem perfeitamente, de antemão, a força da posição de seu oponente perante o judiciário, por isso diz-se que o jogo é de informação imperfeita.

O ponto de partida é uma suposição preliminar comum nos modelos da Teoria dos Jogos, a de que os agentes atuam de forma racional, com o objetivo de maximizar seus lucros e minimizar suas perdas (GRZYL, APOLLO e KRISTOWSKI, 2019, p. 2).

É apresentada a seguinte situação hipotética: em razão de falhas na documentação do projeto fornecida pelo investidor identificadas durante a execução, o empreiteiro pretende aumentar o valor de sua remuneração e estender o prazo de entrega do empreendimento. O investidor se recusa a alterar o pactuado. O empreiteiro então continua o projeto e o entrega com atraso e com aumento de custos. O investidor então deseja aplicar as penalidades contratuais decorrentes do atraso. O empreiteiro então busca na justiça a retirada das penalidades, o pagamento pelo trabalho adicional e lucros cessantes (GRZYL, APOLLO e KRISTOWSKI, 2019, p. 3-4).

É esta a situação que será modelada pelos autores. Há custos envolvidos na adoção de cada estratégia: adotar a estratégia conciliadora é mais barato do que adotar a estratégia agressiva. Porém, o valor despendido pode variar também a depender da estratégia adotada pelo outro litigante (GRZYL, APOLLO e KRISTOWSKI, 2019, p. 4). Uma das variáveis é o valor que cada uma das partes pretende receber na ação judicial. Outra é informação imperfeita quanto aos custos da outra parte: uma parte não sabe quanto a outra gastará com o processo, nem qual a atitude será tomada por eles.

No decorrer do texto, os autores constroem um modelo de jogo que busca apontar a melhor estratégia para ambas as partes, considerando suas expectativas de julgamento pela Justiça e a estratégia que esperam do oponente (GRZYL, APOLLO e KRISTOWSKI, 2019).

Sua conclusão, para o empreiteiro, é a de que, no caso em que se espera um julgamento favorável da Justiça, a estratégia agressiva é estritamente dominante. Por outro lado, quando se espera um julgamento desfavorável, a estratégia conciliadora é estritamente dominante (GRZYL, APOLLO e KRISTOWSKI, 2019, p. 10).

Os autores esclarecem que a utilização de um exemplo específico se deveu ao fato de que seu objetivo era provar a utilidade da Teoria dos Jogos para a resolução de conflitos na construção civil, o que, em sua opinião, restou devidamente demonstrado (GRZYL, APOLLO e KRISTOWSKI, 2019, p. 10).

Concluiu-se, ainda, que o litígio deve ser a última escolha, sob o ponto de vista financeiro, uma vez que há meios menos onerosos de resolução de conflitos (GRZYL, APOLLO e KRISTOWSKI, 2019, p. 10).

4. CONCLUSÃO

Este texto procurou apresentar ao leitor a Teoria dos Jogos, seus conceitos básicos e as inúmeras possíveis aplicações desta teoria ao ramo do direito. O primeiro passo foi apresentar a teoria, seus conceitos básicos e sua dependência da Teoria da Escolha Racional. Na sequência, foram analisados uma série de trabalhos científicos que buscaram, com sucesso, aplicações práticas para a teoria dentro do mundo jurídico.

Foram apresentados trabalhos envolvendo a Teoria dos Jogos e Direito Processual Penal, Direito Tributário, Direito Internacional, Direito Administrativo e Direito Civil. Em todas as essas áreas, a análise sob o prisma da Teoria dos Jogos mostrou-se muito promissora, apresentando uma nova visão do fenômeno jurídico.

Percebeu-se que, nos diversos trabalhos que buscaram aplicar a Teoria dos Jogos ao direito, o enfoque dos autores não era apresentar resultados numéricos para as situações propostas. Na maioria dos casos, as situações modeladas eram complexas demais para que se pudesse apontar com precisão como a interação entre as variáveis se daria no caso concreto. O objetivo dos autores era, a partir da Teoria da Escolha Racional e da suposição de que os atores envolvidos agiriam na busca dos melhores resultados individuais, apontar quais variáveis influiriam na tomada de decisão e como o direito poderia atuar para influenciar no peso dessas variáveis para moldar comportamentos.

Além dos exemplos colacionados, a literatura se encontra repleta de outras possibilidades de aplicação da teoria dos jogos no mundo jurídico. A análise econômica em geral, e a teoria dos jogos em particular, é uma nova ferramenta que pode apresentar aos legisladores, intérpretes e aplicadores o fenômeno jurídico sobre um novo e importante ângulo, permitindo uma análise que vai além de dogmas jurídicos estabelecidos, com enfoque nas consequências práticas da atuação do Estado e dos cidadãos e como o direito influencia na decisão dos agentes.

Deste modo, caso pararmos para analisar é possível observar que a teoria dos jogos está presente em tudo, principalmente nas escolhas simples do dia a dia, onde tomamos decisões com base nos *payoffs*, benefícios buscados, a sua utilização no direito é uma tendência que ainda será muito explorada.

REFERÊNCIAS

COSTA, José de Jesus da Serra. **Tópicos de pesquisa operacional**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

FIANI, Ronaldo. **TEORIA DOS JOGOS**: Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FINUS, Michael. *Game theory and international environmental cooperation: A survey with an application to the Kyoto-Protocol*. 2000. **Nota di Lavoro, n. 86. 2000**. Fondazione Eni Enrico Mattei (FEEM), Milano. Disponível em: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/155139/1/NDL2000-086.pdf>>. Acesso em 26 mar. 2021.

GIVATI, Yehonatan. *Game Theory and the Structure of Administrative Law*. **The University of Chicago Law Review**, p. 481-518, 2014. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23762371?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 29 mar. 2021.

GRZYL, Beata; APOLLO, Magdalena; KRISTOWSKI, Adam. *Application of game theory to conflict management in a construction contract*. **Sustainability**, v. 11, n. 7, p. 1983, 2019. Disponível em: <<https://www.mdpi.com/2071-1050/11/7/1983>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

MACKAAY, EJan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª. ed. tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2020.

MELO JÚNIOR, Roberto Gomes de Albuquerque. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica: conteúdo, aplicação, limites e exame de implementação à luz da teoria dos jogos**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3929>>. Acesso em 19 mar. 2021.

PORTO, Antonio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

RÍOS, Anibal Sierralta. **Negociação e Teoria dos Jogos**. tradução Ricardo Serrano Osorio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. – Letras e Conceitos, 2015.

ROSS, Don. "Game Theory. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2019 Edition)**, Edward N. Zalta (ed.), URL =. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/game-theory/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

SOUZA, Ádamo Alberto de. **A Teoria dos jogos e as ciências sociais**. 2003. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Filosofia e Ciências, 2003. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/88823>>. Acesso em 19 mar. 2021.

FORMAS DE PREVENÇÃO DE ASSÉDIO MORAL REALIZADO PELO EMPREGADOR E REPARAÇÃO

JOÃO MARCOS SANTIAGO MENDONÇA:
Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

ISA OMENA MACHADO DE FREITAS²⁹

(orientadora)

RESUMO: O objeto de pesquisa deste artigo é o assédio moral praticado pelo empregador, tendo como objetivo principal identificar como combater e reparar a prática do assédio moral realizada pelo empregador. A relevância do estudo se dá ao observar que no Brasil o assédio moral tem ocorrido com bastante frequência. Dado encontrado em estudos realizados por Nascimento, (2004, p. 2), com 2.072 trabalhadores, 42% deles apresentou histórico de humilhação no trabalho praticado por seus empregadores. Ações estas que poderiam ser combatidas e reparadas, e que em sua maioria nem foram identificadas como uma forma de violação de direito dos trabalhadores. A questão principal desta pesquisa foi: Como poderia ser combatida e reparada a prática do assédio moral realizada pelo empregador? Seus objetivos foram: Conceituar o que é assédio moral do empregador; pesquisar formas de combater/prevenir o assédio moral do empregador e estudar as formas de reparação existentes no Brasil para o assédio moral do empregador. A metodologia aplicada se deu a partir do método dedutivo. O tipo de pesquisa escolhido foi a pesquisa bibliográfica, onde revelou com clareza o conjunto de contribuições científicas de autores que tratam do assédio moral exercido pelo empregador. Concluiu-se que existem diversas formas de coibir o assédio moral no trabalho, contudo a principal delas, é a informação, e o agente que foi vitimado ou testemunhar, fazer denúncia e requerer de maneira concreta, melhor forma de reparação dispostas por imperativos constitucionais.

Palavras-chave: Assédio Moral; Legislação; Empregador; Empregado.

ABSTRACT: The research object of this article is the moral harassment practiced by the employer, with the main objective of identifying how to combat and repair the practice of moral harassment carried out by the employer. The relevance of the study is given by observing that in Brazil bullying has occurred quite frequently. Data found in studies carried out by Nascimento (2004, p. 2), with 2,072 workers, 42% of them had a history of humiliation in the work performed by their employers. These actions could be fought and repaired, and that for the most part were not even identified as a form of violation of workers' rights. The main question of this research was: How could the practice of moral harassment carried out by the employer be fought and repaired? Its objectives were: To conceptualize what is employer moral harassment; research ways to combat/prevent employer moral harassment and study the existing forms of reparation in Brazil for employer moral harassment. The methodology applied was based on the deductive method. The type of research chosen was the bibliographic research, where it clearly revealed

²⁹ Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

the set of scientific contributions of authors that deal with the moral harassment exercised by the employer. It was concluded that there are several ways to curb moral harassment at work, however the main one is information, and the agent who was victimized or witness, make a complaint and request in a concrete way, the best form of reparation provided by constitutional imperatives.

Keyword: Bullying; The Legislature; Employer; Employee.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ASSÉDIO MORAL. 2.1 ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. 2.1.1 Empregado e empregador na relação do trabalho / emprego. 2.1.2 Assédio moral normas, e a visão de 3 doutrinadores. 2.1.3 Assédio moral e jurisprudência. 2.2 PREVENÇÃO E REPARAÇÃO PELO ASSÉDIO MORAL DO EMPREGADOR. 2.2.1 A prevenção. 2.2.2 Reparação. 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O assédio moral vem sendo destacado como um fenômeno social, que se caracteriza como algo intencional, abusivo e frequente, em especial por ferir a dignidade do indivíduo, afligindo-o, a situações constrangedoras e humilhantes de modo a comprometer sua integridade física e mental (PAMPLONA FILHO, 2006). O tema deste trabalho centra-se na caracterização do assédio moral realizado pelo empregador, observando que muito embora o assédio moral tenha aparecido desde o início do trabalho assalariado, o exame da questão hoje e a subordinação jurídica do empregado, é caracterizado pelo resultado do aumento das relações de trabalho e do desenvolvimento da sociedade.

Nesse sentido, se faz uma abordagem dessa problemática, buscando pesquisar as formas de prevenção e reparação no contexto não só jurídico como também outras formas já existentes, de modo a responder: como pode ser combatida e reparada a prática do assédio moral realizada pelo empregador?

A relevância do estudo se deu ao observar que no Brasil o tema é bastante discutido, em face do assédio moral no ambiente de trabalho ocorrer com grande frequência, causando danos físicos e mentais aos afetados. Além disso, este estudo pode proporcionar à comunidade acadêmica uma visão mais clara dos meios que podem ser utilizados para tentar inibir tal fenômeno.

Nessa visão, o objetivo geral para este trabalho foi identificar formas de combater e reparar a prática do assédio moral realizada pelo empregador. Para tanto, se valeu dos objetivos para conceituar o que é assédio moral do empregador; pesquisar formas de combater/prevenir o assédio moral do empregador e estudar as formas de reparação existentes no Brasil para o assédio moral do empregador. Nesta perspectiva foi possível traçar as linhas teóricas sobre o tema, tanto na construção da subjetividade que podem levar a abusos do poder, como se examinando leis que visam a regulamentação das condições para punição do assédio moral nas relações de emprego.

A metodologia aplicada se deu a partir do método dedutivo, onde se inicia pelo entendimento da regra geral para depois compreender os casos individuais. (MARCONI; LAKATOS, 2003). O tipo de pesquisa escolhida foi a de pesquisa bibliográfica, onde revelou claramente as contribuições científicas de autores sobre a questão do Assédio Moral. Os meios de buscas empregados foram às doutrinas jurídicas leitura de Leis, Revistas Jurídicas, Artigos Científicos e Constituição Federal, todos com disposições que evidenciam a respectiva teoria do Direito frente ao assédio moral praticado pelo empregador.

2 ASSÉDIO MORAL

Embora se saiba que é complexo provar a existência do assédio moral, como uma exposição a situações humilhantes às pessoas, em especial nas relações de trabalho, tal ocorrência e tal prática tem sido comum e frequente por meio de atitudes, gestos, palavras que fere a integridade física ou mental, colocando em risco o emprego ou degrade o ambiente de trabalho (NASCIMENTO; LIMA, 2017).

Neste sentido, com o objetivo de demonstrar como acontece e quais são os elementos essenciais para a caracterização do assédio moral, como também quais são as medidas para prevenir e coibir o assédio moral, se fez uma pequena explanação nos capítulos abaixo, entendendo que apesar do assédio moral ser um tema muito comentado, uma grande quantidade de pessoas desconhecem ou têm uma concepção errônea sobre o que ele é. Foi realizado, a partir daquilo que regulamenta a Consolidação das Leis Trabalhistas, Constituição Federal do Brasil e Estudos consistentes, os quais são apresentados ao longo do desenvolvimento deste trabalho.

Os estudos voltados para o assédio moral tiveram início com o etólogo austríaco Konrad Lorenz, considerado o fundador da etologia moderna (estudo do comportamento social e individual dos animais em seu *habitat* natural), o austríaco também observou o fenômeno e chamou de mobbing, cujo verbo significa maltratar, agredir, perseguir (HIRIGOYEN, 2017).

Alkimin, (2008 p. 37), enfatiza que o assédio moral é uma característica principal da:

Natureza humana, porém, tal condição é potencializada pelos fatores econômicos vividos na era contemporânea que escraviza a pessoa. Na mesma esteira, a escritora acresce que: O assédio moral é uma conduta da natureza humana. Fator social que ocorre no meio social, familiar, estudantil e, mais intensamente, no ambiente de trabalho, abrangendo tanto o setor privado como a administração pública, e, embora na atualidade tenha atraído estudos no campo da Psicologia, Sociologia, Medicina do Trabalho e do Direito, tem origem histórica provocada pela organização do trabalho, tendo em vista a relação domínio entre capital e força de trabalho.

Os autores Nascimento e Lima (2017) salientam que o assédio moral sempre existiu nas relações sociais e de trabalho, sendo mascarado por décadas, e somente no final do Século XX, começou a ser seguramente discutido, despertando o interesse diferentes segmentos da sociedade e sendo reconhecido como uma forma de violação dos direitos dos trabalhadores. Nesse sentido, Guedes (2005, p. 32) dá a definição de assédio moral no trabalho como:

Toda forma de atos e comportamentos preferidos pelo patrão, gerente, superior hierárquico ou pelos colegas de trabalho que visa perseguir de forma contínua e ostensiva a vítima assediada, podendo gerara danos relevantes e/ou irreversíveis nos aspectos físicos, psicológico e morais e até mesmo existencial do assediado.

Já, Barreto (2000, p. 127) em seus estudos sobre assédio no trabalho enfatiza que:

Assédio moral é a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comum em relações hierárquicas autoritárias a assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistirem do emprego.

Vale ressaltar que para efeito doutrinário, é necessário que o assediador realize ações repetidas e prolongadas visando prejudicar de alguma forma a vítima. Entendendo o assédio moral não deve ser confundido com conflitos laborais existente no local de trabalho, como por exemplo, quando há excesso de serviço, exigências relacionadas ao alcance de metas, falta de segurança, trabalhos em situações de risco ou ergonomicamente desfavoráveis (HIRIGOYEN, 2017).

Em geral, más condições de trabalho, estresse ou conflitos no ambiente de trabalho são confundidos com assédio moral. No entanto, Aguiar (2005, p. 117) distingue conflito de assédio moral, dizendo:

É necessário, portanto, distinguir a comunicação verdadeira e simétrica, mesmo que gerada na esfera de um conflito, daquela comunicação perversa, subliminar, sub-reptícia, composta de subterfúgios, porque esta é uma das armas usadas pelo agressor para atingir sua vítima.

O assédio moral no ambiente de trabalho segundo Alkimin (2008, p. 36), pode ser praticado pelo “empregador ou superior hierárquico (assédio vertical), um colega de serviço (assédio horizontal), ou por um subordinado (assédio ascendente), com intenção de discriminar e perseguir, buscando eliminar a vítima do ambiente de trabalho”.

A partir deste contexto, se deterá no próximo tópico, a prática do assédio vertical nas formas de divulgação do poder no ambiente de trabalho e da sujeição jurídica do empregado, observando que as práticas de ocorrência do assédio moral é um fenômeno antigo, que se faz presente em muitos lugares de trabalho, devido à degradação das relações humanas e disfunções organizacionais (OMS, 2004).

2.1 ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

A subordinação do empregado ao empregador é reconhecida na legislação trabalhista, a qual atribuiu ao empregador o *jus variandi*, ou seja, o direito de alterar, mudar ou variar o contrato de trabalho de seus funcionários. (GRABOWSKI; PAVELSKI, 2012).

Nesse sentido, o empregador, apreende o poder de direção de sua organização econômica. Contudo, este poder está sujeito a algumas limitações, motivo pelo qual ele não pode operar de modo a corrompê-lo, sob risco de praticar uma conduta abusiva ou gerar consequências de abuso no exercício regular do poder, caracterizando o assédio moral. Delgado (2013, p. 277), aponta que:

A relação empregatícia é uma relação com fundo essencialmente econômico. E é através dela que o homem é inserido no processo produtivo assim como no processo de consumo e desenvolvimento econômico da sociedade, e que tão-somente será possível mediante a contraprestação do salário pago aos empregados.

A advogada e Professora Denise de Fátima Gomes de Figueiredo Soares Farias, salienta que “não é tarefa fácil a delimitação dos limites do poder diretivo do empregador. A empresa tem o direito de cobrar produtividade, frequência e eficiência de seus trabalhadores” (FARIAS, 2017, p. 9), todavia, por outro lado, é de suma importância que o empregado tenha sua intimidade e moral preservadas.

2.1.1 Empregado e empregador na relação do trabalho / emprego

A doutrina e a legislação brasileiras trazem distinções significativas entre o vínculo empregatício e a relação de trabalho, e estes pressupostos estão fundamentados nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho³⁰. De acordo estes preceitos a relação de emprego é um feito de natureza jurídica que possui características e elementos específico do tipo.

Bentivoglio e Oliveira (2017) relatam que o empregador pode ser reputado como sendo a pessoa física ou jurídica, que ao assumir os riscos relacionados à atividade econômica, contrata, assalaria e orienta a prestação de serviços. De modo que este conceito está revisto no artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, onde a CLT coloca que o empregador é a empresa. Martins, (2008, p. 175), ainda acrescenta:

Para uns, a empresa é sujeito de direito, enquanto para outros é objeto de direito, analisada como um conjunto de bens, que não seria equiparável a sujeito de direito. Empregador deveria ser a pessoa física ou jurídica para aqueles que entendem que o empregador não é sujeito, mas objeto de direito. Não deixa de ser empregador aquela atividade organizada que vende bens ou serviços, mas que não tem finalidade de lucro, como as associações, as atividades de beneficência etc.

³⁰ **Art. 2º CLT** - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. **Art. 3º** - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

O autor ainda complementa que:

Numa concepção mais objetiva, empregador é o ente destituído de personalidade jurídica. Não é requisito, para ser empregador, ter personalidade jurídica. Tanto é empregador a sociedade de fato, a sociedade irregular que ainda não tem seus atos constitutivos registrados na repartição competente, como a sociedade regularmente inscrita na Junta Comercial ou no Cartório de Registro de Títulos e Documentos. Será, também, considerado como empregador o condomínio de apartamentos, que não tem personalidade jurídica, mas emprega trabalhadores sob o regime da CLT (Lei ° 2.757/56). (MARTINS, 2008, p. 190).

Ainda se tem como empregadores órgãos como, a União, os Estados, Municípios, entre outros segmentos produtivos, onde o poder diretivo do empregador acontece desde que um trabalhador passa a ser o empregado. Neste contexto há o requisito subordinação, onde o empregado possui o dever de seguir às ordens passadas por seus superiores.

A subordinação refere-se ao pólo oposto do direito de gestão realizado pelo empregador nas relações laborais, caracterizando-se assim, como “uma situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços”. (DELGADO, 2013, p. 293).

Muito embora existam as relações que envolvem contratos prestação de serviço entre autônomo e tomador de serviço, sendo não regido pela CLT e sim Código Civil. Contudo, as cobranças profissionais exigindo que o trabalho seja feito de maneira eficaz, onde o trabalhador cumpre metas, não pode ser exigido de forma abusiva pelo poder hierárquico (SILVA, 2022).

O exercício do controle diretivo não é uma imposição da vontade ilimitada, mas um fenômeno social onde o poder do empregador se equilibra com a liberdade e o direito do empregado de se opor ao empregador, devendo o empregador estabelecer a paz universal, baseando-se na justiça social. (FARIAS, 2017).

De acordo com Silva (2022, p. 12) “Uma das razões pelas quais a justiça social existe é proteger o trabalho justo, humano e digno e garantir que todos gozem dos direitos já garantidos pela Magna Carta”.

Maria France Hirigoyen se refere ao assédio moral no local de trabalho da seguinte forma:

[...] toda e qualquer conduta abusiva manifestada, sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos e escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou a integridade física ou psíquica de uma

pessoa ou pôr em perigo seu emprego ou, em última análise, degradar o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2010, p. 61).

Para Delgado (2013, p. 669) “a Constituição Federal rejeita as condutas do poder diretivo que agridam a liberdade e dignidade básicas do trabalhador, pois essas condutas se chocam com o universo normativo e com os princípios da própria Constituição Federal”. Corroborando com este entendimento se mostra no tópico abaixo, doutrinadores que reconhecem o abuso do poder diretivo.

2.1.2 Assédio moral normas, e a visão de 3 doutrinadores

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu 1º artigo, no inciso III, a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental do Estado Brasileiro, elevando o ser humano ao centro de todo o ordenamento jurídico, sendo o princípio maior.

É interessante ressaltar que a partir da Resolução CNJ n. 351/2020, é possível distinguir para efeitos jurídicos, o que é assédio moral, sexual e discriminação:

I – Assédio moral: processo contínuo e reiterado de condutas abusivas que, independentemente de intencionalidade, atente contra a integridade, identidade e dignidade humana do trabalhador, por meio da degradação das relações socioprofissionais e do ambiente de trabalho, exigência de cumprimento de tarefas desnecessárias ou exorbitantes, discriminação, humilhação, constrangimento, isolamento, exclusão social, difamação ou abalo psicológico;

[...]

III – Assédio sexual: conduta de conotação sexual praticada contra a vontade de alguém, sob forma verbal, não verbal ou física, manifestada por palavras, gestos, contatos físicos ou outros meios, com o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador;

IV - Discriminação: compreende toda distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, etnia, cor, sexo, gênero, religião, deficiência, opinião política, ascendência nacional, origem social, idade, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, ou qualquer outra que atente contra o reconhecimento ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural, laboral ou em qualquer campo da vida pública; abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável;

[...] (BRASIL, 2020, não paginado)

Vale destacar, que alguns municípios visando coibir a prática do assédio moral já possuem leis, no entanto, essas leis são específicas para Administração Pública. Tem-se como exemplo os municípios de “Americana, Bauru, Campinas, Guarulhos, São Paulo, Iracemápolis, Sidrolândia, Reserva do Iguaçu, Cascavel, Natal e Jaboticabal” (PAROSKI 2006, p. 2).

Para melhor elucidar se traz à baila, a Lei Municipal n. 13.288, de 10 de janeiro de 2002, que se aplica aos funcionários da Prefeitura de São Paulo, a mesma retrata o assédio moral, da seguinte maneira:

Para fins do disposto nesta lei considera-se assédio moral todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a autoestima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do funcionário, tais como: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de idéias de outros; ignorar ou excluir um funcionário só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; subestimar esforços (SÃO PAULO, 2002, não paginado).

No âmbito Estadual, também se tem leis regulando esta matéria como, por exemplo, o Estado de Sergipe e Rio de Janeiro, bem como já há projetos de Lei em tramitação nos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo, Pernambuco e Bahia (MELO, 2017).

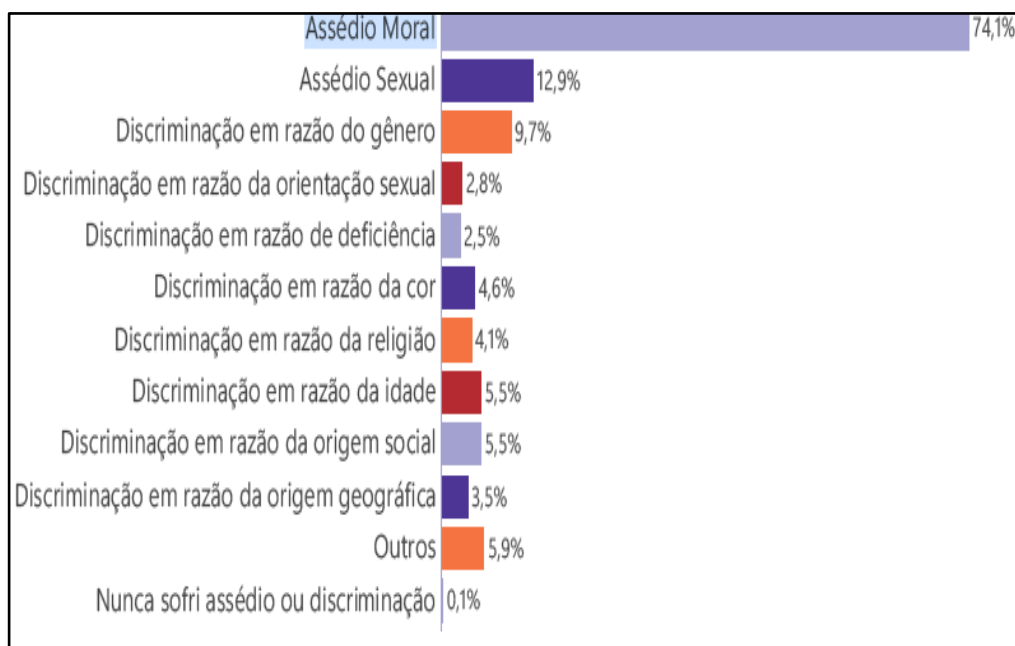
Já no âmbito Federal, estão sendo feitas propostas para alterar o Código Penal e outros projetos de lei. Em destaque temos o Projeto de Lei n. 4.742/01, de criação do Deputado Federal Marcos de Jesus, estabelecendo no art. 146-A no Código Penal, a seguinte redação: "Desqualificar, reiteradamente, por meio de palavras, gestos ou atitudes, a autoestima, a segurança ou a imagem do servidor público ou empregado em razão de vínculo hierárquico funcional ou laboral" (PAROSKI, 2006, p. 2).

Nota-se, que os casos de assédio e discriminação fazem parte da rotina diária dentro do ambiente de trabalho, é a partir dessas definições, e das pesquisas realizadas neste âmbito, que o assédio moral tem sido apontado em sua maioria (CNJ, 2022).

A figura 01 mostra essa evidencia nos dados da Pesquisa nacional sobre assédio e discriminação no âmbito do Poder Judiciário:

Fonte: CNJ (2022, p.23).

FIGURA 01 – PERCENTUAIS QUANTO AOS TIPOS DE ASSÉDIO OU DISCRIMINAÇÃO SOFRIDOS



Como se observa na figura 01, o assédio moral se coloca como o tipo de assédio mais recorrente entre os profissionais que operam no Poder Judiciário, com 74,1%. Em segundo lugar, está o assédio sexual, com 12,9%, seguido da discriminação em razão do gênero, com 9,7%. A discriminação em razão de deficiência é a menos reportada, com 2,5%.

Como se sabe, atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, não há a existência de uma lei própria que proteja o trabalhador do assédio moral, no entanto, o mesmo possui amparo na Constituição Federal em seus artigos 1º, incisos III e IV, 7º, inciso XXII, inciso VI e 225, vejamos: “Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, [2022a], não paginado).

Nas palavras da doutrinadora Maria Berenice Dias: o “Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o princípio maior, o mais universal de todos os princípios. É um macro princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade” (DIAS, 2016, p. 73).

Corroborando, Sarmiento (2002, p. 59-60) explana que:

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico (...) pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa

na ideia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado.

Segundo Farias (2017, p. 20), a necessidade de proteger os funcionários contra a violência mental e o assédio moral no trabalho decorre de uma série de fatores que devem ser ressaltados, como “o aumento da consciência do trabalhador sobre seus direitos e da insatisfação com algumas condições laborais historicamente ultrapassadas e sem sintonia com a contemporaneidade”. Contudo, poucos trabalhadores tem tido atitudes de denunciar seus os agressores, como salienta pesquisas realizada pelo Conselho Nacional de Justiça:

A percentagem relativa a denúncias realizadas é pequena (13,9%). Desse modo, foram perguntados os motivos da não realização de denúncias de casos que envolvem assédio e/ou discriminação. Dois são os motivos mais citados: “Por achar que não ia dar em nada”, com 49,1%, e por “Medo de sofrer represálias”, com 48%. Há ainda outros quatro motivos que possuem percentuais bastante aproximados: “Medo de atrapalhar a minha carreira”, com 33,3%; “Por falta de apoio institucional”, com 32,9%; “Medo de não conseguir provar”, com 31,4%; e “Medo da exposição”, com 30,8%. (CNJ, 2022, p.26).

Contudo, diante de uma situação de assédio moral o trabalhador, pode e deve requerer a indenização por danos morais face ao seu empregador ou até mesmo seus prepostos. Exemplificando se mostra o julgado Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região TRT-17 - Recurso Ordinário: RO 0168900-84.2004.5.17.0008:

EMBRATEL. ASSÉDIO MORAL. DINÂMICA GRUPAL. DESVIRTUAMENTO. VIOLAÇÃO AO PATRIMÔNIO MORAL DO EMPREGADO. INDENIZAÇÃO. A dinâmica grupal na área de Recursos Humanos, objetiva testar a capacidade do indivíduo, compreensão das normas do empregador e gerar a sua socialização. Entretanto, sua aplicação inconsequente produz efeitos danosos ao equilíbrio emocional do empregado. Ao manipular tanto a emoção, como o íntimo do indivíduo, a dinâmica pode levá-lo a se sentir humilhado e menos capaz que os demais. Impor “pagamentos” de “prendas” publicamente, tais como, dançar a dança da “boquinha da garrafa”, àquele que não cumpre sua tarefa a tempo, configura assédio moral, pois, o objetivo passa a ser o de inferiorizá-lo e torná-lo “diferente” do grupo. Por isso, golpeia a sua autoestima e fere o seu decoro e prestígio profissional. A relação de emprego cuja matriz filosófica está assentada no respeito e confiança mútua das partes contratantes impõe ao empregador o dever de zelar pela dignidade (BRASIL, 2005b, não paginado).

Teixeira (2016, p. 23), elucida que no assédio moral o assediador, ainda pode preferir a discricção, agindo através de “comunicação não verbal (suspiro, erguer de ombros, olhares de desprezo, silêncio, ignorar a existência do agente passivo) ou pela fofoca, zombaria, ironias e sarcasmos” sendo

este, mais fácil de negar como parte de uma reação, porque um perversor ou um assediador, geralmente não admite suas ações abertamente.

Segundo Assis (2020, p. 20-21), o assédio moral, embora não regulamentado, é caracterizado como:

um bem jurídico da pessoa do ofendido, como a imagem, honra e a integridade psicológica, bens esses protegidos pelos direitos da personalidade, passível, portanto de compensação através do pagamento de indenização por parte do ofensor, que comete um ato ilícito ao violar um interesse jurídico tutelado pelo direito, mais especificamente, pela cláusula geral dos direitos da personalidade, ou seja, pela dignidade da pessoa humana.

Concluindo, o *caput* da Constituição que resguarda o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e dar garantia ao valor social do trabalho, bem como em normas infraconstitucionais, as quais dão ao juiz condições de fazer uma interpretação teleológica sendo capaz até de condenar o ilícito, é de suma importância, contudo, é preciso que se tenham regras específicas, para combater com mais força ao que se propõe erradicar.

Assim, a falta de leis federais específicas sobre o assunto não significa que o empregado esteja desamparado, pois como já exposto, há uma ampla gama de meios legais disponíveis para se proteger.

2.1.3 Assédio moral e jurisprudência

O Código Civil regulamenta os direitos da personalidade nos artigos 11 e ss., trazendo um rol dos direitos da personalidade, não é um rol taxativo, por estar se discutindo os direitos que tutela (BRASIL, [2022b]) “o valor da pessoa humana e sua essência, não podendo o direito negar proteção a outras vertentes da personalidade humana decorrentes de novas realidades acomodados em novos cenários sociais”. (SCHREIBER; 2014, p. 10). E atualmente tem somado nos Tribunais a prevenção e a punição do assédio moral laboral. Citam-se a exemplos os recursos dos TST – RR: 8085720125090018, RT-4–RO: 1418005320095040005/RS0141800 53.2009.5.04.0005 e o TST - AIRR: 955005520095170010:

RECURSO DE REVISTA – PROCESSO ELETRÔNICO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ASSÉDIO MORAL E DOENÇA OCUPACIONAL. VALOR ARBITRADO. O Regional, com base no conjunto fático-probatório, em especial na prova oral, manteve a sentença por meio da qual o Reclamado foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes de assédio moral e de doença ocupacional. Ao reduzir o quantum indenizatório (R\$ 80.000,00 pelo assédio moral e R\$ 30.000,00 pela doença ocupacional), o Regional pautou-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em obediência aos critérios de justiça e equidade. E, como não existe na jurisprudência um parâmetro legal para a fixação do dano moral, cujo valor de indenização é meramente estimativo, prevalece o critério de se atribuir ao juiz o cálculo da

indenização, o qual só comporta revisão, de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, quando irrisório ou exorbitante, o que não se constata no caso concreto. Ilesos, portanto, os artigos 5º, V, da Constituição da República e 944 do Código Civil. Recurso de Revista não conhecido. (BRASIL, 2015a, não paginado).

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ASSÉDIO MORAL. Evidenciado o assédio moral referido na inicial, é desnecessária prova de que a reclamante tenha sofrido algum abalo passível de indenização, porque o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, caracteriza-se pela simples verificação da ofensa ao bem jurídico, no caso, a integridade psíquica da trabalhadora. (BRASIL, 2011, não paginado).

Tribunal Superior do Trabalho TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA: AIRR 955005520095170010 Quanto ao assédio moral, infere-se que este expõe o trabalhador a situações humilhantes que se prolongam durante o pacto laboral. Constituído-se, pois, em um conjunto de atos reiterados que ofendem a dignidade da pessoa. Sabe-se que o modo de produção capitalista impõe uma gestão de empresa voltada para o aumento do lucro e, como consequência, o obreiro acaba por sofrer pressões psicológicas terríveis no sentido de aumentar produtividade de forma constante. Neste sentido, esclarece-se que há o assédio moral quando o empregador se desvia no uso do poder diretivo, não se confundindo com a simples pressão pela busca de resultados. Afinal, este é um direito do empregador. Ocorre que o exercício do citado poder encontra limite no princípio da dignidade da pessoa humana. Não pode o superior hierárquico, sob o pretexto de gerenciar a produção, ofender a honra do empregado. No presente caso, o robusto conjunto probatório evidencia a lesão à dignidade da obreira. Com efeito, importante ressaltar que restou configurado a frustração e o sentimento de impotência da empregada frente a conduta ilícita do seu superior. Ademais, infere-se dos depoimentos que o gerente expunha injustamente a recorrida a constrangimentos e humilhações na frente dos demais empregados. (BRASIL, 2015b, não paginado).

Como se percebe, os recursos nos Tribunal Superior do Trabalho apresentados acima, tem se manifestado de forma favorável às vítimas do assédio moral. Contudo em modelos de gestão conferidos pelos empregadores continua sendo elaborado a divisão do trabalho, por vezes sem execução, e ainda são fiscalizadas e controladas buscando sempre a obtenção de maiores ganhos a partir da redução de custos diretos com o pessoal, tornando o assédio moral perceptível na pressão constante para alcançar melhores resultados e metas (CHAVES, 2000).

Desta forma, a vítima assediada sente uma angústia que pode afetar diretamente a sua saúde física e psicológica, contribuindo para o desenvolvimento de doenças verticalmente, crônicas geradas pelo clima de terror psicológico realizado no ambiente em que trabalha.

2.2 PREVENÇÃO E REPARAÇÃO PELO ASSÉDIO MORAL DO EMPREGADOR

A Resolução CNJ n. 351/2020 propõe medidas de prevenção tomadas pelos tribunais e conselhos antes e após da promulgação desse ato normativo. Estas medidas estão em conjunto para a prevenção e combate ao assédio e à discriminação, preconizada no art. 4º, inciso III, que envolvem especialmente:

- a) o desenvolvimento e a difusão de experiências e métodos de gestão e organização laboral que promovam saúde, sustentabilidade e segurança no trabalho;
- b) a promoção de política institucional de escuta, acolhimento e acompanhamento de pessoas;
- c) o incentivo às abordagens de práticas restaurativas para resolução de conflitos (BRASIL, 2020, não paginado).

O Conselho Nacional de Justiça em pesquisa realizada, ainda aponta as diretrizes para gestão e organização do trabalho:

Orienta sobre mecanismos de acolhimento, suporte e acompanhamento de denúncias e de pessoas afetadas; modos de tratamento das notícias de assédio e discriminação; condução em relação a infrações, procedimentos disciplinares e penalidades; e do alinhamento da Política de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral, do Assédio Sexual e da Discriminação com o planejamento estratégico de cada órgão do Poder Judiciário (CNJ, 2022, p. 9).

Todas estas medidas de acordo Martiningo Filho (2007, p. 86) “pode parecer um contra-senso ou exagero discutir o assédio moral no trabalho. Entretanto, toda organização deve encontrar os seus limites, seus parâmetros e definir claramente o que será considerado assédio moral”, e assim estabelecer metas de enfrentamento.

As medidas de prevenção consistem de início em dar aos empregados boas condições de trabalho, tomando o cuidado de prevenir o *stress*. Também é importante uma boa comunicação. O grande problema é fazer com que os funcionários se expressem com liberdade e sem medo de represália, aceitando o confronto, o eventual enfrentamento e a contradição. (MARTININGO FILHO, 2007, p. 86)

A partir dessas, os empregados passam a ter acervos relativos aos mecanismos de mobilização para os tribunais e conselhos que serão utilizados quando ocorrer ações de assédio e discriminação.

2.2.1 A prevenção

A sociedade e as organizações não podem continuar a negar o problema do assédio moral no ambiente de trabalho, precisam adotar ações concretas para combatê-lo, pois é necessário conter os fatores que podem causar os comportamentos/ações e aumentar a propagação das consequências desta atitude para com os agressores (SALIN, 2008)

Nesse sentido, as principais formas de prevenção são a informação e a garantia da promoção de um ambiente de trabalho saudável, isto deve acontecer, a partir do investimento em campanhas de esclarecimentos e oferecer cursos, palestras e oficinas com profissionais especializados possibilitando os empregados a identificar situações de assédio e saberem como agir frente a um caso concreto.

Pesquisadores como Heloani (2005) e Martiningo Filho, (2007, p. 88) recomendam uma introdução de políticas específicas anti-assédio moral, destacando medidas como "a promoção e divulgação de um código de ética da empresa, a criação de um canal seguro de recebimento de denúncias, o apoio psicológico aos empregados que se sentirem assediados". Ainda, acrescenta Heloani (2005, p. 105):

Além dos códigos de ética, podem-se criar mecanismos, por meio do departamento de Recursos Humanos da organização, para dar ao trabalhador agredido o direito de denunciar a agressão de que tenha sido vítima, por escrito e sigilosamente; com esse fim, o indivíduo agredido pode utilizar caixas postais e mesmo "urnas" em dependências isoladas dentro da organização, para que, em tese, possa ter seu anonimato garantido. São passos para amenizar o problema, mas não bastam.

Para melhor exemplificar nas imagens abaixo, alguns recursos utilizados que demonstram atitudes realizadas por entidades a fim de prevenir o assédio moral no trabalho:

Figura 02 – Campanha do CGU contra assédio moral



Fonte: UFOP (2021).

Figura 02 – Convite da Oficina sobre prevenção ao assédio moral do Setor Desenvolvimento de Pessoas da Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas (PROGEP) da Universidade Estadual da Paraíba.

Oficinas

ASSÉDIO MORAL

A importância de conhecer, prevenir e combater

Público alvo:
Servidores em cargo de chefia na UEPB

Inscrições pelo link:
bit.ly/oficinasassediomoral

Data das inscrições: Até o dia 25/04

Datas das oficinas: 27/04, 04/05 e 11/05.
Sua participação ocorrerá em apenas **um encontro**, conforme o preenchimento das vagas a partir da ordem de inscrição

Realização: Online/Google Meet

Horário: 14h30 às 16h30

 **Com emissão de declaração de participação!**



Fonte: UEPB (2021).

Como se percebe, nas figuras acima, a garantia de que todos estejam cientes do que constitui assédio e do que é comportamento e ação aceitável no local de trabalho pode ajudar bastante a reduzir e até eliminar essa prática.

Neste mesmo sentido, a Cartilha de Prevenção ao Assédio Moral aponta alguns métodos eficazes de prevenção ao assédio moral dentro dos seguintes elementos:

- Incentivar a efetiva participação de todos os colaboradores na vida da empresa, com definição clara de tarefas, funções, metas e condições de trabalho;
- Instituir e divulgar um código de ética da instituição, enfatizando que o assédio moral é incompatível com os princípios organizacionais;
- Promover palestras, oficinas e cursos sobre o assunto;

- Incentivar as boas relações no ambiente de trabalho, com tolerância à diversidade de perfis profissionais e de ritmos de trabalho;
- Ampliar a autonomia para organização do trabalho, após fornecer informações e recursos necessários para execução de tarefas;
- Reduzir o trabalho monótono e repetitivo;
- Observar o aumento súbito e injustificado de absenteísmo (faltas ao trabalho);
- Realizar avaliação de riscos psicossociais no ambiente de trabalho;
- Garantir que práticas administrativas e gerenciais na organização sejam aplicadas a todos os colaboradores de forma igual, com tratamento justo e respeitoso;
- Dar exemplo de comportamento e condutas adequadas, evitando se omitir diante de situações de assédio moral;
- Oferecer apoio psicológico e orientação aos colaboradores que se julguem vítimas de assédio moral; e
- Estabelecer canais de recebimento e protocolos de encaminhamento de denúncias. **(BRASIL, 2019, p. 14).**

Como se observa, existem muitas maneiras de prevenir o assédio moral no local de trabalho, porém a mais importante de todas é a informação.

2.2.2 Reparação

A Cartilha de Prevenção ao Assédio Moral, recomenda que qualquer funcionário do setor público que seja vítima de atos caracterizadores de assédio moral no ambiente de trabalho ou tenha presenciado tais ações, apresente denúncia ao seu supervisor, ouvidoria ou comissão de ética. Assim, as queixas consideradas procedentes podem dar origem a inquérito e processo disciplinar **(BRASIL, 2019)**

Neste sentido, a competência para autuar e julgar ação de indenização por dano moral relacionada ao emprego é da Justiça do Trabalho, fundamentada na Súmula de n. 392 **(BRASIL, 2015c)**. De acordo com o art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir litígios relativos à reparação do dano moral quando decorrente do vínculo empregatício **(BRASIL, [2022a])**.

A partir dessa normativa naquilo que a tange ao dano moral no direito do trabalho, “a jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior de Justiça, estabelece

expressamente a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as demandas que veiculam pleitos indenizatórios de dano moral” (FELKER, 20110, p. 178).

Schiavi, (2011, p. 63) elucida as principais causas para se obter a reparação do dano moral:

- a) proteção efetiva à dignidade da pessoa humana;
- b) sanção ao causador do dano;
- c) satisfação para a vítima que, com uma reparação pecuniária ou in natura, pode ter uma compensação que neutralize ou amenize o sofrimento;
- d) proteção da sociedade como um todo, já que há interesse social na proteção dos direitos de personalidade.

Neste contexto a natureza jurídica da reparação é patrimonial, pois dano patrimonial se esquadra a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor “equivalente, de modo a poder indenizar completamente o lesado ao restabelecer seu patrimônio original” (CAHALI, 2005, p. 44). Age-se, portanto, como compensação o dano patrimonial. Já diferentemente, a sanção do dano moral “não se resolve numa indenização propriamente, já que a indenização significa eliminação do prejuízo e suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano moral”. (POZZA, 2011, p. 64).

De acordo Alvarenga (2016, p. 05), a natureza jurídica da relação da reparação por danos morais tem caráter duplo. Em relação à vítima é compensatório, quer dizer, “a vítima recebe um valor em pecúnia para abrandar o sofrimento”. No tocante ao ofensor é sancionatória, ou melhor, “é uma sanção civil pecuniária ou in natura pelo ato ilícito praticado e também para que ele não volte a ser praticado, servindo-lhe de característica pedagógica ou de exemplo”.

De modo que se percebe que a natureza jurídica da indenização por dano moral é mista: Por um lado é compensatória, na acepção de indenizar pecuniariamente o ofendido, proporcionando a chance de ter um jeito de amenizar o dolo sofrido por agressão moral, em um “misto de compensação e satisfação; e punitiva para inibir novos episódios lesivos, nefastos ao convívio social” (CARMO, 2005, p. 48).

Freitas e Vieira (2014) citam que Claudia Lima Marques atribui a esta punição um caráter pedagógico-satisfativo, onde nas palavras dos autores:

Esta sanção civil então tem o caráter punitivo fazendo aquele que cometeu o ato ilícito perder parte de seu patrimônio, mas não somente isto, ela nasceu com a intenção de educar e desestimular a conduta praticada, por isso é também pedagógica. A função pedagógica da pena é causar uma satisfação a quem foi indevidamente cobrado, prevenir a reincidência e a prática do ato ilícito por outrem. (FREITAS; VIEIRA, 2014, p. 12).

Nesse sentido, de acordo com o princípio da indenização, o pagamento da quantia cai entre a indenização e a pena. Em conexão com a indenização, comunica o fim de conceber um pagamento imposto em favor e em atendimento do lesado (SILVA, 2013).

A jurisprudência tem se pronunciado nesse entendimento, de acordo se verifica nas ementas³¹ proferidas pela TRT da 3ª Região, destacando a dupla maneira da indenização, até porque ela pode ser ao mesmo tempo, uma compensação para o empregado e uma punição patrimonial para empresa, no intuito de coibir a prática de atos dessa natureza (BRASIL, 2000; BRASIL, 2005a).

As formas de reparação mais evidentes são:

Pecuniária: objetiva atribuir à vítima uma “compensação em dinheiro para reparar o dano sofrido ou amenizar o sofrimento”. Decisivamente é a forma mais comum de reparação do dano moral e também a que tem motivado um maior número de pedido na Justiça brasileira (SCHIAVI, 2011, p. 82).

In natura: versa no deferimento à vítima de uma prestação diversa de dinheiro, ou seja, estabelece, que o ofensor cumpra uma obrigação de fazer ou não fazer, o que na visão de Mauro Schiavi (2011, p. 82) “é mais eficaz e possibilita maior justiça na decisão”.

Nesse sentido, Pozza (2011, p. 65) explana que:

Quando requerida de maneira concreta a melhor forma de reparação é *in natura*, o juiz deve deferir-la. Assim sendo, o juiz pode, ao invés de deferir uma indenização pecuniária, exigir que o reclamado proceda ao pagamento de um tratamento médico ao empregado acidentado e proceda a sua inclusão social na empresa.

De acordo o doutrinador Schiavi, (2011, p. 83), há na esfera trabalhista, a chance de utilização de reparação *in natura* com resultados efetivos quando:

- a) retratação do empregador quando há alguma acusação que atente contra a honra do empregado;
- b) direito de resposta do empregado;
- c) reintegração no emprego, quando a dispensa discriminatória;

³¹ **DANO MORAL. INDENIZAÇÃO.** A indenização por dano moral deve ser fixada em valor razoável, de molde a traduzir uma compensação, para a vítima (empregado) e, concomitantemente, punir patrimonialmente o empregador, a fim de coibir a prática reiterada de atos dessa natureza. (TRT, 3ª R., 5ª T., RO n. 9891/99, Rel. Juíza Taísa Maria M. de Lima, DJMG, 20-05-2000).

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Tanto a higidez física como a mental, inclusive a emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição (art. 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna, que se agrega à genérica anterior (art. 7º, XXVIII, da CF/88). A reparação do prejuízo subjetivo tem o escopo de amenizar o sofrimento causado ao empregado, bem como o pedagógico/punitivo ao agente causador do dano. (TRT, 3ª R., 1ª T., RO n. 559/2004.051.03.00-8, Rel. Mauricio J. Godinho Delgado, DJMG, 02-03-2005).

- d) fornecimento de carta referencia do empregado;
- e) fixação de obrigação pelo empregador, de arrumar emprego para o empregado em outra empresa, quando providência for possível.

A legislação vigente, em todas áreas de atuação entende que não há como tarifar a reparação por dano moral, ficando o montante compensatório a cargo do prudente arbítrio do juiz diante do caso concreto. Além disso, o STJ pacificou a questão por meio da Súmula n. 281: "A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa". (BRASIL, 2004, não paginado).

Diante desse contexto, o poder empregatício deve acatar não só os limites do contrato de trabalho, mas também os direitos pessoais do trabalhador (intimidade, honra, imagem e privacidade) que não estão documentados no contrato de trabalho, mas estão dispostos por imperativo constitucionais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal objetivo deste estudo foi identificar como se pode combater e reparar a prática do assédio moral realizada pelo empregador no ambiente de trabalho. Para fundamentar a pesquisa foi necessário: Conceituar o que é assédio moral do empregador; pesquisar formas de combater/prevenir o assédio moral no ambiente trabalho e estudar as formas de reparação existentes no Brasil para o assédio moral do empregador.

Para iniciar o estudo foi preciso buscar os elementos caracterizadores das relações de emprego e o poder diretivo e seus fundamentos, adentrando na temática, através do estudo das nomenclaturas usuais, e nos elementos caracterizados, pela Legislação, Doutrina e Jurisprudência por fim, se elencou algumas atitudes que configuram e outras que não configuram o assédio moral nas formas de prevenção e reparação existentes no Brasil, tendo em vista que as relações laborais sempre foram objeto de observação e estudo, em especial no questionamento: como poder ser combatida e reparada a prática do assédio moral realizada pelo empregador?

Foi observado no transcorrer da pesquisa que a relação ao Poder Diretivo está confirmada nas relações contratuais do trabalho, contudo deve ser exercido com cautela. E o fundamento legal deste poder está disposto no artigo 2º da CLT, que é determinado que o empregador é quem assume os riscos relacionados à atividade, paga, contrata e gerencia a atividade do empregado e que possui autoridade para exercer sobre o trabalho dos seus empregados, através de ordens, direção das atividades e imposição de penalidades aos empregados faltosos. Entretanto, do ponto de vista do poder diretivo, foi enfatizado o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este princípio uma garantia balizar para o alinhamento dos limites do poder do empregador, a partir do que prediz o artigo 5º da CF, o qual oferece barreiras para o exercício arbitrário do empregador.

Sobre o assédio moral conclui-se, que apesar do ordenamento jurídico brasileiro não disponha de legislação federal específica contra esta conduta, existem dispositivos da CF, do Código Civil e da CLT que podem ser aplicados para resguardar os direitos de trabalhadores que recebem este tipo de agressão.

Contudo, a ausência de legislação específica faz considerar que o assunto abordado possui a necessidade de ser ainda bastante discutido para criar formas na lei para que todos os direitos dos

empregados sejam resguardados, principalmente quanto à efetiva resposta punitiva e repressiva do Estado.

Em razão disso, é preciso uma discussão cada vez mais frequente naquilo que diz respeito, a uma maior prevenção e reparação na temática do assédio moral realizado pelo empregador. Podendo concluir que existem diversas formas de coibir o assédio moral no trabalho, contudo, a principal delas é a informação, e o agente que for vitimado ou testemunhar, precisa fazer denúncia e requerer de maneira concreta, melhor forma de reparação, mas necessita que estas, estejam dispostas por imperativos constitucionais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, A. L. S. **Assédio moral**: o direito a indenização pelos maus-tratos e humilhações sofridos no ambiente do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

ALKIMIN, M. A. **Assédio moral na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2008.

ALVARENGA, R. Z de. Responsabilidade do empregador por dano moral reflexo. **Revista eletrônica**: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, v. 12, n. 190, p. 45-53, mar. 2016. Disponível em:

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/83597/2016_alvarenga_rubia_responsabilidade_e_mpregador.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 07 out. 2022.

ASSIS, M. C. de. **O assédio moral de acordo com a jurisprudência do superior tribunal de justiça**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Unigranrio, 2020. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:r0KkcRdevokJ:blogs.unigranrio.br/bibliotecavirtua/l/files/2020/09/O-assedio-moral-de-acordo-com-a-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica.pdf&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 03 out. 2022.

BARRETO, M. M. S. **Uma jornada de humilhações**. 2000. 266 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) - PUC, São Paulo, 2000.

BENTIVOGLIO, E. C. S; OLIVEIRA, R. G de. Equiparação Salarial entre Empregados de um Mesmo Grupo Econômico. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 14, n. 14, 2017. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/7440/5649>. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL, C. C. B. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. não paginado. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 ago. 2022.

BRASIL, C. N. J. **Resolução nº 351, de 28 de outubro de 2020**. Institui, no âmbito do Poder Judiciário, a Política de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral, do Assédio Sexual e da Discriminação. Brasília,

DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. não paginado. Disponível em:
<https://atos.cnj.jus.br/files/original192402202011035fa1ae5201643.pdf>. Acesso em: 01 out. 2022.

BRASIL. S. T. J. Súmula nº 281: a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na lei de imprensa.. **Diário da Justiça**. REsp. 453.703-MT, DJ em 13 mai. 2004, p. 200. Disponível em:
<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Sml/article/view/64/4037>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. T. R. T. (3ª Região). **Recurso Ordinário RO: 00559-2004-051-03-00-8 (RO -20200/04)**. Órgão Julgador: 1ª Turma. Recorrente: A. J. de P., Recorrido: S. I. E. LTDA. Relator: Juiz Mauricio Godinho Delgado. Revisor: Maria Laura Franco Lima de Faria. Julgado em 02 mar. 2005a. Disponível em:
<https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2833>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. T. R. T. (3ª Região). **Recurso Ordinário RO: 9891/99**. Órgão Julgador: 5ª Turma. Recorrente: C. H. A., Recorrido: J. S. de L. Relatora: Juíza Taísa Maria M. de Lima. Revisor: Ricardo Antonio Mohallem. Julgado em 20 mai. 2000. Disponível em: <https://consulta.trt3.jus.br/redireciona.htm?dswid=6378>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. T. R. T. (4ª Região). **Recurso Ordinário RO: 1418005320095040005**. Órgão Julgador: 6ª Turma. Relatora: Maria Cristina Schaan Ferreira. Julgado em 19 out. 2011. Disponível em:
https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/ejus1/33eNdwhZwZtAUzlipI1UH_Gka4yg2-9FengsynUIFMg?&em=RECURSO+ORDIN%C3%81RIO+DA+RECLAMANTE.+INDENIZA%C3%87%C3%83O+POR+DANOS+MORAIS+DECORRENTES+DE+ASS%C3%89DIO+MORAL.+Evidenciado+o+ass%C3%A9dio+moral+referido+na+inicial%2C+%C3%A9+desnecess%C3%A1ria+prova+de+que+a+reclamante+tenha+s ofrido+algum+abalo+pass%C3%ADvel+de+indeniza%C3%A7%C3%A3o%2C+porque+o+dano+moral+%C3%A9+in+re+ipsa%2C+ou+seja%2C+caracteriza-se+pela+simples+verifica%C3%A7%C3%A3o+da+ofensa+ao+bem+jur%C3%ADdico%2C+no+caso%2C+a+integridade+ps%C3%ADquica+da+trabalhadora. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. T. R. T. (17ª Região). **Recurso Ordinário RO: 0168900-84.2004.5.17.0008**. Órgão Julgador: Pleno. Relatora: Juíza Sônia das Dores Dionísio. Revisor: Juiz José Luiz Serafini. Julgado em 27 set. 2005. Publicado no DEJT em 18 nov. 2005b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-17/422978472>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. T. S. T. **Cartilha de prevenção ao assédio moral pare e repare**: por um ambiente de trabalho mais positivo. Secretaria de Comunicação Social do TST e Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), 2019. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+ass%C3%A9dio+moral/573490e3-a2dd-a598-d2a7-6d492e4b2457>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. T. S. T. **Agravo de Instrumento AIRR-95500-55.2009.5.17.0010**. Agravante: SESI, Agravado: L. M. S. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte. Julgado em 04 fev. 2015. Publicado no DEJT em 26 out. 2015b. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/4868520308886c12472317b7d45d108c>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. T. S. T. Súmula nº 392: dano moral e material. relação de trabalho. competência da justiça do trabalho. **Diário da Justiça**. Res. 200/2015, DEJT divulgado em 29 out. 2015 e 03 e 04 nov. 2015c. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. T. S. T. (8ª Turma). **Recurso de Revista nº TST-RR-808-57.2012.5.09.0018**. Recorrente: D. L. B.C., Recorrido: I. U. S.A. Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro. Julgado em 04 fev. 2015. Publicado no DEJT em 20

fev. 2015a. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/764bff85333f2065c212f3911ef3108a>. Acesso em: 03 out. 2022.

CAHALI, Y. S. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

CARMO, J. B. do. A prescrição em face da reparação de danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho ou doença profissional ao mesmo equiparada. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 42, n. 72, p. 19-29, jul./dez. 2005. ISSN:0076-8855. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/26994>. Acesso em: 01 out. 2022.

CHAVES, A. Formação histórica do direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 95, p. 57-105, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67456>. Acesso em: 03 out. 2022.

CNJ, C. N. de J. **Pesquisa nacional assédio e discriminação no âmbito do Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/pesquisa-assedio-e-discriminacao.pdf>. Acesso em: 01 out. 2022.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed., São Paulo: LTr, 2013.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, D. de F. G. de F. S. **Assédio moral no ambiente de trabalho: os limites do poder diretivo e a caracterização do assédio moral**. 2017. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa, 2017.

FELKER, R. **O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho: doutrina, jurisprudência e legislação**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 178.

FREITAS, I. O. M. de; VIEIRA, M. B. A natureza jurídica da norma consumerista que prevê devolução em dobro. **Jus Navigandi**, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bda989b1330ba4f4>. Acesso em: 20 ago. 2022.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: direito de família**. vol. 6. São Paulo: Saraiva Educação S.A., 2011.

GRABOWSKI, L. P.; PAVELSKI, A. P. O abuso de direito aplicado ao poder do empregador e o assédio moral. **Percorso**, v. 1, n. 12, p. 280-303, 2012. ISSN 2316-7521. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/537/419>. Acesso em: 01 out. 2022.

GUEDES, M. N. **Terror psicológico no trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

HELOANI, R. Assédio moral: a dignidade violada. **Aletheia**, Canoas, n. 22, p. 101-108, dez. 2005. ISSN 1413-0394. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942005000200010. Acesso em: 03 out. 2022.

HIRIGOYEN, M. F. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTININGO FILHO, A. **Assédio moral e gestão de pessoas**: uma análise do assédio moral no trabalho e o papel da área de gestão de pessoas. 2007. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade de Brasília, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação, Brasília/DF, 2007. Disponível em:

https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/2359/1/2007_AntonioMartiningoFilho.PDF. Acesso em: 01 out. 2022.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**. 22 ed. São Paulo, 2008.

MELO, L. S. de. **O assédio moral na administração pública e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana**. 2017. 65 f. Monografia (Especialização em Direito Administrativo e Administração Pública), Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2017. Disponível em: https://bdm.ufmt.br/bitstream/1/1528/1/TCCP_2017_La%c3%adse%20Sabino%20de%20Melo.pdf. Acesso em: 01 out. 2022.

NASCIMENTO, C. M. do; LIMA, K. R. de. Assédio moral no ambiente de trabalho. UNIVAG Centro Universitário, **TCC-Direito**, 2017. Disponível em:

<https://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/1074/1030>. Acesso em: 20 ago. 2022.

NASCIMENTO, S. A. C. M. O assédio moral no ambiente do trabalho. **Jus Navigandi**, 2004. p. 2. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5433/o-assedio-moral-no-ambiente-do-trabalho/2>. Acesso em: 01 out. 2022.

OMS. Conscientização sobre assédio psicológico no trabalho. **Série de Proteção à Saúde do Trabalhador**, n. 4. Genebra, 2004.

PAMPLONA FILHO, R. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. **Revista LTr**: legislação do trabalho, São Paulo, v. 70, n. 9, p. 1079-1089, set. 2006.

PAROSKI, M. V. **A constituição e os direitos fundamentais**: do acesso à justiça e suas limitações no Brasil. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. Londrina/PR, 2006.

POZZA, E. S. **A reparação do assédio moral sofrido pelo empregado na relação de trabalho**. 2011. 86 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em:

<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/35887/000816554.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 out. 2022.

Salin, D. A prevenção do assédio moral no trabalho como uma questão de gestão de recursos humanos: medidas adotadas e fatores organizacionais subjacentes. **Revista Escandinava de Administração**. 2008.

SÃO PAULO. **Lei nº 13.288, de 10 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre a aplicação de penalidades à prática de "assédio moral" nas dependências da Administração Pública Municipal Direta e Indireta por servidores

públicos municipais. São Paulo, SP: Diário Oficial da Cidade, 2002. não paginado. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-13288-de-10-de-janeiro-de-2002>. Acesso em: 28 out. 2022.

SARMENTO, D. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro. 2002.

SCHIAVI, M. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

SCHREIBER, A. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, W. D. D. da. **Assédio moral no ambiente de trabalho**. 2022. 18 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro Universitário Goiás – UNIGOÍÁS, Goiânia, 2022.

SILVA, L. G. da. Estudo da natureza jurídica e da responsabilidade civil por danos morais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 16 fev. 2013. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33874/estudo-da-natureza-juridica-e-da-responsabilidade-civil-por-danos-morais>. Acesso em: 30 set. 2022.

TEIXEIRA, J. L. V. **O assédio moral no trabalho: conceito, causas e efeitos, liderança versus assédio, valoração do dano e sua prevenção**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2016.

UEPB. **Setor de Desenvolvimento de Pessoas da PROGEP realiza oficina sobre prevenção ao assédio moral**. Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande/PB, 2021. Disponível em: <https://uepb.edu.br/setor-de-desenvolvimento-de-pessoas-da-progep-realiza-oficina-sobre-prevencao-ao-assedio-moral/>. Acesso em: 30 set. 2022.

UFOP. **Campanha da CGU traz informações sobre assédio moral e sexual**. Comitê de Integridade e Transparência, Universidade Federal de Ouro Preto, Minas Gerais, 2021. Disponível em: <https://ufop.br/noticias/institucional/campanha-da-cgu-traz-informacoes-sobre-assedio-moral-e-sexual>. Acesso em: 02 out. 2022.

A PROBLEMÁTICA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

SAMARA DA SILVA MORAES:

Acadêmica do curso de bacharelado em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA).

TANIRA ALVES NOVAES DE OLIVEIRA ³²

(orientadora)

RESUMO: A maioridade penal consiste na faixa etária na qual o indivíduo passa a tornar-se responsável por suas ações e pode respondê-las com base no Código Penal. Já a responsabilidade penal pode ser atribuída às pessoas com idade inferior à da maioridade penal, que consiste em 18 anos. Este estudo se trata de uma revisão da literatura por meio da pesquisa bibliográfica de artigos publicados quanto a maioridade penal, sendo realizado um levantamento bibliográfico nas bases de dados publicados entre os anos de 2017 a 2022 e em idioma português, feito a análise e realizada a discussão dos resultados. Os aumentos de crimes em adolescentes refere-se à desigualdade de recursos das estruturas sociais, principalmente na educação. Deste modo, é indispensável garantir a socialização, pois as maiorias dos jovens infratores apresentam baixa escolaridade e também são de classe baixa, em que há a falta de vínculo familiar. Na teoria há diversos direitos que são garantidos a criança e ao adolescente, no entanto, não é visto na prática, não sendo aplicadas as políticas que visam a melhoria a esse grupo. O estudo em questão buscou refletir sobre a constitucionalização na maioridade penal, sendo fundamental que sejam feitos mais estudos sobre a temática, com a finalidade de discutir com mais clareza e mais conhecimento para a conscientização da sociedade.

Palavras-chaves: Adolescente. Ato Infracional. Maioridade Penal.

ABSTRACT: The criminal majority consists of the age group in which the individual becomes responsible for his actions and can respond to them based on the Penal Code. Criminal liability can be attributed to persons under the age of criminal majority, which is 18 years of age. This is a literature review through bibliographic research of published articles regarding the criminal majority, being carried out a bibliographic survey in the databases published between the years 2017 to 2021 and in Portuguese language, made the analysis and carried out the discussion of the results. The increases in crimes in

³² Professora da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA) do Curso de Direito, especialista em Direito Penal. Email: taniranovaes@gmail.com

adolescents refers to inequality of resources of social structures, mainly in education. Thus, it is essential to ensure socialization, as most young offenders have low schooling and are also from the lower class, where there is a lack of family ties. In theory, there are several rights that are guaranteed to children and adolescents, however, it is not seen in practice, and policies aimed at improving this group are not applied. The study in question seeks to reflect on the constitutionalization of criminal majority, and it is essential that more studies are carried out on the subject, in order to discuss with more clarity and more knowledge for the awareness of society.

Keywords: Adolescent. Infractional Act. Criminal majority.

INTRODUÇÃO

Diversas mudanças aconteceram na sociedade, alterações que ocorreram por conta das discussões sobre as temáticas que são pautas na sociedade, porém, o que ainda é debatido é sobre a maioria penal, devidos as distintas opiniões acerca do assunto (MARTINS *et al.*, 2021).

A maioria penal consiste na faixa etária na qual o indivíduo passa a tornar-se responsável por suas ações e pode respondê-las com base no Código Penal. Já a responsabilidade penal pode ser atribuída as pessoas com idade inferior à da maioria penal, que consiste em 18 anos (MANSUR *et al.*, 2019).

Considerando a necessidade de reflexão mais aprofundada sobre essa temática, o artigo tem o objetivo de discutir sobre a maioria penal, apresentando as discordâncias acerca da possibilidade de redução e sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, tendo em vista a necessidade do debate acerca do assunto.

Além disso, busca trazer à reflexão a possibilidade de camuflar problemas, em vez de resolvê-los; discutir acerca da importância da Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA e as medidas socioeducativas para os casos de criminalidade; escrever acerca dos direitos e deveres garantidos aos adolescentes e relatar que é necessária a junção de todo um sistema no qual irá proporcionar a esses adolescentes uma melhor educação, saúde, alimentação, lazer.

A temática do presente projeto foi escolhida devido à crescente discussão que veio ocorrendo nos últimos anos, que é a redução da maioria penal, no qual é um assunto que gera o debate e também há diversos julgamentos e opiniões diversas.

No que diz respeito a relevância da pesquisa, refere-se na importância em ser discutido acerca da constitucionalização na maioria penal e a irradiação de seus ditames jurídicos, além das contradições, entre esses, de que com a redução da maioria penal os crimes seriam reduzidos, no fato que esses casos que vem ocorrendo se dá por conta desses menores, adolescentes, com isso, cada vez mais há o aumento da criminalidade no país.

Desse modo, o estudo tem a necessidade de debater sobre a possibilidade de diminuição da maioria penal, assim como a imputabilidade, frente às garantias particulares descritas na Constituição Federal. Por isso, a contribuição do estudo consiste na compreensão dos elementos que incluem não só o documento constitucional, mas ainda outros textos legais.

Quanto ao método, o presente estudo se trata de uma pesquisa exploratória, de revisão da literatura, por meio da pesquisa bibliográfica de artigos publicados quanto a constitucionalização na maioria penal, além da irradiação de seus ditames jurídicos.

Foi realizado um levantamento bibliográfico nas bases de dados que abordassem sobre a maioria penal e a discussão acerca do assunto. No desenvolvimento da revisão de literatura, foi feito por meio das busca de artigos usando as seguintes bases de dados: SCIELO- Scientific Eletronic Library Online, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e demais revistas na área de Direito.

Foram incluídos os artigos científicos divulgados em língua portuguesa relacionados com a temática. Foram excluídas monografias, editorial, teses, dissertações, anais de eventos e que não correspondessem a data de busca. Os critérios de inclusão adotados foram: artigos completos, publicados entre os anos de 2017 a 2022 e em idioma português.

Como descritores, foram utilizados os seguintes: redução da maioria penal, direito, redução da maioria penal, Estatuto da Criança e Adolescente e Constituição Federal. Os critérios de exclusão adotados foram artigos sem resumo na base de dados, conteúdo que não corresponde a temática e artigos em língua estrangeira. Foi realizada a leitura e o agrupamento dos mesmos, sendo escolhidos aqueles que atendessem aos critérios de seleção.

Inicialmente, foram encontrados 55 artigos, em que foi realizada a leitura dos estudos e o resumo. Após a leitura completa, foram selecionados, finalmente, 10 artigos. Foi feita novamente a leitura completa e detalhada desses estudos, analisando-os e discutindo sobre os resultados.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Contexto histórico da redução da maioria penal

Diversas mudanças aconteceram na sociedade, alterações que ocorreram por conta das discussões sobre as temáticas que são pautas na sociedade, porém, o que ainda é debatido é sobre a maioria penal, devidos as distintas opiniões acerca do assunto (MARTINS *et al.*, 2021).

No período do Brasil Colônia as punições eram a partir de sete anos de idade, porém, nos anos seguintes foram havendo alterações. Foi instituída no Brasil nos anos de 1830 através do primeiro Código Criminal do Império a maioria penal. Inicialmente foi definido como a idade de 14 anos, em que foi definida essa faixa etária por conta da percepção das ações feitas pelos menores, tendo consciência de seus atos (BONALUM; JACINTO, 2019).

As mudanças e avanços para a assistência durante a infância aconteceram no início do século XX, no qual o Governo passa a exercer a função de proteger os menores que estão sobre situação de risco e desamparadas, já que antes existia o jogo político sobre isso, devido as discussões e interesses em trabalho infantil (GALLO, 2020).

Os menores de quatorze anos que cometiam algum ato considerado errado perante as normas deveriam ser conduzido as casas de correção, no intuito de haver a punição aos mesmos. O período determinado para seria feito de acordo com a decisão do magistrado, no entanto, não devendo exceder a idade de dezessete anos (MASTROIANNI *et al.*, 2020).

Entre os avanços que ocorreram sociedade, houve a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que desenvolveu os códigos e princípios acerca da proteção ao direito a esse grupo, proporcionando melhorias e garantindo os direitos físicos, psicológicos, educacional e social, de forma que estejam amparados e protegidos (CORREIA *et al.*, 2017).

O Estatuto possui a finalidade de garantir os direitos básicos da criança e do adolescente, responsabilizando-se para prestar assistência e os cuidados necessários, tais como direito ao ensino, cultura, liberdade, entre outros, no qual irão trazer benefícios e qualidade de vida e bem-estar a esse grupo (LIBARDI; CASTRO, 2017).

A expressão menor, no que se refere ao ponto de vista jurídico, foi adaptada, desse modo, alterando a perspectiva de indivíduos em situação inferior, com isso, envolvendo a infância de maneira geral e não somente aos que são tidos em condição de risco ou desiguais (MANSUR *et al.*, 2019).

Portanto, a maioria penal foi sendo discutida até definir que há a punição quando a pessoa tem o amadurecido para as suas ações e fins legais. Desse modo, a faixa etária em que o indivíduo pode ser culpado por suas ações passou a ser de dezoito anos, com isso, o comprometimento criminal faz referência a menor idade em que o sistema judicial pode culpar um sujeito por seus erros (LINS *et al.*, 2016).

Nos últimos anos cada vez mais tem crescido a discussão acerca da diminuição da maioria penal no Brasil, principalmente no âmbito político e na sociedade. A Proposta de Emenda à Constituição (PEC 33/2012) entra em pauta propondo alterações na lei penal em vigor, de forma que haja a redução da idade de dezoito para dezesseis anos, no qual, aqueles que possuírem a idade a partir de dezesseis anos, recebem a mesma pena que adultos (NUCCI, 2016).

Desse modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente é necessário para garantia dos direitos desse grupo, sendo necessárias para a ressocialização de adolescentes que reincidem em ações infracionais. Para Liberati (2010), se houver a aprovação e alteração do critério de inimputabilidade penal, haverá um grande retrocesso constitucional também social, pois a proteção dos jovens estará vulnerável e não sendo garantida.

Redução da maioria penal e a irradiação de seus ditames jurídicos

Os casos de crimes envolvendo menores de idade têm cada vez mais acontecido no Brasil, com emprego das medidas de advertência e privação de liberdade e com a prevalência das ações de internação e com pouca aplicação das medidas socioeducativas. Com isso, há a necessidade de ser discutido acerca da intensificação da questão social, nos debates que desempenham na sociedade os sentimentos de medo, incerteza (LEAL; MACEDO, 2019).

Ao mesmo tempo, verifica-se que, embora devesse ter sido abandonado, o próprio termo "menor" ainda se mantém nos discursos de parte da população, principalmente naqueles que associam a infrações e a violência, além de ser feito a associação aos grupos menos privilegiados (LAGES; RIBEIRO, 2019).

A maior parte das pesquisas está direcionada para o motivo pelo qual o adolescente é internado e não a mudança que ele necessita ter para que seja evitado a internação e redução de crimes. Isso se torna um problemático, pelo fato de demonstrar a falta de preocupação com a reabilitação dos mesmos (SILVA *et al.*, 2020).

Por um lado, aqueles que defendem a redução da maioria argumentam que o combate à violência e ao crime deve ser feito com o aumento da severidade das penas, em que o lema pode ser traduzido como "quanto mais cedo e com maior rigor o infrator é punido, mais a delinquência será inibida" (MANSUR *et al.*, 2019).

Quanto às causas, os aumentos de crimes cometidos por adolescentes refere-se à desigualdade de recursos das estruturas sociais, principalmente na educação. Deste modo, é indispensável garantir a socialização, pois a maioria dos jovens infratores apresentam baixa escolaridade e também são de classe baixa, em que há vínculo familiar inadequado (NASCIMENTO, 2016).

Os argumentos relacionados pelos que defendem a diminuição da maioridade penal se voltam para os aspectos psicológicos e do desenvolvimento dos adolescentes em realizar as ações e a culpa que eles devem ter sobre seus atos. Essas análises, porém, não levam em conta a dimensão social de existência de inúmeras violações de direitos no cotidiano desses jovens (LEAL; MACEDO, 2019).

Aqueles que defendem a diminuição da idade penal argumentam que com essa aprovação reduziria os índices de aliciamento de crianças e adolescentes no tráfico de drogas, no qual muitos são usados para serem induzidos por criminosos para comercializar produtos ilícitos, porém, por conta da lei, eles tornam-se impunes de seus atos, voltando a cometer o crime novamente (LINS *et al.*, 2016).

Associado ao investimento na educação, é fundamental que os menores tenham o acompanhamento feito por especialistas, tais como: psicólogos, terapeutas e assistentes sociais, com a finalidade de observar agravos e impedir que o adolescente abandone a escola, pois a saída da escola é o indicativo de que ele possa se envolver com o crime (GALLO, 2020).

O sistema prisional no Brasil, na teoria, promoveria as soluções necessárias para a reinserção do menor no meio coletivo, entretanto, na prática isso não é visto. Reduzir a idade penal não significa que haverá a diminuição dos crimes, pois, mesmo que seja reduzido, haverá ainda a busca por crianças abaixo da idade pautada na lei (LEAL; MACEDO, 2019).

Um fato a ser discutido é que no Brasil a desigualdade social é um problema para as crianças e os adolescentes, a oportunidade não é a mesma para todos, as falhas fazem com que seja um agravante para a entrada dos menores ao mundo do crime, sendo assim, a punição carcerária a eles é injusta, pelo fato de não possuírem culpa da falta de oportunidades na sociedade em que vivem (ZACCONE, 2015).

Desse modo, é inegável que não adianta haver a pena, se o sistema e o Estado não conseguem afastar o adolescente do mundo do crime, posto que, na maioria das vezes, os jovens não mais se intimidam com o efeito das ações praticadas. Além disso, é necessário que nas organizações de objetivo criminoso, o governo deva punir de modo mais severo aqueles que tentam se esconder por trás da impunidade do menor (NUCCI, 2016).

Muitas vezes é descrito que o adolescente sabe distinguir certo e errado antes dos 16 anos, e a consequência direta desse assunto é que o discernimento acarretaria à imputabilidade penal. Esse possível discernimento estaria relacionado à possibilidade de voto facultativo a partir dos 16 anos e também ao fácil acesso à informação. Ter consciência para votar também permitiria ter a capacidade para escolher cometer, ou não cometer, atos infracionais (DIAS *et al.*, 2018).

É necessário que haja a discussão acerca da maioria penal, principalmente no que se refere às alternativas para a redução da prevalência de atos cometidos por menores. Isso reflete a assistência de forma correta, pois em muitos casos há a volta para o mundo do crime, não sendo a reinserção de forma que os afaste do crime (LINS *et al.*, 2016).

Porém, é necessário que as políticas e os programas de apoio a criança e adolescente sejam aplicadas, pois elas são necessárias para evitar que haja a volta para o mundo do crime. Haver os investimentos em métodos que irão incentivar a educação aos jovens é necessário para que haja a redução do crime (ALVAREZ *et al.*, 2019).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Há a importância em se discutir sobre “a maioria penal”, sendo fundamental que seja discutido sobre o tema. Para isso, foram selecionados 10 artigos, sendo feita a leitura e a análise para a discussão dos resultados.

Na tabela 1 a seguir pode ser observada a distribuição dos estudos selecionados de acordo com o ano de publicação:

Tabela 1 - Distribuição dos artigos de acordo com o ano de publicação.

ANO DE PUBLICAÇÃO	N	%
2018	3	30%
2019	3	30%
2020	2	20%
2021	2	20%
2022	0	0%
TOTAL	10	100%

Fonte: Dados da pesquisa, 2022.

Na tabela 2 está a descrição dos estudos de acordo com os autores, ano de publicação e título dos artigos das pesquisas selecionadas.

Tabela 2- Descrição dos artigos selecionados de acordo com os autores, ano de publicação e título dos artigos.

Nº	AUTORES E ANO DE PUBLICAÇÃO	TÍTULO DO ARTIGO
A1	ANDRADE <i>et al.</i> , 2020	O “Menor Infrator” na Mídia: Etnografia da Criminalização da Pobreza no G1
A2	BARRETO; PONTES, 2020	O julgamento de adolescentes varejistas do tráfico de drogas no Brasil: uma análise de processos judiciais
A3	BONALUM; JACINTO, 2019	Encarceramento juvenil: o legado histórico de seletividade e criminalização da pobreza
A4	BONASSA <i>et al.</i> , 2021	O princípio do peculiar estado da pessoa em desenvolvimento e o caráter pedagógico das medidas socioeducativas em face da redução da maioridade penal
A5	DIAS <i>et al.</i> , 2018	A redução da maioridade penal: uma análise dos editoriais do jornal o globo
A6	GARCIA; FERREIRA, 2021	Revisão integrativa: adolescentes autores/as de ato infracional no Brasil
Tabela 2- Descrição dos artigos de acordo com os autores, ano de publicação e título dos artigos. FINAL		
A7	LAGES; RIBEIRO, 2019	Os determinantes da prisão preventiva na Audiência de Custódia: reforço de estereótipos sociais?
A8	MANSUR <i>et al.</i> , 2019	Revisão de literatura científica sobre maioridade penal no Brasil
A9	NIRA <i>et al.</i> , 2018	O conhecimento científico acerca do sistema socioeducativo brasileiro: lacunas e transbordamentos a se pensar na proteção integral do adolescente
A10	SECCO; LIMA, 2018	Justiça restaurativa-problemas e perspectivas

Fonte: Dados da pesquisa, 2022.

Na tabela 3 está a distribuição dos estudos de acordo com os autores e ano de publicação e também os objetivos e métodos das pesquisas realizadas.

Tabela 3 - Descrição dos artigos selecionados de acordo com os autores, ano de publicação, objetivo e método

AUTORES E ANO DE PUBLICAÇÃO	OBJETIVO	MÉTODO
A1 ANDRADE <i>et al.</i> , 2020	Mapear as reportagens vinculadas a estes de modo a compreender as subjetividades produzidas, promovendo uma reflexão crítica a respeito da produção do “menor infrator” na mídia e seus desdobramentos.	Revisão de literatura
A2 BARRETO; PONTES, 2020	Analisar os processos judiciais relativos ao ato infracional de tráfico de drogas, em Petrolina-PE (2011-2014)	Pesquisa documental
A3 BONALO; JACINTO, 2019	Propor reflexões acerca do encarceramento juvenil, bem como sobre a maneira como a violência atravessa o cotidiano dessa população	Revisão integrativa
A4 BONASSA <i>et al.</i> , 2021	Analisar a efetividade do caráter pedagógico das medidas socioeducativas aplicadas na Lei n. 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em detrimento da maioria penal	Hipotético-dedutivo
A5 DIAS <i>et al.</i> , 2018	Analisadas as estruturas das propostas e os discursos midiáticos para o recrudescimento do controle de adolescentes em conflito com a lei	Pesquisa bibliográfica
A6 GARCIA; FERREIRA, 2021	Analisar como vêm sendo estudadas as intervenções com adolescentes em conflitos com a lei em cumprimento de medidas socioeducativas no Brasil.	Revisão de literatura

Tabela 3 - Descrição dos artigos selecionados de acordo com os autores, ano de publicação, objetivo e método

FINAL			
A7	LAGES; RIBEIRO, 2019	Identificar os fatores determinantes das decisões proferidas no âmbito das Audiências de Custódia, expediente inserido no sistema de justiça criminal brasileiro em 2015	Qualitativos e quantitativos
A8	MANSUR <i>et al.</i> , 2019	Descrever os principais resultados de pesquisas científicas sobre maioria penal no Brasil publicadas em três bases eletrônicas de dados: SciELO, LILACS e Portal Regional da BVS	Revisão de literatura
A9	NIRA <i>et al.</i> , 2018	Identificar as intervenções baseadas em fatores de proteção e promoção de saúde devem ser oportunizadas	Revisão de literatura
A10	SECCO; LIMA, 2018	Descrever a aplicação de métodos de justiça restaurativa	Revisão de literatura

Fonte: Dados da Pesquisa, 2022.

A maioria penal consiste na faixa etária no qual o indivíduo passa a tornar-se responsável por suas ações e pode respondê-las com base no Código Penal. Já a responsabilidade penal pode ser atribuída as pessoas com idade inferior à da maioria penal, que consiste em 18 anos (MANSUR *et al.*, 2019).

O Brasil é um dos países que mais encarcera no mundo, no qual grande parte ocorre em flagrantes feitos pela polícia por meio de abordagens violentas, sendo que o perfil das pessoas que são abordadas são menores negros e de baixa renda. Um dos problemas que ocorre é que em grande parte, os casos são arquivados por conta das justificativas policiais, no qual alegam que as abordagens são feitas por meio de legítima defesa (TELLES *et al.*, 2020).

Nisso, o infrator tem a ligação com o crime devido a falta de finalizar o caso, além de possuir ficha criminal. Embora o caso seja arquivado, não significa que o menor foi condenado, porém, ele tem antecedentes criminais, o que impede que o indivíduo consiga emprego e também tenha dificuldades de socialização (TRINDADE, 2019).

A imagem do adolescente menor de idade que é sujeito à infância pobre ser considerado perigoso ou uma criança, no que se refere a infância abastada, parece ser desprotegida e vive nas ameaças das ruas é transmitida por meio de jornais, revistas jurídicas e conferências acadêmicas, que se tem a definição da imagem do adolescente como criança pobre, inteiramente desamparada, moral e materialmente, por pais, tutores, pelo Estado e pela sociedade (ANDRADE *et al.*, 2020).

Entre os fatores de risco que fazem com que os adolescentes se voltem para o mundo do crime é a falta de estrutura familiar, ausência do pai ou da mãe, violência, falta de incentivo aos estudos, entre outros. Outro fator é o nível socioeconômico, o que faz com que muito dos adolescentes abandonem os estudos para ajudar no sustento da casa (SEHN *et al.*, 2018).

Na teoria, há diversos direitos que são garantidos a criança e ao adolescente, no entanto, não é visto na prática, não sendo aplicadas as políticas que visam a melhoria a esse grupo. Além disso, a palavra “menor” ainda é usada como forma de vincular ao crime, o que necessita ser mudado, pois é importante que seja visto com algo positivo (BONALUM; JACINTO, 2019).

Bonassa *et al.* (2021) destacam em seus resultados que com o Estatuto da Criança e o Adolescente houveram condições necessárias para determinar as normas voltadas a esse grupo, garantindo seus direitos e deveres. Silva e Strang (2020) concluem em seu estudo que é necessário que o Estado ofereça condições para que as Políticas Públicas sejam cumpridas e que apresente de fato os resultados esperados para que sejam oferecidos os direitos dos indivíduos.

Muito se fala em reduzir a maioria penal, porém não são evidenciadas as falhas que existem no sistema, tais como as condições inadequadas das instituições dos sistemas de ressocialização. Há no sistema prisional a superlotação, também a higiene inadequada e estrutura física para o amparo aos menores infratores, assim também como não oferece a reinserção com o acompanhamento intensivo (LAGES; RIBEIRO, 2019).

Por outro lado, os índices destacam que a simples proposta de diminuir a idade penal seria a solução para enfrentar o problema dos crimes cometidos entre crianças e adolescentes. Porém, os resultados apresentam em muitos casos que há a volta à criminalidade, o que ocorre pela falta de assistência e garantia de direitos que promoverão a integração de maneira que o menor não volte a cometer os atos infracionais (BARRETO; PONTES, 2020).

Porém, é necessário que as políticas e os programas de apoio a criança e adolescente sejam aplicadas, pois eles são necessários para evitar que haja a volta para o

mundo do crime. Haver os investimentos em métodos que irão incentivar a educação aos jovens é necessário para que haja a redução do crime (ALVAREZ *et al.*, 2019).

Desse modo, investir no sistema educacional é a ferramenta mais eficaz para evitar e reduzir os jovens na criminalidade, pois a educação faz com que haja a qualificação e garante o futuro na sociedade. Além disso, faz com que seja desenvolvido o amadurecimento psicológico e social (DIAS *et al.*, 2018).

Secco e Lima (2018) ressaltam em seu estudo que é fundamental que haja ações necessárias para a redução de atos criminosos gerados por menores de idade. Para isso, é essencial o incentivo a educação e investimento em ações que tenha como objetivo evitar que haja a inserção desse grupo na criminalidade. Diante disso, Nira et al. (2019) afirmam que é necessário que na escola haja a organização e acolhimento para reduzir a evasão.

Nira et al. (2019) destacam que um dos fatores que influenciam o menor a cometer crimes é a falta de acesso a Educação, em que muitas das vezes não há a busca e o incentivo aos mesmos para o estudo. Castro et al. (2020) ressaltam em seus resultados que os recursos inseridos no Ensino no país causam impactos que reduzem os crimes, por meio do ensino de valores éticos e morais, assim também como o processo de cidadania.

Desse modo, é fundamental que haja ações e medidas necessárias para a redução de atos criminosos gerados por menores de idade. Para isso, é essencial o incentivo a educação e investimento em ações que tenha como objetivo de evitar que haja a inserção desse grupo na criminalidade (SECCO; LIMA, 2018).

Por meio das medidas socioeducativas, o menor infrator tem a possibilidade de melhoria e ampliar os hábitos de vida e conseqüentemente se distanciar do mundo do crime. Por isso, devem ser realizadas essas medidas para o incentivo aos estudos, desenvolvimento e admissão no mercado de trabalho, além do incentivo à interação familiar (COSTA *et al.*, 2019).

A finalidade dessas medidas ao menor faz com que esses adolescentes tenham mudanças e saibam ter autonomia e responsabilidade por seus atos, tendo a compreensão sobre a importância de estar em acordo com a sociedade e com as leis do meio em que está inserido (NASCIMENTO; NASCIMENTO. 2018).

Através das medidas socioeducativas, o adolescente tem a consciência e a responsabilização referente as implicações do seu ato e ações que estão em desacordo com a lei, levando-o a mudança de comportamento e, com isso, fazendo com que haja a redução de crimes (ALMEIDA *et al.*, 2021).

As evidências encontradas se voltam para os aspectos sociais e penais e também destacam que a redução da maioridade penal é um assunto que ainda é bastante discutido. Seria um problema ou uma solução para diminuir a criminalidade na sociedade? Percebe-se que tal discussão ultrapassa muito os limites da letra da lei, visto que envolve seres humanos em desenvolvimento e que necessitam do olhar atencioso de toda a sociedade, nos mais diversos setores das políticas públicas.

Por isso, o assunto seria muito simplista em tratar de reduzir somente a idade, visto que é fundamental proporcionar melhores condições de vida, saúde e educação aos indivíduos que estão imersos em fatores de risco. Além disso, é necessário que haja melhores condições e avanços nas medidas de ressocialização para que haja o desenvolvimento dos infratores e que não haja a reincidência dos crimes, proporcionando acesso a Educação e qualidade de vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que tange à redução da maioridade penal, observam-se opiniões favoráveis e contrárias na sociedade brasileira. Foi, por isso, de fundamental importância aprofundar a temática, visto que mudanças legislativas no sentido de redução da maioridade penal resultariam na convivência, dentro dos presídios, entre adolescentes e adultos, com a mesma pena e as mesmas condições.

Essas medidas provavelmente causariam maiores reincidências, visto que a prisão brasileira não possui na prática caráter ressocializador. Para o menor que por ali passar, a chance de sair mais desgastado é muito grande, pois a melhor maneira seria educar através de medidas socioeducativas e atividades pedagógicas.

O desamparo a criança e ao adolescente é um fator preocupante, por isso, para haver a reformulação de leis, é necessário que seja feito o incentivo a educação, oportunidades e melhorias. No entanto, ao invés de haver a procura para a melhoria e garantia dos deveres a esse grupo, há a discussão pela maioridade penal, sendo que não há as estruturas e os direitos e deveres garantidos como deveriam ser.

A criminalidade é minimizada com novos projetos no qual visa melhorar o sistema educacional, como dispõe a legislação atual vigente, que é um direito a criança e ao adolescente ter acesso ao ensino.

Os menores infratores que cometem algum crime, como descrito no Estatuto da Criança e do Adolescente prevêem até três anos de reclusão, ele dispõe o mesmo exposto no código penal, liberdade assistida, na qual o jovem passará a responder em liberdade, na presença de um tutor, e tem os mesmos deveres de comparecer perante o juiz.

O menor infrator responde por aquele delito que veio a ser praticado, e não deixará de recair em hipótese alguma a responsabilidade por ser um menor, receberá uma pena, porém sendo ela menor. Acaba se tornando mais eficiente educar do que punir, pois a educação sempre será a ferramenta mais propícia para resolver esses casos desses jovens.

E levando em conta também que nos presídios não há uma recuperação adequada, podendo sair esses jovens ainda mais perigosos, agravando mais ainda o sistema prisional, que apresenta falhas e não possui estruturas para atender a quantidade de pessoas ocupantes nesses presídios.

A pesquisa em questão foi necessária para destacar que é meramente uma ilusão da sociedade pensar que com a redução da maioridade penal tudo se resolverá. É necessário obter uma determinada assistência ao adolescente para que ela venha ter condições de retornar a sociedade.

Por isso, o estudo busca refletir sobre a maioridade penal, sendo fundamental que sejam feitos mais estudos sobre a temática com a finalidade de discutir com mais clareza e mais conhecimento para a conscientização da sociedade. Espera-se incitar a produção científica sobre o tema, enfatizar todos os pontos vulneráveis havendo a prevenção de agravos para reduzir esse problema na sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos César et al. Perspectivas atuais sobre políticas, produção, comércio e uso de drogas: apresentação ao dossiê "Drogas e Sociedade em uma perspectiva comparada". **Tempo Social**, v. 29, n. 2, p.1-14, 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/133303>>. Acesso em: 02 out. 2021.

ALMEIDA, Sara et al. Atuação do Psicólogo com Adolescentes que Cumprem Medida Socioeducativa: Uma Revisão Sistemática da Literatura. **Estud. pesqui. psicol.**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 51-72, abr. 2021. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180842812021000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 02 set. 2022.

ANDRADE, Francyne dos Santos et al. O "Menor Infrator" na Mídia: Etnografia da Criminalização da Pobreza no G1. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 40, n.6, p.1-14, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1982-3703003217509>>. Acesso em: 02 out. 2021.

BARRETO, Luzania; PONTES, Paulo Cesar. O julgamento de adolescentes varejistas do tráfico de drogas no Brasil: uma análise de processos judiciais. **Rev. Latino Cienc. Soc. Niñez Juv**, Manizales, v. 18, n. 2, p. 148-168, Dez. 2020. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692715X2020000200148&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 out. 2021.

BONALUM, Bruna; JACINTO, Adriana. Encarceramento juvenil: o legado histórico de seletividade e criminalização da pobreza. **R. Katál.**, Florianópolis, v. 22, n. 1, p. 160-170, jan./abr. 2019.

Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/rk/a/Qq6QLcbfcSRLZj7kRh9R3Bm/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 03 out. 2021.

CASTRO, Miguel et al. Gastos com educação, saúde e segurança pública: uma relação com as taxas de homicídios nos municípios do Brasil. **Rev Gestão, Finanças e Contabilidade**, v.10,n.3,p.166-187,set./dez. 2020, Disponível em:

<<https://www.revistas.uneb.br/index.php/financ/article/view/7515/8216>>. Acesso em: 03 out. 2021.

CORREIA, Pedro et al. Determinante da saúde no Brasil: a procura da equidade na saúde. **Saúde Soc.** São Paulo, v.26, n.3, p.676-689, 2017. Disponível em: <

<https://www.scielo.org/pdf/sausoc/2017.v26n3/676-689/pt>>. Acesso em: 03 out. 2021.

COSTA, Cibele et al. Vivências nas Medidas Socioeducativas: Possibilidades para o Projeto de Vida dos Jovens. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 39, n.13, p1-16, 2019. Disponível em:

<<https://doi.org/10.1590/1982-3703003186311>>. Acesso em: 02 out. 2021.

DIAS, Felipe da Veiga et al. A redução da maioria penal: uma análise dos editoriais do jornal o globo. **Rev. da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 2, p. 115-143, ago. 2018.

Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direitoarticledownload>>. Acesso em: 30 set. 2021.

GALLO, Silvio. "Infância maior": linha de fuga ao governo democrático da infância. **Educ. Pesqui.**, São Paulo, v. 46, p.1-12, 2020. Disponível em: <

<https://www.scielo.br/j/ep/a/nRFqxjr3fNkYyPCBkvGPQnK/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 03 out. 2021.

GARCIA, Rafael; FERREIRA, Dinair. Revisão integrativa: adolescentes autores/as de ato infracional no Brasil. **Rev Temas em Educação**, [S. l.], v. 30, n. 2, p. 167-184, 2021. Disponível em:

<<https://periodicos.ufpb.br/index.php/rteo/article/view/58616>>. Acesso em: 22 abr. 2022.

LAGES, Livia Bastos Lages; RIBEIRO, Ludmila. Os determinantes da prisão preventiva na Audiência de Custódia: reforço de estereótipos sociais? **Rev Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 1-35, 2019. Disponível em: <

<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/P9RFdXM8RgtrBSK59hcS6LM/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 02 out. 2021.

LEAL, Denise Maria; MACEDO, João Paulo. Os discursos protetivos e punitivos acerca dos adolescentes em medida de internação no Brasil. **Rev.latinoam.cienc.soc.niñez**

juv, Manizales, v. 17, n. 1, p. 207-221, Jun. 2019. Disponível em:

<http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692715X2019000100207&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 out. 2021.

LIBARDI, Suzana Santos; CASTRO, Lucia Rabello de. A proteção da infância no Brasil: uma visão crítica das relações intergeracionais. **Estud. pesqui. psicol.**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 3, p. 895-914, dez. 2017. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S18042812017000300006&lng=pt&nrn=iso>. Acesso em: 03 out. 2021.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LINS, Rodrigo et al. A redução da maioridade penal diminui a violência? Evidências de um estudo comparado. **Opinião Pública**, Campinas, vol. 22, n° 1, abril, 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/op/a/bhwWJbhznBSrHN8ssQVdWmm/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 02 out. 2021.

MANSUR, Thiago et al. Revisão de literatura científica sobre maioridade penal no Brasil. **Temas psicol.**, Ribeirão Preto, v. 27, n. 1, p. 113-126, mar. 2019. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413389X2019000100009&lng=pt&nrn=iso>. Acesso em: 02 out. 2021.

MARTINS, Michelle et al. A Redução da Idade de Responsabilidade Criminal na Perspectiva de Adolescentes. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 41, n.4, p.1-17, 2021. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/pcp/a/gj6bgGZ4fPJsbddwCqvp6Hb/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 03 out. 2021.

MASTROIANNI, Fábio et al. A Proposta da Redução da Maioridade Penal na Perspectiva das Equipes Técnicas das Medidas Socioeducativas de Internação. **Rev. Interinst. Psicol.**, Belo Horizonte, v. 13, n. 3, p. 1-18, dez. 2020. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198382202020000300003&lng=pt&nrn=iso>. Acesso em: 03 out. 2021.

NASCIMENTO, Cláudio Leles do et al. Redução da maioridade penal: aspectos gerais e controversos. **Rev Med Minas Gerais**, v.26, n.8, p.388-393, 2016. Disponível em: <<http://www.rmmg.org/artigo/detalhes/2184>>. Acesso em: 02 out. 2021.

NASCIMENTO, Mayara; NASCIMENTO, Lúcia. Eficácia social da medida socioeducativa aplicada ao adolescente em conflito com a lei. **Rev Vertentes do Direito**, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 195-231, 2018. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/5650>. Acesso em: 11 set. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12 ed. São Paulo: Ed. Forense, 2016.

SECCO, Márcio; LIMA, Elivânia. Justiça restaurativa-problemas e perspectivas. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 443-460, 2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdp/a/LWWgMMXBjK8fqdhFBdBpNKS/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 05 out. 2021.

SEHN, Amanda et al. O envolvimento do adolescente em semiliberdade com o ato infracional sob a perspectiva ecológica. **Pensando fam.**, Porto Alegre , v. 22, n. 2, p. 187-203, dez. 2018 .

Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2018000200013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 11 set. 2022.

SILVA, Luiz Henrique; STRANG, Bernadete. A obrigatoriedade da educação infantil e a escassez de vagas em creches e estabelecimentos. **Pro-Posições** v. 31, n. 11, p. 1-19, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1980-6248-2016-0069>>. Acesso em: 02 out. 2021.

SILVA, Vinícius Mauat da et al. A mortalidade entre adolescentes egressos do sistema penal. **Ciência & Saúde Coletiva**, v.25, n.10, p.3703-3711, 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.org/pdf/csc/2020.v25n10/3703-3711/pt>>. Acesso em: 02 out. 2021.

TELLES, Vera et al. Combatendo o encarceramento em massa, lutando pela vida. **Caderno CRH**, Salvador, v. 33, p. 1-16, p.15-26, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.9771/ccrh.v33i0.32931>>. Acesso em: 11 set. 2022.

TRINDADE, Stella. Reabilitação penal e o direito penal de registro: a certidão negativa criminal como empecilho para a recolocação do egresso penal no mercado de trabalho. **Caderno Virtual**, v. 2, n. 44, abr/jun. 2019. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3830>>. Acesso em: 20 set. 2022

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O DIREITO DE PORTE DE ARMAS DE FOGO A ADVOGADOS

MIGUEL RODRIGUES DE CASTRO.

Acadêmico do curso de Direito na
Universidade de Gurupi - UNIRG.
Gurupi/TO.

JOSÉ AUGUSTO BEZERRA LOPES³³.

(orientador)

Resumo: Um dos temas mais debatidos pela sociedade atual diz respeito à Segurança Pública. No caso desse estudo, limitou-se ao debate sobre o porte de armas de fogo. Nos últimos anos, a norma brasileira tem flexibilizado a posse e o porte de armas. Isso significa que há uma diminuição na burocracia e nos requisitos para a obtenção de arma de fogo, vide os decretos nº 9.685, de 15 de janeiro de 2019 e 9.785 de 7 de maio de 2019. Com base nesse cenário, pretendeu-se relacioná-lo ao advogado. Desse modo, essa pesquisa teve como finalidade realizar uma análise literária do texto de lei referente ao Princípio da Isonomia ao qual rege as relações entre os integrantes da tríade judiciária brasileira, visto sua inobservância prática, correlacionando-o ao direito do porte de armas de fogo para advogado. Na metodologia, esse estudo se enquadrou em revisão bibliográfica onde foi aprofundado em doutrinas jurídicas, feito uma pesquisa em bases de dados, tais como Scielo e Google Acadêmico entre os meses de agosto e setembro de 2022. Nos resultados, restou demonstrada a enorme discrepância na aplicação do princípio da isonomia em comparação com o direito de porte de armas para os três membros envolvidos na tríade judiciária pelo simples fato de não ser reconhecido o risco ministerial da advocacia, e, conseqüentemente, não sendo plausível a justificativa para os mesmos usufruírem do porte de armas de fogo para sua defesa pessoal.

Palavras-chave: Isonomia; Advogado; Porte de Armas; Defesa Pessoal.

Abstract: One of the most debated topics by today's society concerns Public Security. In the case of this study, it was limited to the debate on the possession of firearms. In recent years, the Brazilian law has made the possession and carrying of weapons more flexible. This means that there is a decrease in bureaucracy and requirements for obtaining a firearm, see decrees No. it to the lawyer. Thus, this research aimed to carry out a literary analysis of the law text referring to the Principle of Isonomy which governs the relations between the members of the Brazilian judicial triad, given its practical non-compliance, correlating it with the right to carry firearms. for lawyer. In terms of methodology, this study

33 Docente do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UNIRG.

was framed in a bibliographic review where it was deepened in legal doctrines, a search was carried out in databases such as Scielo and Google Scholar between the months of August and September 2022. In the results, the enormous discrepancy in the application of the principle of isonomy in comparison with the right to bear arms for the three members involved in the judicial triad for the simple fact that the ministerial risk of advocacy is not recognized, and, consequently, the justification for them to enjoy the possession of arms is not plausible. firearms for self-defense.

Keywords: Isonomy; Attorney; Possession of Weapons; Self-defense.

Sumário: Introdução. 1. Constitucionalização da Advocacia. 2. Do porte de arma para advogado. 2.1 Do risco inerente a classe. 2.2 Pilares jurídicos constitucionais de embasamento. 3. Comparação das legislações específicas, Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. 4. Da legislação e projetos de leis para a classe. 4.1 PL 1754/2011. 4.2 PL 343/2019. 4.3 PL 2734/21. 4.4 PL 723/2022. 5. Movimentação da OAB. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O tema central desse estudo se baseia no porte de armas de fogo no Brasil. No ano de 2019, os decretos nº 9.685, de 15 de janeiro de 2019 e 9.785 de 7 de maio de 2019 flexibilizaram a posse e porte de arma de fogo em solo brasileiro.

Nesses instrumentos jurídicos, visou-se a diminuição e a simplificação dos requisitos para se obter a posse ou porte e até mesmo a presunção da real necessidade para determinadas classes, como medida de trazer maior segurança à população diante do alto índice de crimes com emprego de armas de fogo (BEZERRA; SOUZA, 2019).

Vale a pena ressaltar que existe pensamentos divergentes sobre o assunto. Os defensores da ideia trazem argumentos no sentido que, a flexibilização para o cidadão obter o direito de portar ou ter em sua posse uma arma de fogo, seria uma medida de inibir a criminalidade e assim diminuir os números de crimes com emprego de arma de fogo.

Já os que discordam da medida, criticam e defendem que mais armas em circulação só contribuiria para o aumento de crimes com emprego de arma de fogo. Para estes doutrinadores a medida é ineficaz e desnecessária, e entendem que ocasionaria mais acidentes no convívio familiar, no trânsito e no convívio social em geral.

A par desse cenário, esse estudo limitou em discutir o porte de arma de fogo não para toda a sociedade, mas para os profissionais do Direito, em especial, o advogado.

O advogado, como visto nos preceitos constitucionais, é indispensável a administração da justiça, assim, visto sua nobre importância dentro de uma sociedade civil organizada, na qual detém os preceitos legais e normativos como força de organização e respeito, conclui-se legalmente, inteiramente equiparada as demais profissões que compõem a tríade estrutural da justiça, qual seja, Poder Judiciário, Ministério Público e Advocacia.

Contudo, questiona-se, quando retirado a tão afirmada isonomia entre as classes mencionadas, a vergastada equiparação deveras se nota na prática diária do exercício profissional advocatício? Assim, esta pesquisa possuiu a objetividade de clarear e correlacionar o texto de Lei com as circunstâncias práticas vivenciadas pela advocacia.

1.CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ADVOCACIA

Realizando-se observância técnica acerca da importância da Advocacia em um país no qual impera o Estado Democrático de Direito, onde todos os cidadãos possuem garantidos direito e deveres, em uma sociedade livre e ordeira, onde a maior autoridade a qual todos devem se curvar, conclui-se unicamente a Lei, urge-se a necessidade de análise do disciplinado pela Carta Política acerca da mencionada atividade laboral.

Levando a efeito a teoria da pirâmide de Kelsen, a qual indubitavelmente demonstra a sobreposição de normas, verificando de forma inequívoca que a Constituição Federal Brasileira se nota a Lei maior de toda Nação, denota-se que todas as normas e leis infraconstitucionais devem ser coadunante a seus parâmetros e exposições (SOUSA, 2018).

Assim, nota-se o que disciplina o artigo 133 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 133 CF: O advogado é indispensável a administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Verificando-se o inteiro teor do dispositivo de lei supracitado, conclui-se que o advogado é indispensável a qualquer ato da justiça, e por isso, detém total proteção quanto suas manifestações no exercício de seu mister profissional, para que consiga defender o melhor direito na defesa de seus patrocinados.

Destarte, é sabido que o Estado em sua imensidão e poderio, por não raras vezes comete arbitrariedades, onde, o advogado em gabinete privado no exercício do *múnus publicum*, demonstra-se a única barreira de proteção existente entre a fragilidade do cidadão frente a prepotência Estatal.

Isto posto, inquestionável é a imprescindibilidade pela necessidade da presença do advogado para sua contribuição no exercício da prestação jurisdicional, ao qual atenda sua função social de controle e aplicabilidade dos poderes estatais para que sejam consonantes ao limite legal (SOUSA, 2018).

Para que se atinja a objetividade final da atuação do advogado, o mencionado profissional necessita de determinadas imunidades e autonomia perante os encharcados órgãos estatais, devendo possuir prerrogativas fortes e meio de controle para a imposição de sua exata aplicação e respeito pelos demais órgãos e classes (CARVALHO, 2017).

Neste sentido, o Estatuto da Advocacia ao qual fora instituído pelas disposições da Lei Federal-8906/94, buscou mediante as disposições legais, conferir ao advogado as condições, imunidade e poder necessário para o devido exercício da advocacia, que por vezes, exige-se combativa.

Deste modo, verifica-se o vergastado pelo artigo 6º da Lei 8906/94, veja:

*Art. 6º-8906/94: Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.
Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.*

Percebe-se que, em consonância com a indispensabilidade constitucional do advogado, a legislação disciplina condições de atuação ao mesmo, equiparando-se aos magistrados e membros do órgão ministerial, não havendo hierarquia nem subordinação entre as citadas profissões.

Insta, pois, salientar, que a advocacia é a única profissão exercida em gabinete privado que possui patamar constitucional, também por exercer serviço público e função social, como assim dispõe o §1º do artigo 2º do citado diploma legal, note:

*Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.
§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.*

Isto posto, conclui-se que os advogados são equiparados aos demais personagens da estrutura da tríade judiciária, assim, questiona-se se na prática essa isonomia é respeitada, bem como, se existe paridade de armas para o desenvolvimento da atividade advocatícia frente ao poderio ministerial e magistral?

Nos dizeres de Limberger e Rodrigues (2022) na prática essa equidade não se vislumbra, haja vista os recursos disponíveis aos integrantes do poder público ao qual possui toda uma estrutura pública a sua disposição, frente a labuta autônoma do advogado.

O advogado, de forma direta, labora sem o aparato fornecido pelo Estado, não possui assessores jurídicos, bem como, proteção salarial, afinal, resta-se como profissional autônomo.

Assim, verifica-se que o advogado por ser da iniciativa privada, tende a ter suas prerrogativas violadas, haja vista, o Brasil ser um país ao qual os órgãos Públicos tendem a serem supervalorizados em detrimento de iniciativas privadas.

2.DO PORTE DE ARMA PARA ADVOGADO

Juízes e Promotores de justiça diariamente, nos diversos tribunais brasileiros, utilizam de seus portes funcionais e fazem audiências armados. Por outro lado, os advogados diariamente sofrem violações de suas prerrogativas por meio de vistorias pessoais para adentrarem em fóruns por exemplo, ferindo diretamente o princípio da isonomia. Resta, por quanto, a utilização da única arma que lhes restam, as palavras! Esta que por vezes, ainda tentam silenciar.

Trata-se de um debate antigo e recorrente no perdurar dos anos no meio profissional e até no social, porém, somente nos últimos anos que realmente tem ocorrido debates mais sérios e tentativas de reais alterações para a classe.

2.1 DO RISCO INERENTE A CLASSE

Este é o principal ponto sobre o tema, pois o simples reconhecimento que o mister da advocacia é, por si só, perigoso. Portanto, este ponto é o mais importante sobre o tema em tela.

É fato observar que os grandes perigos diários enfrentados pelos nobres advogados brasileiros, por meio dos inúmeros casos de violência praticados, muitos tendo como motivação o fato de serem advogados.

Casos de assassinatos tendo como vítimas advogados(as) são acumulados em noticiários Brasil afora. Alguns falam que se tratam de casos isolados, no entanto, é um equívoco corroborar com essa ideia. De criminalistas a civilistas, a comunidade advocatícia pátria encontra-se em situação de insegurança e sem amparo legal para que de maneira efetiva e direta exerça seu direito de autodefesa.

Segundo dados levantados pela Comissão Nacional de Defesa das Prerrogativas e da Valorização da Advocacia em estudo no ano de 2018, foram apresentados dados no sentido de que entre 2016 a 2018 foram registrados 72 casos de assassinatos de advogados no Brasil (VOITCH, 2018). Pode-se tratar este estudo como “antigo”, porém que traz uma realidade extremamente assustadora e que ainda é atual.

Com base apenas nesse dado, verifica-se que a profissão por si, já gera risco ao operador do direito, uma vez que a advocacia, como já é sabido, em vários casos atua em situações ocasionadas por atos pretéritos que envolvem violência ou não, mas que são situações delicadas. É o advogado quem busca um melhor desfecho para tais situações, que em muitos casos, pode não ser o vislumbrado/esperado pelo cliente, que por vezes pode ter reações adversas do esperado. Portanto, a advocacia é uma profissão de risco pelo fato de estar envolvida no meio de situações adversas e por vezes perigosas, pois envolvem o futuro de uma pessoa, sua liberdade ou sua saúde financeira por exemplo, que por vezes são emocionalmente delicados para aqueles que buscam uma solução de suas peijas na pessoa do advogado(a). (FILHO, 2018)

É nítido constatar que a insegurança atual para a classe é enorme, a disparidade perante os demais envolvidos na relação judiciária torna-se claro e evidente, uma vez que os mesmos pelo menos têm o meio necessário para se defenderem de injustas agressões. Uma realidade que infelizmente não é a da maioria que compõe a classe foco deste artigo.

Por essa razão, tem-se debatido na área o porte de arma de fogo como medida de prevenção à eventuais violências e agressões que o profissional de advocacia pode sofrer.

Nesse contexto, o ponto que traz maior espanto é que: para um advogado conseguir um porte de arma atualmente, é necessário que se comprove cabalmente o risco da atividade profissional que gere efetiva necessidade. Ressalta-se que isto após se passar por todo um processo burocrático e moroso perante a Polícia Federal, ocorrendo que esta comprovação de necessidade por risco da profissão é de interpretação completamente subjetiva do delegado federal, que na maioria dos casos, indefere o pedido (SANTOS, 2021).

De acordo com Santos (2021) o procedimento a ser passado pelo profissional do direito, neste instante, é o mesmo que um cidadão comum passa para vislumbrar tal direito. Em paralelo, para magistrados e promotores, basta uma simples comprovação de aptidão técnica e psicológica para que se libere o porte do armamento, sendo totalmente correto, porém, somente para uma casta muito restrita e privilegiada da tríade judiciária.

Reduzindo em uma escala meramente ilustrativa, o perigo da atividade advocatícia em comparação com o risco de exercício das funções de magistrados e membros do ministério público de 0 a 10, está no mesmo nível dos demais, no patamar máximo, dez (HIGINO, 2019).

O envolvimento do advogado muitas vezes é até maior perante o envolvimento dos demais, pois como já dito em tópicos acima, trata-se de profissionais autônomos e que não tem os demais aparatos estatais em seu favor, dependendo unicamente de sua coragem e esforço pessoal, expondo-se diuturnamente aos riscos que envolvem a atividade que traz consigo a imagem pessoal de cada profissional, gerando grande conhecimento público de sua fonte de renda, e expostos a todos os tipos de pessoas.

Ressalta-se que, a concessão do direito de porte de arma para os advogados não se trata somente da defesa do próprio, estendendo a defesa de seus familiares. Porque os riscos profissionais não atingem somente o detentor do poder postulante, gerando riscos também aos seus entes queridos, podendo estes virarem possíveis alvos, uma vez que aquele que deseja praticar o mau já tem conhecimento da incapacidade de defesa da pessoa objetivada por ele. Portando, o fato de se ter o respaldo de arma de fogo torna-se totalmente viável tanto para o operador do direito quanto para aqueles que com ele convivem.

Os riscos não se limitam as questões profissionais. O Brasil é um país que tem taxas de violência urbana exorbitantes, expondo a população a riscos surpresa no seu momento de deslocamento ao trabalho ou em seu momento de lazer com a família por exemplo (HIGINO, 2019).

Por conseguinte, o argumento de que a profissão advocatícia não gera riscos torna-se evidentemente insustentável. A classe necessita urgentemente da concessão mediante lei, da faculdade de poderem adquirir sua arma de fogo objetivando a plenitude de sua fonte de renda e defesa dos seus familiares e até mesmo da sociedade.

O reconhecimento do risco inerente a profissão gerar-se-á diretamente o encaixe da profissão no art.10, §10, I da Lei 10.826/2003, *in verbis*:

Art. 10. A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm.

§ 1º A autorização prevista neste artigo poderá ser concedida com eficácia temporária e territorial limitada, nos termos de atos regulamentares, e dependerá de o requerente:

I - Demonstrar a sua efetiva necessidade por exercício de atividade profissional de risco ou de ameaça à sua integridade física;

Com base no texto normativo acima, Gimenez (2019) entende ser fundamental que o profissional da advocacia tenha a sua integridade física e moral resguardada em quaisquer situações. Ter um porte de arma, ainda que não seja a ação ideal, diante dos crescentes casos de violências e homicídios, tem-se mostrado a melhor solução.

2.2 PILARES JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS DE EMBASAMENTO

Os respaldos restam-se por garantidos na grande Constituição brasileira efetivada em 1988 de maneira salutar, instaurando o maior pilar da República Federativa do Brasil, a democracia.

Conforme os ditames da carta cidadã, especificamente expressos no art. 5º, caput e demais incisos, traz os principais direitos que sustentam e justificam de maneira inequívoca o tema debatido. *In casu*, se referem a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade (BRASIL, 1988).

O direito supremo do ser humano é reduzido a uma pequena palavra com quatro letras "VIDA". O maior bem que uma pessoa tem, e que não deve ser tratada de maneira relativizada. É o primeiro direito assegurado ao homem e que dele afloram-se todos os demais (AMARAL, 2019).

Porém, puxando a análise para a questão do poder de exercício da autodefesa pela comunidade advocatícia brasileira, pode-se dizer que há uma total eficácia da garantia do direito à vida e a liberdade profissional? A resposta para tal questionamento deve ser analisada junto com o direito seguinte no texto constitucional: a liberdade.

Liberdade, conforme explica Silva (2019) conceitua-se basicamente como uma condição do indivíduo possuir o direito de fazer suas escolhas de acordo com sua própria vontade, conforme o filósofo Aristóteles, que trazia como embasamento da liberdade a questão da livre escolha do indivíduo conforme sua vontade acompanhada com conhecimento, para que se atingisse o fim pretendido, a busca pela felicidade e paz.

Observa-se de maneira iniludível que a exercício do direito à vida e a liberdade no tocante ao tema, estão sendo totalmente relativizados porque é nítido a situação de vulnerabilidade da classe por advento dos inúmeros casos de atentados a advogados(as) Brasil a dentro. Vidas de profissionais são perdidas, e sequer há amparo legal de garantir

aos mesmos uma forma de exercer sua defesa de maneira eficaz, que em uma situação de extrema violência urge a necessidade de uma arma de fogo para garantir a eficácia de autodefesa.

A liberdade de escolha daqueles advogados que querem adquirir uma arma de fogo encontra-se devidamente limitado e violada pelo simples fato de não haver garantia legal que autorize de maneira fácil e rápida a compra do referido objeto, sendo que para os demais da tríade judiciária o acesso é rápido, fácil e célere pelo fato de seus cargos e pela profissão exercida são de risco, e portando, ocorrendo a violação de outra garantia constitucional, encontrada no art. 5º, XIII, que afirma que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (BRASIL, 1988).

Pois bem, a seara advocatícia é totalmente desrespeitada e tratada com desdenho, pois sofre com os altos riscos inerentes ao seu exercício, não tem respeitada o princípio da isonomia e, diariamente violam-se suas prerrogativas dentro do Poder Judiciário.

Portanto, no texto constitucional atual encontra-se os principais pontos de embasamento do referido direito foco deste artigo. São de simples e fácil entendimento e compreensão ao analisa-los com o tema do porte de arma para advogados, uma vez que versam sobre direitos básicos e inerentes ao ser humano em geral. Torna-se mais fácil a análise deste quando relembramos do risco inerente a classe, porém, risco que ainda não foi devidamente reconhecido.

3.COMPARAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES ESPECÍFICAS: LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL, LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

A Carta Magna brasileira deixa explícito que tais funções laborais devem ser regulamentadas por legislações próprias e que abracem as particularidades de cada profissão, pois cada uma exerce funções de maneiras diferentes de forma que no final se atinja o objetivo principal, a justiça (BRASIL, 1988).

A atividade dos magistrados brasileiros é regida pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a LC nº 35/1979, que expressamente garante a prerrogativa dos magistrados em portarem armas de fogo, conforme expressa o art. 33, inciso V (BRASIL, 1979).

Observa-se que, a referida lei não deixa totalmente esclarecido sobre o risco da atividade, porém pela simples interpretação do citado artigo, deixa de maneira implícita o risco, pois é adequado em lei o direito de portar arma de fogo, assim, colocando-a em uma

condição especial. Ressalta-se também que socialmente a carreira de juiz é conhecida como uma atividade majestosa e perigosa, porque é ele quem decide sobre as lides levadas ao judiciário e que sempre geram insatisfações aqueles que receberam decisões negativas que surtem efeitos no seu direito de ir e vir ou em sua esfera patrimonial ou financeira.

No mesmo diapasão, a Lei Complementar nº 75/1993 é quem regulamenta as funções dos membros do Ministério Público da União assim como a Lei nº 8625/93. Em seus textos tem-se:

LC. 75/1993:

“Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

*I - Institucionais: (...) e) **o porte de arma, independentemente de autorização;**”*

Lei nº 8625/93:

*“Art. 42. Os membros do Ministério Público terão carteira funcional, expedida na forma da Lei Orgânica, valendo em todo o território nacional como cédula de identidade, e **porte de arma, independentemente, neste caso, de qualquer ato formal de licença ou autorização.**”*

Observa-se na leitura dos excertos que é devidamente garantido aos promotores de justiça o porte de arma de maneira funcional, uma vez que isenta os mesmo de qualquer forma de autorização para compra do armamento, basta que seja aprovado no concurso público em todas as etapas e esteja atuando na profissão (BRASIL, 1993).

Há discussões jurisprudenciais sobre a questão de ser necessários ou não a comprovação da capacidade técnica para que magistrados e promotores tenham acesso ao porte. Atualmente é necessário.

Notasse que diante da legislação especiais que regem as mencionadas profissões excluem os mesmos do ditado no estatuto do desarmamento, em específico os seus arts.4º e 6º, estes que estabelecem os requisitos para se adquirir e portar armas. Artigos estes nos quais os advogados devem seguir caso queiram adquirir um solicitar o porte de arma de fogo perante a Polícia Federal.

Pela falta de respaldo jurídico no estatuto da OAB, estão excluídos de tal benefícios os nobres advogados brasileiros, pois a omissão estatutária perdura até os dias atuais. Caso queiram adquirir, deve ser feito todo um trâmite burocrático e moro perante a Polícia Federal por meio do SINARM. Uma válvula de escape tem sido a busca dos armamentos

pelo SIGMA, tendo ainda que seguir e cumprir todos os requisitos presentes na Lei 10.826/03.

Logo, resta-se nítido a total disparidade entre a tríade judicial nessa questão, pois juízes e promotores usufruem de legislação própria que lhes oferecem segurança jurídica acerca das armas de fogo, e os advogados restando correr atrás pelo trâmite que um cidadão comum também deve passar e caindo ainda na total subjetividade do deferimento ou não do porte pelo delegado federal, que interpreta justificável ou não a requisição.

4.DA LEGISLAÇÃO E PROJETOS DE LEIS PARA A CLASSE

A legislação infra constitucional sobre este direito tomou maiores debates no final do ano de 2018 e início do ano de 2019, pois, neste lapso temporal que se iniciou de maneira mais efetiva, as pontuações com a devida seriedade e foco que tema merece, e que até o momento, tem se avançado bem, e cada vez mais a esperança de chegar perto da sua efetivação aumenta.

Não há como iniciar sobre legislação sem mencionar a Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003, mais conhecida socialmente como Estatuto do Desarmamento. Ela regulamenta a aquisição de munições, insumos, maquinários e logicamente, a compra de armas de fogo assim como as formas de registro dos equipamentos (BRASIL, 2003).

Em apertado apanhado histórico, no ano de 2005, especificamente na data de 23 de outubro, houve um referendo para que a população votasse contra ou a favor do art. 35 do estatuto do desarmamento, e, por maioria dos votos, foi recepcionado a lei que vigora até os dias atuais. Nela não há qualquer menção sobre o porte de armas para advogados.

São 2 (dois) os órgãos que cuidam sobre o registro e autorização de compras de armas no território nacional, o SIGMA, instituto de responsabilidade do Exército Brasileiro na qual fiscaliza e regula a atuação dos CACs (Caçadores, Atiradores desportivos e Colecionadores) e o SINARM, instituto de responsabilidade da Polícia Federal, que regula a registro de armas para os civis e o porte de arma em geral.

Por falta de menção na Lei nº 10.826/03, resta que tal direito seja positivado por meio de lei específica objetivando alteração no estatuto do desarmamento e no estatuto da OAB. Atualmente tem-se inúmeros projetos de leis em trâmite, aos quais se destacam os seguintes:

4.1 PL 1754/2011

Este foi uma das primeiras tentativas de criação da legislação. Tal projeto legislativo é importante pois demonstra a quantidade de tempo em que já se buscava a efetivação do direito defendido. O idealizador desse projeto de lei foi o ex-deputado Ronaldo Benedet do PMDB-SC.

O deputado criador do projeto de lei utilizou como argumento para a necessidade do porte de arma de fogo para defesa pessoal do advogado no mesmo sentido no qual dissertado durante este artigo, ou seja, no preceito da lei federal que diz não haver hierarquia entre juízes, advogados e promotores. Veja que não é de agora que tal argumento vem sendo pontuado de maneira firme (BRASIL, 2011).

Os parâmetros apresentados para aquisição do armamento estavam condicionados aos exames de capacidades técnicas e psicológicas, assim como ditado pela Lei 10.826/03, o estatuto do desarmamento.

O projeto de lei trazia outras propostas acerca da advocacia, como por exemplo a situação da advocacia pública da época e sobre a questão dos honorários de sucumbência devendo esta ser tratada como verba autônoma e não devendo ser tratada como receita pública pertencente ao ente empregador (BRASIL, 2011).

Portanto, o projeto de lei buscou de forma objetiva trazer avanços para a classe advocatícia, que deveras surtiu certo efeito nos demais conteúdos do referido, porém como já é sabido, o porte de arma de fogo não prosperou neste projeto de lei de 11 anos atrás.

4.2 PL 343/2019

Conforme já mencionado em tópico anterior, a partir do ano de 2018 começou-se a maior parte dos debates e também de movimentos para criação de leis no sentido de positivizar o direito de porte de arma de fogo de maneira efetiva para a classe dos advogados. O projeto em foco é de autoria do deputado Pompeu de Mattos do PDT-RS. Tal projeto foi apresentado no dia 04 de fevereiro de 2019.

Este designo propõe uma alteração na Lei 10.826/03 para que se inclua diretamente o direito dos advogados em adquirir e portar armas de fogo para defesa pessoal em todo território nacional. Buscou-se neste projeto um aperfeiçoamento ao projeto citado anteriormente do ex-deputado Ronaldo Benedet em concordância com todos os argumentos por ele utilizados (BRASIL, 2019).

Porém, a tramitação deste projeto de lei está parada, tendo sua última movimentação sido feita em 21 de dezembro de 2020.

4.3 PL 2734/21

Um dos projetos de leis mais recentes e que mais está avançado em sua tramitação atualmente e que é o mais importante dos projetos atuais em tramitação. Tal projeto é de autoria do Deputado Flavio Bolsonaro do PATRIOTAS-RJ encaminhado para Senado em 05 de agosto de 2021.

Neste projeto legislativo propões não só alteração no estatuto do desarmamento, mas também no Estatuto da OAB, a Lei 8.906/94 inserindo em seu art.7º o inciso XXII e os parágrafos §14 ao 21. Todos com o intuito de firmar de maneira sólida dentro da carta estatutária da classe advocacia brasileira o porte funcional de armas de fogo em todo o território nacional (BRASIL, 2021).

Propõe também a alteração no estatuto do desarmamento inserindo no art.6º o inciso XII, o qual inclui os advogados nos casos de exceção em que é autorizado portar arma de fogo (BRASIL, 2021).

Atualmente a tramitação do referido encontra-se CSP – Comissão de Segurança Pública aguardando distribuição. Tramitam juntamente com este os PLs nº 343, 532, 1336 e 2221, de 2019, e 3213 e 4426, de 2020.

4.4 PL 723/2022

O referido projeto de lei é proveniente de idealização do deputado Alexandre Frota do PSDB-SP, foi apresentado no dia 28 de março de 2022, portanto observa-se tratar de projeto recentíssimo, mas de grande importância para o tema.

O inteiro teor deste é no sentido de que se reconheça a profissão como de risco, assim como considera-se a de juiz e promotor. É de suma importância o reconhecimento do risco inerente a atividade, uma vez que tal “status” reconhecido expressamente em texto de lei, gera a legitimidade efetiva do direito de portar arma de fogo de maneira funcional (BRASIL, 2022).

Atualmente, a tramitação do projeto de lei na CCP – Coordenação De Comissões Permanentes, está apenso ao PL 4426/2020.

As movimentações legislativas estão fervorosas no sentido de que se reconheça devidamente, preto no branco na letra da lei, a inclusão dos advogados na legislação de controle de armas como classe em que tem o direito de adquirir e portar arma de fogo para defesa pessoal sobre o manto da plausível justificativa do risco totalmente vinculado ao mister dos detentores do poder postulatório diante de grande violência empregado diariamente contra os mesmos.

5. MOVIMENTAÇÃO DA OAB

Por anos a citada instituição restou inerte sobre a demanda, não emitindo qualquer forma de parecer ou até mesmo ouvindo as solicitações dos profissionais, tratando como uma situação sem importância e que poderia sempre ser postergada. Porém, o cenário nos últimos anos tem sido diferente e bastante promissor.

Os debates no meio estão cada vez mais ativos diante dos casos de violência contra a vida de advogados por todo o Brasil conforme podem ser facilmente observados na grande mídia ou nas redes sociais.

Neste ano de 2022, nota-se um certo empenho da instituição em busca de satisfazer os anseios dos seus inscritos. A OAB-AM por meio da Comissão Especial pela isonomia e porte de arma à advocacia, formulou e enviou ofício para os deputados que representam o Estado do Amazonas no Senado Federal e Câmara dos Deputados com intuito de pedir apoio da bancada em incluir os advogados privados no texto do PL 3723, que está tramitando no Senado, com base no princípio da isonomia, pois o referido Projeto de Lei trata somente da Advocacia Geral da União, Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, Procuradores Municipais, Defensoria Pública da União e deixando de fora os nobres advogados autônomos inscritos na ordem.

A OAB-DF realizou uma pesquisa na forma de consulta aos advogados da Capital Federal sobre o porte de arma. Os resultados foram:

QAUDRO 1 - Consulta - Porte de armas: "O Sr(a) é favorável à concessão de porte de armas para advogadas e advogados?"

Opção	Manifestações	Percentual
Sim	3.343	70,9%
Não	1.372	29,1%
Total	4.715	100%

Fonte: OAB-DF (2022). Disponível em: <<https://oabdf.org.br/noticias/consulta-a-advocacia-confira-aqui-os-resultados-da-votacao/>>. Acesso em: 10 set. 2022.

Nota-se pelo resultado, que o grupo majoritário foram os que acham favorável a concessão de porte de armas para advogados. O resultado da pesquisa foi encaminhado para a OAB Nacional, esta quem atua representando a categoria junto ao Congresso Nacional para análise dos dados e a gerar uma possível incrementação aos projetos de leis.

A representatividade esperada está longe do ideal, porém os primeiros passos já estão sendo dados. Torna-se indispensável que a OAB tome maiores atitudes para

alteração em seu estatuto, incluindo expressamente o direito dos membros inscritos como detentores do direito de portar arma de fogo, assim como é ditado nas Leis específicas da magistratura e na lei orgânica do Ministério Público que garantem para os seus o referido direito de maneira concreta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta senda, resta-se demonstrada a enorme discrepância na aplicação do princípio da isonomia em comparação com o direito de porte de armas para os três membros envolvidos na tríade judiciária pelo simples fato de não ser reconhecido o risco ministerial da advocacia, e, conseqüentemente, não sendo plausível a justificativa para os mesmos usufruírem do porte de armas de fogo para sua defesa pessoal. Não há paridade de armas em relação a juízes e promotores, pois o desrespeito e desdenho institucional é presente, mas que deve firmemente ser combatido por meio de fomento dos debates em defesa das prerrogativas da advocacia brasileira, como deveras vem sendo feito!

Não há outro caminho a não ser uma alteração na Lei nº 8.906/94 para que se deixe expresso o direito dos advogados em terem a faculdade de portarem armas de fogo consubstanciado sob o argumento do risco diário a vida daqueles que exercem a profissão. Deve-se alterar também a Lei nº 10.826/03 no sentido de que se inclua os mesmos nas exceções do seu arts.4º e 6º, excluindo totalmente a classe da burocracia e morosidade do processo e incluindo-os como detentores do direito de porte funcional de armas de fogo assim nas leis específicas da magistratura e da promotoria, que são um exemplo a ser seguido no tocante as armas.

Somente diante destas alterações legislativas que se alçará uma forma totalmente efetiva para proteção da vida dos nobres advogados, que infelizmente, além de sofrerem com as violações de suas prerrogativas, sofrem com a cruel violência física empregada por criminosos ou por clientes que, por vezes, confundem as conseqüências jurídicas inerentes a profissão com o caráter do advogado de maneira totalmente equivocada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMS, Luís Inácio. **O advogado e o porte de arma**. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-16/publico-privado-advogado-porte-arma>>. Acesso em: 09 set. 2022.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Facilitação de posse de arma de fogo e violência doméstica**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5666, 5 jan. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1754/2011**. Altera, incluem e revoga dispositivos na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; revoga dispositivo da Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997; e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=511089>>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 343/2019**. Altera a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, incluindo entre os direitos dos advogados a aquisição e o porte de armas de fogo para defesa pessoal, em todo o território nacional. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1707260&filename=PL+343/2019>. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2734/2021**. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, e a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para conceder porte de arma de fogo aos advogados, para defesa pessoal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8997132&ts=1643843516875&disposition=inline>>. Acesso em: 08 set. 2022.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; LIMA Renata Albuquerque Lima. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 13, n. 17, p. 11- 23, jan./dez. 2017.

FILHO, Luiz Castro Freaza. **OAB cria grupo para identificar causas e soluções para violência contra a advocacia**. 2018. Disponível em: <<https://luizfreaza.jusbrasil.com.br/noticias/614007977/noticia-oab-cria-grupoparaidentificar-causas-e-solucoes-para-violencia-contr-a-advocacia>>. Acesso em: 02 set. 2022.

GIMENEZ, Isabella Lopes dos Santos. **Posse e porte de armas no Brasil**. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro universitário Eurípides de Marília. São Paulo, 2019.

HIGINO, André de Assis. **Controle do acesso às armas de fogo no Brasil: a influência sobre os índices da violência e da criminalidade, bem como sobre a garantia do direito à legítima defesa**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2019.

LIMBERGER, Têmis; RODRIGUES, Vinícius dos Santos. **A advocacia pública como intérprete constitucional**. Revista de Investigações Constitucionais. 2022, v. 9, n. 1, pp. 173-200.

SANTOS, Luiz Henrique Leite dos. **A ampliação do acesso a armas de fogo versus o direito fundamental à vida**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Segurança

Pública) - Instituto de Estudos Comparados em Administração de Conflitos, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2021.

SILVA, Márcio Luiz. **O conceito de liberdade em Aristóteles, Hegel e Sartre: Implicações sobre ética, política e ontologia.** Aufklärung: Revista De Filosofia, 6(2), p.141–160. 2019.

SOUZA, Murilo. **Projeto autoriza porte de arma para advogados e outros profissionais em atividade de risco.** 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/691135-projeto-autoriza-porte-de-arma-para-advogados-e-outros-profissionais-em-atividade-de-risco/>>. Acesso em: 07 set. 2022.

SOUSA, Robson Sabino de. **A constitucionalização das prerrogativas dos advogados e a atuação da OAB na valorização da advocacia e no combate ao abuso de autoridade.** Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça. Porto Alegre v. 4 n. 2 p. 32 - 47 Jul/Dez. 2018.

TEIXEIRA, Isadora. **Porte de arma para advogados: 71% são a favor, diz consulta da OAB-DF.** 2022. Disponível em: <<https://www.direitonews.com.br/2022/07/porte-arma-advogados-71-favor-oab.html>>. Acesso em: 08 set. 2022.

VOITCH, Guilherme. **Desde 2016, Brasil registrou 72 assassinatos de advogados.** 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/coluna/parana/desde-2016-brasil-registrou-72-assassinatos-de-advogados/>>. Acesso em: 17 set. 2022.

A COMPETÊNCIA DOS TCS PARA EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Assessor de gabinete de conselheiro no TCE/PI

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta demonstrar o entendimento consagrado da competência dos TCs para expedição de medidas cautelares. Os Tribunais de Contas possuem competência constitucional para determinar medidas cautelares inclusive a indisponibilidade de bens necessárias à garantia da efetividade de suas decisões e à prevenção grave lesões ao erário.

PALAVRAS-CHAVE: Competência; TCs; Expedição; Medidas cautelares.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo demostrar sucintamente el entendimiento establecido sobre la competencia de los TCs para dictar medidas cautelares. Los Tribunales de Cuentas tienen la competencia constitucional para determinar medidas cautelares, incluyendo la indisponibilidad de los bienes necesarios para garantizar la eficacia de sus decisiones y prevenir perjuicios graves al erario.

PALABRAS CLAVE: Competencia; TCs; Expedición; Medidas de precaución.

ABSTRACT: This article aims to succinctly demonstrate the established understanding of the competence of the TCs to issue precautionary measures. The Audit Courts have the constitutional competence to determine precautionary measures, including the unavailability of assets necessary to guarantee the effectiveness of their decisions and to prevent serious injuries to the treasury.

KEYWORDS: Competence; TCs; Expedition; Precautionary measures.

INTRODUÇÃO

A medida cautelar vem, de forma provisória, amparar direito ameaçado que, se não resguardado com urgência, pode se perder em decorrência de acometimento de dano grave de difícil reparação. Com base em requisitos consubstanciados no *fumus boni juris* e *periculum in mora*, o entendimento não só abarca as demandas de competência judiciária como também tem se estendido à aplicação das medidas cautelares pelos Tribunais de Contas.

O Supremo Tribunal Federal, nos últimos 4 anos reconheceu a **competência do Tribunal de Contas do Estado para proceder com o bloqueio de bens no curso de seus processos**. No total, foram 6 decisões favoráveis na Suprema Corte, relativas também a outros temas, além da indisponibilidade de bens, que fortalecem a atuação da Corte de Contas, desde 2017.

O Brasil conta com 33 Tribunais de Contas, divididos em três níveis: União (TCU), Estados (nas 26 capitais e Distrito Federal), dos Municípios do Estado (Bahia, Goiás e Pará) e Tribunais de Contas do Município (São Paulo e Rio de Janeiro).

Esta pesquisa justifica-se pela extrema relevância do controle externo exercido pelos diversos Tribunais de Contas pelo Brasil afora.

DESENVOLVIMENTO

Em 2017, a então presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, deferiu medida liminar em favor do TCE/RN no sentido de manter o bloqueio de valores de empresa envolvida no processo que identificou pagamentos irregulares da ordem de R\$ 34,9 milhões no Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente (IDEMA), conforme decidido no acórdão nº 411/2016:

DECISÃO SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO GRANDE DO NORTE. PODER GERAL DE CAUTELA. BLOQUEIO DE BENS DA INTERESSADA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA PARA ANULAR ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO GRANDE DO NORTE. RISCOS DE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS CONFIGURADOS. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. PROVIDÊNCIAS PROCESSUAIS. Relatório 1. Suspensão de segurança, com requerimento de medida liminar, ajuizada pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte para serem suspensos os

efeitos do acórdão proferido “pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, nos autos do Mandado de Segurança nº 2016.016466-4, que concedeu a segurança para decretar a nulidade do Acórdão nº 441/2016 proferido pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte e determinar o desbloqueio de bens/valores do impetrante DH CONSTRUÇÃO, SERVIÇOS E LOCAÇÕES LTDA-EPP, por, através de interpretação conforme a Constituição, entender que o Tribunal de Contas Estadual não teria poderes nem competência para impor medida cautelar de indisponibilidade de bens de pessoas físicas e jurídicas de direito privado” (sic).

A anulação do Acórdão do Tribunal de Contas n. 441/2016 (Processo n. 012520/2015-TC), além de representar a negativa da atribuição constitucionalmente atribuída aos Tribunais de Contas estaduais, a demonstrar possível lesão à ordem pública, pode causar lesão à economia pública por importar em potencial inutilidade do processo administrativo instaurado contra os beneficiários de recursos públicos indicados na referida tomada de contas, cujo desvio total estimado é de trinta e quatro milhões de reais. Considerando-se que, na mesma tomada de contas estadual, constam aproximadamente cento e seis supostos beneficiários de transferências indevidas de recursos públicos titularizados pelo Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente – IDEMA/RN (Relatório de Auditoria n. 116/2016 – DAI, fl. 95, doc. 6), parece certo o efeito multiplicador do acórdão impugnado. 15. Pelo exposto, defiro a medida liminar para suspender o acórdão proferido no Mandado de Segurança n. 2016.016466-4 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, mantendo a determinação de bloqueio de valores discriminados no Acórdão n. 411/2016 do Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte. (STF - SS: 5205 RN - RIO GRANDE DO NORTE XXXX-81.2017.1.00.0000, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 02/04/2018, Data de Publicação: DJe-069 11/04/2018)

Em 2020, o então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Dias Toffoli, restabeleceu ato em que o Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte (TCE-RN), havia determinado a indisponibilidade dos bens de um advogado por supostas irregularidades em contrato com o Município de Monte Alegre (RN) para recebimento de royalties provenientes da extração de gás natural na cidade.

A decisão, proferida na Suspensão de Segurança (SS) 5335, suspende decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJ-RN) que, segundo o ministro Dias Toffoli, inibiu a atuação do TCE-RN e representa grave risco de lesão à ordem pública e econômica do estado.

O então presidente destacou que, de acordo com o entendimento do Supremo, as cortes de contas podem decretar a indisponibilidade de bens de pessoas relacionadas a casos sob investigação. Assim, suspendeu a decisão do TJ-RN até o trânsito em julgado do mandado de segurança em trâmite naquele tribunal:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FINANCEIRO. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELO MUNICÍPIO DE MONTE ALEGRE/RN. PROVIMENTO JURISDICCIONAL. CASSAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR DECRETADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. DEFERIMENTO DA CONTRACAUTELA. 1. O Tribunal de Contas tem legitimidade ativa para o incidente suspensivo na defesa de suas prerrogativas constitucionais e legais. 2. Importa grave dano à ordem pública, na acepção jurídico-constitucional, a decisão judicial que cassa a medida cautelar deferida pelo Tribunal de Contas do Estado, por vulnerar as prerrogativas constitucionais do Tribunal de Contas e inviabilizar a efetividade da fiscalização dos contratos administrativos e das medidas que asseguram o ressarcimento ao erário. 3. Importa grave dano à ordem administrativa a decisão judicial que, ao cassar a medida cautelar deferida pela Corte de Contas, deixa de assegurar o ressarcimento ao erário por pagamento de honorários advocatícios decorrentes de contratação sem observância de normas administrativas e financeiras. 4. A possibilidade de concretização do efeito multiplicador da decisão de cassação de medida cautelar deferida pela Corte de Contas demonstra risco grave de lesão à economia pública, apto a ensejar o deferimento da contracautela. — Parecer pelo deferimento do pedido de suspensão. (STF – SS: 5335 - DJE, 07/07/2020)

Por unanimidade, o Pleno do **Supremo Tribunal Federal (STF)** negou recurso interposto contra decisão que assegurou o poder geral de cautela do Tribunal de Contas

de Mato Grosso (TCE-MT) e **reafirmou a competência constitucional do órgão de controle externo para determinar medidas cautelares.**

A decisão do Pleno do STF manteve suspensos os efeitos de decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso (TJMT) que limitavam, indevidamente, o escopo do poder geral de cautela exercido pelo Tribunal de Contas:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DO MATO GROSSO. PODER GERAL DE CAUTELA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE CONTRATOS. DECISÃO JUDICIAL QUE SUSPENDE MEDIDA DETERMINADA PELA CORTE DE CONTAS. ALEGAÇÃO DE RISCO DE GRAVE DANO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. OCORRÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDAS QUE VISAM A PRESERVAÇÃO DO ERÁRIO. PEDIDO DE SUSPENSÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE. Decisão: Trata-se de pedido de suspensão de segurança ajuizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso contra decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, nos autos dos Mandados de Segurança n^{os} XXXXX-52.2020.8.11.0000 e XXXXX-08.2019.811.0000, através das quais foram suspensas medidas cautelares determinadas por aquela Corte de Contas. Relata o requerente terem sido ajuizados pela empresa Saga Comércio e Serviço Tecnologia e Informática Ltda. os mencionados mandados de segurança contra medidas cautelares determinadas no âmbito de processos de fiscalização em curso no TCE/MT, tendo, em ambos, o TJ/MT deferido liminares determinando a suspensão das medidas, ao entendimento de que as mesmas deveriam ter sido precedidas de contraditório e ampla defesa. Sustenta que referidas decisões importariam o “ceifamento do poder geral de cautela do tribunal” e gerariam “gravíssimo e irreversível prejuízo”, ofendendo a autonomia daquela Corte de Contas e a “seriedade do controle externo”. Alega que as decisões impugnadas contrariariam a jurisprudência desta Corte, que admitiria inclusive o deferimento de medidas cautelares sem prévia oitiva da parte interessada, e que o poder geral de cautela do Tribunal de Contas do Mato Grosso já teria sido afirmada no julgamento da SL 1.420. Argumenta a inocorrência de ofensa a regras da lei orgânica ou do regimento interno daquela corte, as quais trariam a previsão de um contraditório “postecipado”. Aduz que o risco à ordem pública

existente na manutenção das decisões impugnadas reside também em seu potencial efeito multiplicador. Requer, por estes fundamentos, a concessão de liminar, para a suspensão das decisões proferidas nos Mandados de Segurança nºs XXXXX-52.2020.8.11.0000 e XXXXX-08.2019.811.0000, e, posteriormente, a confirmação da liminar, a fim de que referidas decisões resem suspensas até o trânsito em julgado dos processos. A empresa Saga Comércio e Serviço de Tecnologia e Informática Ltda. apresentou contrariedade ao pedido de suspensão, sustentando, em síntese (doc. 17): a) a incompetência deste Supremo Tribunal Federal para o presente incidente de contracautela, ante a natureza infraconstitucional da controvérsia na origem; b) falta de documento essencial para o conhecimento deste feito; c) ser a única empresa do ramo sediada no Estado do Mato Grosso, razão pela qual seria inexigível a licitação para sua contratação, nos termos do art. 25 da Lei 8.666/93; d) ausência de “fundamento jurídico lógico capaz de comprovar a urgência” das decisões cautelares; e) que as decisões cautelares teriam inobservado o direito ao contraditório, na medida em que “a concessão da cautelar, sem a ouvida dos gestores responsáveis (inaudita altera pars) só deve acontecer, excepcionalmente, quando restar inviabilizada a notificação prévia do administrador responsável”; g) que referidas medidas cautelares teriam prejudicado os municípios contratantes; h) que referidas decisões do TCE/MT não observaram regras regimentais, configurando, assim, “abuso em sua atuação”; i) que o exercício das competências constitucionais dos Tribunais de Contas não afasta a possibilidade de controle da legalidade, razoabilidade, moralidade pelo Poder Judiciário; j) a inexistência de similitude entre o caso concreto e a SL 1.420; l) que o presente incidente estaria sendo utilizado como sucedâneo recursal, o que não se admite. A Procuradoria-Geral da República se manifestou pelo deferimento do pedido de suspensão, em parecer que restou assim ementado (doc.31): “SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÕES DIRETAS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. IRREGULARIDADES. MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS SEM PRÉVIA OITIVA DA

PARTE INTERESSADA. CASSAÇÃO. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. DEFERIMENTO DA CONTRACAUTELA. 1. É competente o Supremo Tribunal Federal para processar e julgar pedido de suspensão de segurança ajuizado por Tribunal de Contas estadual contra decisão mediante a qual o Tribunal de Justiça local suspende decisão cautelar daquela corte de contas. 2. O Tribunal de Contas tem legitimidade ativa para o incidente suspensivo na defesa de suas prerrogativas constitucionais e legais. 3. Importa grave risco de dano à ordem pública, na acepção jurídico-constitucional, a cassação de medidas cautelares deferidas por Tribunal de Contas quando ausentes ilegalidades ou teratologia nas decisões, por vulnerar as prerrogativas constitucionais da Corte de Contas e inviabilizar a efetividade da fiscalização dos procedimentos licitatórios e das medidas que asseguram o ressarcimento ao erário. 4. A possibilidade de concretização do efeito multiplicador da decisão de cassação de medida cautelar deferida pela Corte de Contas demonstra o grave risco de lesão à ordem e à economia públicas, a ensejar o deferimento da contracautela. — Parecer pelo deferimento do pedido de suspensão”. É o relatório. DECIDO. Ab initio, consigno que legislação prevê o incidente de contracautela como meio processual autônomo de impugnação de decisões judiciais, franqueado ao Ministério Público ou à pessoa jurídica de direito público interessada, nas causas movidas contra o Poder Público ou seus agentes, exclusivamente quando se verifique risco de grave lesão à ordem, à saúde, segurança e à economia públicas no cumprimento da decisão impugnada (art. 4º, caput, da Lei 8.437/1992; art. 15 da Lei 12.016/2009 e art. 297 do RISTF). Com efeito, ao indicar tais circunstâncias como fundamentos dos incidentes de suspensão, a própria lei indica causas de pedir de natureza eminentemente política e extrajurídica, diferenciando-se das causas que geralmente justificam outros meios de impugnação de decisões judiciais e que se revelam como conceitos jurídicos indeterminados, a serem apreciados pelo julgador perante o caso concreto. Nesse sentido, também aponta a clássica jurisprudência desta Corte, in verbis: “Suspensão de segurança: natureza cautelar e pressuposto de viabilidade do recurso cabível contra a decisão concessiva da ordem. A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é

contracautela que visa à salvaguarda da eficácia pleno do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão interesses públicos privilegiados - a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública: sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni juris* que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante. [...]”. (SS 846/DF-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 8/11/1996). À luz da natureza do instituto, a cognição do Presidente do Tribunal a quem compete a análise do incidente de contracautela deve se limitar à aferição da existência de risco de grave lesão ao interesse público, além de um juízo mínimo de plausibilidade do fundamento jurídico invocado, não cabendo-lhe a manifestação quanto ao mérito propriamente dito do que discutido no processo originário, eis que o mérito deverá ser oportunamente apreciado pelo Tribunal competente na via recursal própria. Nesse sentido é a jurisprudência desta Suprema Corte, ao afirmar que “a natureza excepcional da contracautela permite tão somente juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo e análise do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (SS 5.049-AgR-ED, rel. Min. Presidente Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 16/5/2016). Na mesma linha, é o seguinte precedente: “Agravos regimental na suspensão de liminar. Decisão na origem em que se determinou a ampliação da distância até a qual veículos particulares podem trafegar em corredores exclusivos de ônibus para acessar vias transversais. Não comprovação de lesão à ordem social e administrativa. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. Na estreita via de pedidos de suspensão como o presente, não se procede a uma detida análise do mérito da ação principal, tampouco se permite revolvimento do respectivo quadro fático-probatório, mas apenas a análise dos requisitos elencados pela legislação de regência. 2. É inadmissível, ademais, o uso da suspensão como sucedâneo recursal. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento”. (SL 1.165

AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Presidente, Tribunal Pleno, DJe 13/02/2020). Anote-se ademais que, além da potencialidade do ato questionado em causar lesão ao interesse público, o conhecimento do incidente de suspensão dos efeitos das decisões provisórias pelo Presidente deste Supremo Tribunal Federal está condicionado à demonstração de que a decisão foi proferida por Tribunal e de que a controvérsia instaurada na ação originária esteja fundada em matéria de natureza constitucional (STA 782 AgR/SP, Relator Min. Dias Toffoli; SS 5112 AgR/SC, Relatora Min. Cármen Lúcia; STA 729-AgR/SC, Relator Min. Ricardo Lewandowski, e STA 152-AgR/PE, Relatora Min. Ellen Gracie). Trata-se de interpretação que defluiu, a contrario sensu, também da disposição do art. 25, caput, da Lei n. 8.038/1990. In casu, o pedido de suspensão se volta contra acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, por meio dos quais foram suspensas medidas cautelares determinadas pelo Tribunal de Contas daquele Estado de suspensão de contratos administrativos firmados pela empresa Saga Comércio e Serviço Tecnologia e Informática Ltda ME com diversos municípios mato-grossenses. Considerando que as decisões impugnadas foram proferidas por Tribunal e que há natureza constitucional na matéria controvertida, relacionada aos limites das atribuições constitucionais de controle externo dos tribunais de contas (artigo 71, da CF), verifica-se cabível o presente incidente perante este Supremo Tribunal Federal. A leitura das decisões cuja suspensão se requer revelam que o Tribunal de Justiça do Mato Grosso veiculou entendimento no sentido de que o exercício do poder cautelar pela Corte de Contas estadual dependeria de prévio exercício do contraditório e da ampla defesa pela parte afetada. É o que se depreende das ementas abaixo transcritas (doc.5): "MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO - REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA EXTERNA – MEDIDA CAUTELAR – VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, E AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – CARACTERIZADA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 70, INCISO IV, DA LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL DE CONTAS C/C ARTIGO 229 DO REGIMENTO INTERNO DA CORTE DE CONTAS – OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O Tribunal de Contas no exercício das suas funções pode utilizar-se de medidas

cautelares para assegurar a eficácia das suas decisões. 2. A decretação de medidas cautelares sem possibilitar a manifestação da parte interessada, ofende o disposto no art. 70, IV da Lei Orgânica do Tribunal de Contas c/c art. 229 do Regimento Interno daquela Corte, que asseguram o devido processo legal e observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa em todas as fases do processo de representação. 3. Violação a direito líquido e certo caracterizada. 4. Segurança concedida". "MANDADO DE SEGURANÇA E AGRAVO REGIMENTAL – TRIBUNAL DE CONTAS – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL PLENO – CONFIRMAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO – INFRINGÊNCIA AOS ARTS. 70, IV DA LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL DE CONTAS E ART. 229 DO REGIMENTO INTERNO DO TCE – SEGURANÇA CONCEDIDA – AGRAVO PREJUDICADO. 1. Consta-se que a empresa Impetrante, em nenhum momento do trâmite para análise da cautelar pleiteada, fora notificada para se manifestar, tendo conhecimento da decisão do Tribunal Pleno somente por meio do Ofício n. 1.295/2019/GCI/ILC, encaminhado quase dois meses após o julgamento. 2. Nesse contexto, constata-se que somente após a homologação pelo Pleno do TCE fora oportunizada manifestação da empresa ora Impetrante para o exercício de sua defesa, o que afronta o art. 229 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado. 3. É nítida a inobservância, no caso em comento, do disposto no art. 70, IV da Lei Orgânica do Tribunal de Contas c/c art. 229 do Regimento Interno daquela Corte, já que não foram observados os princípios do contraditório e ampla defesa em todas as fases do processo de representação. 4. Segurança concedida. Agravo prejudicado". Nada obstante os fundamentos que embasaram as decisões impugnadas e os argumentos expendidos pela empresa interessada, entendo existente risco de lesão ao interesse público na manutenção da decisão que se pretende suspender, à luz da jurisprudência desta Suprema Corte. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento de que os Tribunais de Contas possuem competência constitucional para determinar medidas cautelares necessárias à garantia da efetividade de suas decisões e à prevenção grave lesões ao erário, nos seus processos de fiscalização. Nesse sentido, os

seguintes julgados: “Agravos regimentais em Suspensão de Segurança. Embargos de declaração convertidos em agravo. Fiscalização do Tribunal de Contas estadual em procedimento licitatório. Grave lesão à ordem pública demonstrada. Concessão parcial da contracautela. Agravos não providos. 1. Em razão dos fundamentos de mérito apresentados nos embargos de declaração, devem eles ser recebidos como agravo regimental, do qual se deve conhecer. 2. Os argumentos utilizados pelos agravantes não se mostram aptos a modificar a decisão recorrida, revelando, em verdade, mera insatisfação com as razões adotadas. 3. No exercício do poder geral de cautela, os tribunais de contas podem determinar medidas em caráter precário que visem assegurar o resultado final dos processos administrativos. O exame realizado pelas cortes de contas ultrapassa a análise meramente burocrática, porque abarca não apenas os elementos formais que norteiam o processo de despesa, mas também a relação custo-benefício, a aferição de quão ótimas são as ações administrativas, que devem ser as mais rentáveis possíveis, tendo em vista o interesse público envolvido, a legitimidade do ato e a conseqüente relação de adequação de seu conteúdo. 4. A decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal mostra-se acertada e provida de razoabilidade, pois, de um lado, autoriza a continuidade das apurações no âmbito do Tribunal de Contas estadual reconhecendo e legitimando a função constitucional do órgão e, de outro, possibilita o prosseguimento da execução do contrato objeto da licitação em causa, impedindo que haja suspensão da prestação de serviço público essencial, de forma a evitar prejuízos à população envolvida. 5. Agravos regimentais não providos”. (SS 5.179 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 27/11/2019). “Mandado de Segurança. 2. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. 3. Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. 4. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais. 5. Observância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens. 6. Medida que se impõe pela excepcional gravidade dos fatos apurados. Segurança denegada”. (MS 33.092, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 17/8/2015). Fixada a premissa, verifico que, no caso sub examine, a

ordem de suspensão da execução dos contratos administrativos firmados pela empresa interessada se deu com fundamento na aparente irregularidade da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de modo que as medidas cautelares impugnadas na origem visam a preservação do erário em caso de confirmação das irregularidades aventadas. Haja vista a necessidade de preservação das competências constitucionais das Cortes de Contas e a finalidade da medida cautelar deferida na origem, vislumbra-se que a manutenção da decisão impugnada causa grave lesão à ordem e à economia públicas, obstando a preservação do erário. Neste sentido, decisão monocrática da Ministra Carmén Lúcia, quando do exercício da presidência desta Corte, in verbis: "SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO GRANDE DO NORTE. PODER GERAL DE CAUTELA. BLOQUEIO DE BENS DA INTERESSADA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA PARA ANULAR ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO GRANDE DO NORTE. RISCOS DE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS CONFIGURADOS. SUSPENSÃO DEFERIDA". (SS 5205, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, DJe de 11/04/2018). O cotejo analítico entre a decisão cuja suspensão se requer e os precedentes mencionados revela, portanto, que a decisão impugnada está em descompasso com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal sobre o tema e que sua manutenção tem o condão gerar risco à ordem e à economia públicas, sobretudo considerada a possibilidade de frustração da utilidade do resultado final da fiscalização da Corte de Contas Estadual. Assim, verifica-se a necessidade de acolhimento do pedido de suspensão formulado, completando-se a presença de todos os requisitos legais que ensejam o deferimento da presente medida de contracautela, até que ocorra o trânsito em julgado na ação principal (art. 15 da Lei nº 12.016/2009; art. 4º da Lei nº 8.437/1992 e art. 297 do Regimento Interno do STF). Ex positis, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO DE SUSPENSÃO, para suspender as decisões proferidas nos autos dos Mandados de Segurança nº XXXXX-52.2020.8.11.0000 e XXXXX-08.2019.811.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Mato Grosso, até o seu trânsito em julgado.

Publique-se. Int. Brasília, 21 de setembro de 2021. Ministro Luiz Fux Presidente Documento assinado digitalmente (STF - SS: 5505 MT XXXXX-51.2021.1.00.0000, Relator: PRESIDENTE, Data de Julgamento: 21/09/2021, Data de Publicação: 23/09/2021)

A nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/21), notadamente pela regra do §1º do artigo 171, **reconhece aos Tribunais de Contas a prerrogativa de determinarem a suspensão cautelar de procedimentos licitatórios realizados pela administração pública de todos os poderes**. O dispositivo guarda alguma afinidade com o artigo 113, caput e §2º, da Lei 8.666/93, porém o legislador agora foi explícito quanto ao poder de suspensão cautelar de procedimentos licitatórios (não dos contratos) pelos Tribunais de Contas.

CONCLUSÃO

O **artigo 71, IX, da Constituição Federal** atribui aos Tribunais de Contas, segundo compreensão do STF, a **competência para sustar atos administrativos. Os tribunais de contas possuem competência constitucional para determinar medidas cautelares**, inclusive a indisponibilidade de bens, necessárias à garantia da efetividade de suas decisões e à prevenção de graves lesões ao erário, nos seus **processos de fiscalização**.

O **Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado** no sentido de que **os TCs em situação de urgência na qual haja fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público ou de risco de ineficiência da decisão de mérito, podem impor medidas cautelares**, entre as quais as de indisponibilidade de bens, com vistas ao adequado funcionamento da Corte e ao alcance de suas finalidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 de ago. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 29 de ago. de 2022.

STF. **Suspensão de Segurança 5205, Mandado de Segurança n. 2016.016466-4, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, mantendo a determinação de bloqueio de valores discriminados no Acórdão n. 411/2016 do Tribunal de Contas do Rio**

Grande do Norte. Disponível em:
<http://www.tce.rn.gov.br/as/NoticiasTCE/3538/Decis%C3%A3o_STF_Idema.pdf>. Acesso em: 29 de ago. de 2022.

STF. Suspensão de Segurança 5335, Mandado de Segurança nº 0804438-43.2019.8.20.0000, e pelo qual foram suspensos os efeitos de acórdão proferido por aquela Corte de Contas, o qual determinara a indisponibilidade patrimonial do autor da impetração. Disponível em:
<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343666639&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 de ago. de 2022.

STF. Suspensão de Segurança 5505, Mandados de Segurança nºs XXXXX-52.2020.8.11.0000 e XXXXX-08.2019.811.0000 através das quais foram suspensas medidas cautelares determinadas por aquela Corte de Contas. Disponível em:
<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1288030070>>. Acesso em: 29 de ago. de 2022.

TCE/PI. Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Disponível em:
<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/REGIMENTO_INTERNO_WORD-atualizado-ate-05-01-2022-.pdf>. Acesso em: 29 de ago. de 2022.

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS À RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA TRIBUTÁRIA

DÁLETHE BORGES MESSIAS: Assessora Jurídica do MPE-TO. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio.

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade analisar os questionamentos que envolvem a relativização da coisa julgada inconstitucional em matéria tributária, apontando a visão doutrinária, legislativa e jurisprudencial do ordenamento jurídico brasileiro. Tal discussão se faz necessária, frente as grandes controvérsias sobre a aceitação ou não das teorias da relativização da coisa julgada na seara tributária. Além disso, o texto analisa os reflexos das decisões do Supremo Tribunal Federal e se estas teriam a capacidade de modificar a coisa julgada tributária tida como inconstitucional. Após diversas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, conclui-se que, em observância ao princípio da segurança jurídica, não é possível desconstituir a coisa julgada em matéria tributária, ainda que haja manifestação posterior do STF reconhecendo a inconstitucionalidade da norma tributária.

Palavras-chave: Direito Tributário; Coisa Julgada; Relativização; Inconstitucional.

Resumen: Este estudio tiene como objetivo analizar las cuestiones que impliquen la relativización de la ley declarada inconstitucional en materia tributaria, señalando la visión doctrinal, legislativos y jurisprudenciales del sistema jurídico brasileño. Tal discusión es necesario, dadas las grandes controversias acerca de la aceptación o rechazo de las teorías de la relatividad de la cosa juzgada en la siega de impuestos. También tiene como objetivo analizar las consecuencias de las decisiones del Tribunal Supremo y tendrían la capacidad de cambiar el impuesto de cosa juzgada considerado como inconstitucional. Después de varias investigaciones bibliográficas y jurisprudenciales, se concluye que, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, no puede desconstruir la cosa juzgada en materia de impuestos, incluso si no hay más manifestación del Tribunal Supremo que reconoce la inconstitucionalidad de la ley de impuestos.

Palabras clave: Derecho tributario; Cosa juzgada; Relativización; Inconstitucional.

Introdução

A expressão "O homem é lobo do homem", originária do dramaturgo Platus e difundida pelo pensador inglês Thomas Hobbes (1558-1651), pleiteia que em seu estado

natural o ser humano vive uma eterna relação de conflito com a sua espécie, possuindo como principal inimigo o próprio homem. O estabelecimento de normas gerais de conduta, a partir dessa premissa mostra-se necessário desde o início das civilizações como forma de evitar o cometimento de barbáries, além de ser um elemento de existência e sobrevivência da própria sociedade humana.

Desde o período denominado de pré-história, os indivíduos já se organizavam em grupos e definiam normas mínimas de conduta, de forma a tornar possível a vida em sociedade. Com o passar do tempo e o desenvolvimento da escrita, viu-se a necessidade de positivação destas normas, objetivando-se fixar limites ao comportamento dos indivíduos e garantir o mínimo de organização social.

É nesse contexto que se desenvolve a figura do Estado, ente soberano, que tem por finalidade a organização e controle da sociedade. A edição de normas é uma das formas de efetivar a atuação estatal, por outro lado, de nada adiantariam regras se não houvesse mecanismos capazes de exigir o seu fiel cumprimento. A função jurisdicional do Estado, nasceu, então, para ser exercida por meio do Poder Judiciário, restando possibilitado a qualquer cidadão, na iminência de um litígio, socorrer-se do Estado-Juiz em busca de tutela jurisdicional para resolver a sua lide. O Estado-Juiz, por sua vez, dirá o direito diante daquele caso concreto e a sentença proferida terá força de lei entre as partes, operando-se o trânsito em julgado da decisão. A este instrumento processual dar-se o nome de **coisa julgada**. Como coisa julgada, deve-se entender o instituto processual que torna imutável e indiscutível determinada decisão judicial, não sendo mais passível a interposição de recursos.

O enfoque deste artigo é o estudo sobre a coisa julgada como uma garantia constitucional que objetiva preservar a segurança jurídica das relações e alcançar a pacificação social, a fim de evitar a eternização dos litígios e garantir a estabilização das relações dentro e fora do processo.

Conforme será abordado, alguns doutrinadores têm defendido a possibilidade de rever decisões já acobertadas pela coisa julgada desde que estas decisões sejam injustas, incorretas ou inconstitucionais. É a chamada teoria da relativização da coisa julgada. No entanto, não se verifica injustiça maior do que a instalação da insegurança geral nas relações jurídicas.

Com relação a seara tributária, mostra-se imprescindível que as decisões sejam alcançadas pelo instituto da coisa julgada de modo a garantir a segurança jurídica das relações formadas entre o contribuinte e o Estado.

A problemática trabalhada no texto teve como suporte teórico e metodológico a contribuição de estudiosos do Direito Constitucional, Processual Civil e Tributário, bem como na jurisprudência dominante acerca da relativização ou não da coisa julgada inconstitucional em matéria tributária.

O artigo apresenta as principais correntes doutrinárias favoráveis e contrárias à relativização da coisa julgada inconstitucional, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto, priorizando o enfoque na seara tributária. Uma maior ênfase foi dada sobre os reflexos das decisões da Suprema Corte ao declarar a inconstitucionalidade de normas tributárias, e se estas teriam o condão de alcançar as sentenças já transitadas em julgado, prolatadas no bojo de processos em que litigam o Fisco e o Contribuinte.

Na finalização da reflexão uma abordagem sobre as polêmicas que giram em torno da Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal (STF) e se esta seria uma possibilidade de admissão da relativização da coisa julgada no Direito Tributário.

1. Correntes doutrinárias sobre a relativização da coisa julgada inconstitucional

Durante muito tempo a força da decisão transitada em julgado possuía um caráter absoluto. Segundo Pontes (2005, p. 109-110), a doutrina processualista brasileira passou a considerar a hipótese de relativizar a coisa julgada, a partir do surgimento de alguns fatores, tais como, a proliferação de ações indenizatórias e desapropriatórias transitadas em julgado condenando o Estado em valores milionários; a constitucionalização das demandas e contrariedade entre decisões proferidas no controle difuso e posterior manifestação do STF; o avanço tecnológico e conseqüente possibilidade de revisão de decisões judiciais em nome de maior certeza; e a afirmação e o reconhecimento pelo Poder Judiciário de valores éticos indispensáveis à realização da justiça.

Nesse cenário, a teoria da relativização da coisa julgada é alvo de grandes embates entre doutrinadores e juristas de todo o país na atualidade, havendo aqueles que a defendem com a alegação precípua de garantir a justiça das decisões e os que a repudiam em atenção ao princípio da segurança jurídica. Um dos argumentos utilizados pelos defensores da teoria da relativização da coisa julgada é o de que esta não tem força constitucional, mas tão somente processual, de modo que, em atenção ao princípio da supremacia da constituição, a justiça das decisões poderia justificar a mitigação da coisa julgada.

[...] a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil (art. 457), pelo que de modo

algun pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior. (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 174-175)

Para os que sustentam essa tese, o constituinte originário no art. 5º, XXXVI³⁴, intencionou apenas dar uma ordem ao legislador infraconstitucional para que, ao criar nova lei, não prejudicasse o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, de sorte que as decisões judiciais não estariam incluídas nessa vedação.

Autores como Teresa Arruda Alvim Wambier, defendendo um posicionamento ainda mais radical, chegam a afirmar que as sentenças inconstitucionais são inexistentes, e por esse motivo sequer transitam em julgado.

As sentenças que são inconstitucionais porque acolhem pedidos inconstitucionais, são sentenças (estas sim!) que não transitam em julgado.

[...] foram proferidas em processos instaurados por meio de mero exercício de direito de petição e não de direito de ação já que não havia possibilidade jurídica do pedido. (WAMBIER, 2003, p. 39)

Percebe-se, em Dinamarco (2011, p. 46), de maneira mais moderada, que a relativização da coisa julgada só deve ser cogitada em situações muito excepcionais que justifiquem a adoção de tal medida, de modo a afastar, dentre outros, as injustiças das decisões.

Já Paulo Otero, citado por Pontes (2005, p. 110), chama a atenção para a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos judiciais, pois, segundo o autor esse controle é exercido apenas sobre os atos do Poder Executivo e Legislativo.

Observa-se que o ponto central dos defensores da mitigação da coisa julgada gira em torno da predominância da justiça das decisões, do qual se extrai os demais argumentos. Uns de modo mais radical sustentam a sua natureza absoluta, considerando totalmente irrelevante o instituto da coisa julgada e outros de maneira um pouco mais equilibrada, admitem a relativização em situações mais excepcionais.

2. Aspectos gerais sobre a não relativização da coisa julgada inconstitucional

³⁴ **Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;"

A tese da relativização da coisa julgada não pode prosperar sob risco de causar um verdadeiro colapso no sistema normativo vigente, tendo em vista a eternização dos litígios e perpetuação de incertezas, provocadas pelo desrespeito ao princípio da segurança jurídica.

O primeiro argumento que precisa ser rebatido acerca da relativização da coisa julgada inconstitucional é o de que a ela não teria força constitucional, e por esse motivo não poderia sobrepor-se aos princípios da moralidade e impessoalidade, expressos no texto Constitucional.

A coisa julgada é o instituto processual, transformado em garantia constitucional no sistema jurídico brasileiro (art. 5º, XXXVI), que materializa o caráter definitivo e imutável dos efeitos das decisões judiciais. A coisa julgada é garantia constitucional que preserva a segurança das relações jurídicas na medida em que assegura a manutenção da regra jurídica definida pelo Poder Judiciário como a adequada para regular os diferentes conflitos intersubjetivos de interesses. (PONTES, 2005, p. 96)

Diante disso, percebe-se que a Constituição da República no art. 5º, XXXVI, preocupou-se em conferir à coisa julgada força normativa constitucional e não apenas processual como aludido por alguns autores. Ademais, o núcleo central tutelado pela coisa julgada é o princípio constitucional implícito da segurança jurídica, e, conforme já estudado anteriormente, os princípios constitucionais não são absolutos e tampouco observam uma ordem hierárquica, devendo prevalecer a harmonia entre eles. Frente a isso, não há razão para que a moralidade, legalidade e justiça das decisões sejam considerados de forma absoluta, em detrimento dos demais princípios.

Além de reconhecer a natureza constitucional do instituto, Marinoni (2008, p. 190) ressalta que caso a Lei Maior intencionasse mitigar a coisa julgada o teria feito, no entanto, priorizou a segurança das relações jurídicas à ocorrência de possíveis injustiças.

No mesmo seguimento, Nery Junior (2013, p. 78) enfatiza que a coisa julgada é elemento fundamental na formação do Estado Democrático de Direito, diante de sua indispensabilidade na estabilização das relações jurídicas, além de mostrar-se totalmente compatível com o princípio da supremacia da constituição.

A principal tese de defesa dos patrocinadores da relativização da coisa julgada sustenta que a decisão poderá ser reexaminada a qualquer tempo, se diante de uma injustiça. Cumpre salientar que o conceito de justiça possui um caráter muito subjetivo, tendo em vista que aquilo que é justo para um pode não ser para o outrem.

Ao Direito, sistematicamente considerado, interessa a resolução dos conflitos, através dos procedimentos formais e pré-ordenados postos à disposição dos jurisdicionados para obtenção de uma sentença que dirá, concretamente, a vontade da lei, e que traz implicitamente a presunção de verdade, de modo a impedir a perenização de situações e relações conflituosas, sendo de todo descabido respaldar a mitigação da coisa julgada com base em conceitos de difícil controle intersubjetivo, dentre eles a própria noção de justiça. (GIROTTI, 2007, p. 79)

No mesmo sentido, Câmara (2007, p. 81) dispõe que aceitar a rediscussão de decisões transitadas em julgado com o simples argumento que estas são injustas, significa desconsiderar o conceito de coisa julgada e prejudicar a segurança e estabilidade das relações jurídicas.

Nery Junior (2010, p. 716) ainda explica que “O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que instaurar-se a insegurança geral com a relativização da coisa julgada”. Mesmo porque, em conformidade com a máxima *Dormientibus non succurrit ius*³⁵, as partes possuem inúmeras oportunidades de corrigir eventuais injustiças nas decisões, pois, além de todos os recursos ordinários cabíveis, o direito processual assegura a possibilidade de, mesmo após dois anos do trânsito em julgado, valer-se da ação rescisória, nas hipóteses previstas no art. 966³⁶ do Código de Processo Civil.

³⁵O direito não socorre aos que dormem.

³⁶**Art. 966.** *A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos”.

Conforme já se destacou, a coisa julgada é indispensável para o direito processual brasileiro, pois, torna as relações jurídicas mais seguras e estáveis, na medida em que garante a pacificação social e evita a eternização dos litígios. Marinoni (2008, p. 171) ressalta que as decisões acobertadas pelo manto da coisa julgada, não podem simplesmente ser desconsideradas diante de manifestação posterior do Supremo Tribunal Federal, haja vista que foram objeto do controle difuso realizado pelos juízes monocráticos e tribunais. Ele ainda enfatiza que “negar a razão de ser da coisa julgada e os princípios da segurança e da proteção da confiança, isto significaria, ainda, evidente lesão ao direito fundamental de ação, que tem como corolário o direito a uma decisão imutável e indiscutível” (2008, p.171).

Em contraposição ao argumento de que os atos do Poder Judiciário não sofrem controle de constitucionalidade, Nery Junior (2010, p. 716) salienta que “Há três formas para fazer-se o controle interno, jurisdicional, da constitucionalidade dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário: a) por recurso ordinário; b) por recurso extraordinário; c) por ações autônomas de impugnação”, rebatendo, desse modo, a justificativa em questão.

2.1. Da coisa julgada e o Direito Tributário

Com relação a coisa julgada inconstitucional e a sua não relativização, especificamente no Direito Tributário, há de se distinguir duas situações. Na primeira delas, existe uma sentença transitada em julgado afastando a incidência do tributo, devido a sua inconstitucionalidade, e decisão posterior do STF, considerando a cobrança legítima. Nessa situação, não é possível qualquer alteração na decisão acobertada pela coisa julgada.

Portanto, a norma individual produzida no caso concreto, declarando a inconstitucionalidade da Lei e transitada em julgado não poderá, JAMAIS, considerados os fatores sistêmicos do ordenamento e a preponderância do vetor segurança jurídica nas relações tributárias, sofrer ingerência de posterior posicionamento do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, sendo certo que a coisa julgada deverá produzir normalmente seus efeitos para eventos futuros enquanto não houver modificação substancial na disciplina legal da obrigação tributária: leia-se, enquanto não houver alteração da base de cálculo em conjunção com o aspecto material da incidência tributária. (GIROTTO, 2007, p. 95)

Na visão de Girotto (2007), a sentença tributária transitada em julgado produzirá efeitos inclusive pró-futuro alcançando fatos geradores ulteriores, desde que permaneçam as mesmas situações fáticas e que não haja alteração legislativa posterior.

A segunda situação versa sobre uma decisão judicial transitada em julgado que declara a constitucionalidade de norma tributária e posteriormente há manifestação em contrário do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei. Nesta situação, Derzi (2005, p. 143/144), citada por Helenilson Cunha Pontes, entende que ser plenamente possível a propositura de ação rescisória.

Sobre os reflexos da coisa julgada inconstitucional na esfera tributária, é de suma importância o destaque posicionamento de Pontes (2005, p. 89) ao considerar que o Estado não pode tirar proveito da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, pois foi ele mesmo que a produziu e isto seria aproveitar da própria ilicitude.

Depreende-se desse modo que, quando a decisão transitada em julgado afastar a incidência de determinado tributo, em razão da sua inconstitucionalidade, e houver manifestação posterior do STF declarando a sua constitucionalidade, tal decisão não terá o condão de desconstituir a coisa julgada, ainda que não esgotado o prazo da ação rescisória.

Visualiza-se de modo reflexo a observância ao postulado da não surpresa³⁷, haja vista que o contribuinte não pode ser surpreendido com a exigência de um tributo do qual já havia sido dispensado por meio de uma decisão judicial transitada em julgado.

Diante de uma decisão no controle difuso reconhecendo a constitucionalidade de certo tributo e posicionamento posterior do STF em sentido contrário, caberá ação rescisória objetivando corrigir o vício, sendo possível inclusive exigir a restituição dos valores pagos indevidamente.

2.2 Posicionamento do STF e STJ sobre aspectos da relativização da coisa julgada

Mostra-se imprescindível a exegese sobre o atual posicionamento dos Tribunais Superiores, a saber, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, acerca da possibilidade ou não de relativização da coisa julgada, tendo em vista que, não se sabe ao certo se bom ou ruim, as regras da ordem jurídica vigente têm sido ditadas por estas duas cortes de justiça.

Aqueles que consideram um aspecto positivo essa postura mais ativa dos Tribunais Superiores, o fazem com a justificativa de observância do princípio da

³⁷ Para Sabbag (2012, p. 94 e 95) a tributação de surpresa, também chamada de *"tributação de supetão"* ou *"tributação de inopino"*, é *"aquela que surpreende o sujeito passivo da obrigação tributária sem lhe permitir o razoável tempo de preparo para o evento inexorável da tributação"*.

inafastabilidade da justiça, consagrado no art. 5º, XXXV³⁸, da CRFB/1988, além de garantir a efetivação dos Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, a supremacia da Constituição, muitas vezes prejudicados pela omissão/inércia legislativa. A sociedade em geral movida pelo senso de justiça, roga por atitudes mais severas diante de situações que aparentemente ficariam impunes.

Por outro lado, essa alternância de posicionamento dos Tribunais Superiores, que ora defendem uma tese e ora outra totalmente oposta, acaba por transmitir uma ideia de insegurança jurídica, em que as partes não sabem ao certo qual será o destino da sua demanda. Todavia, não estão dentre os objetivos desse trabalho avaliar a postura dos Tribunais Superiores na jurisdição brasileira, mesmo porque se trata de tema complexo e controvertido a ensejar outra pesquisa, razão pela qual pretende-se tão somente colocar em evidência a relevância e autoridade de suas decisões na ordem jurídica vigente.

No que se refere a possível relativização da coisa julgada, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura pouco flexível, mostrando-se claramente contrário a tese da relativização da coisa julgada. É o que se verifica no julgado de 10 de novembro de 2015, por meio da Segunda Turma, com relatoria do Ministro Celso de Mello³⁹:

A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de

³⁸ **Art. 5.º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

³⁹ Are 918066 Agr – RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL – INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA – EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS – VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA” – “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT” – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. – A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc”, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. **(grifo nosso)**

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, reconhece a autoridade da coisa julgada, aquiescendo com a imutabilidade das sentenças transitadas em julgado, e só admitindo a sua modificação através da ação rescisória. A Suprema Corte enfatiza ainda que não é possível desconstituir a coisa julgada, mesmo diante de decisões de sua lavra que declare a inconstitucionalidade da norma, seja no controle difuso ou concentrado.

O STF, em decisão plenária de 28 de maio de 2015, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, reafirmou esse entendimento⁴⁰:

1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. 2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, “I”, da Carta Constitucional. 3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). **É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os**

⁴⁰ Re 730462 - CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO.

pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional. 4. **Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495).** Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado. 5. **No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão.** 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. *(grifo nosso)*

Depreende-se mais uma vez que o STF, em regra, não admite outra maneira, além da ação rescisória, já prevista em lei, para atacar a coisa julgada, ainda que fundada em norma declarada inconstitucional, fazendo prevalecer o princípio da segurança jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, apesar de aceitar a relativização da coisa julgada em situações excepcionalíssimas, reconhece que não é possível atingir a imutabilidade da sentença com o simples argumento desta ter sido errada ou injusta, sob pena de se colocar em risco o próprio Estado Democrático de Direito, conforme pode ser constatado no Informativo nº 0556, editado pela Quarta Turma, no período de 23 de fevereiro a 4 de março de 2015⁴¹:

A mera alegação de que houve um erro de julgamento não é apta a justificar a aplicação da teoria da relativização da coisa julgada com vistas a desconstituir decisão que, em sede de incidente de habilitação de crédito, fixou equivocadamente os honorários

⁴¹ REsp 1.163.649-SP - DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

advocatícios com base no § 3º do art. 20 do CPC - quando deveria ter utilizado o § 4º do referido dispositivo -, ainda que o valor dos honorários seja excessivo e possa prejudicar os demais credores concursais. Preliminarmente, registre-se que a jurisprudência do STJ tem aplicado a teoria da relativização da coisa julgada, contudo o tem feito apenas em situações excepcionais, nas quais a segurança jurídica, que é o seu princípio informador, tiver que ceder em favor de outros princípios ou valores mais importantes, como a busca da verdade real (nas ações sobre filiação cujas decisões transitadas em julgado conflitem com resultados de exames de DNA posteriores), a força normativa da Constituição e a máxima eficácia das normas constitucionais (nas execuções de títulos judiciais fundados em norma declarada inconstitucional pelo STF) e a justa indenização (nas ações de desapropriação que estabelecem indenizações excessivas ou incompatíveis com a realidade dos fatos). O que se percebe na teoria em questão é a preocupação em compatibilizar a segurança jurídica, princípio informador do instituto processual da coisa julgada, com a justiça e a constitucionalidade das decisões judiciais, valores maiores que informariam todo o ordenamento jurídico. **Assim, o mero argumento de que houve aplicação equivocada de um dispositivo legal não enseja a aplicação da teoria da relativização da coisa julgada. Afinal, magistrados não são seres humanos infalíveis e estão, como todas as pessoas, sujeitos a erros. Ocorre que, para a correção desses erros, o arcabouço jurídico-processual confere às partes os meios cabíveis, notadamente o vasto sistema recursal, bem como a via extrema da ação rescisória. Ademais, é temerário afirmar genericamente que sentenças *erradas* ou *injustas* não devem ser acobertadas pelo manto de imutabilidade da coisa julgada material, permitindo-se que, nesses casos, elas sejam revistas a qualquer tempo, independentemente da propositura de ação rescisória. Nessa medida, o grau de incerteza e insegurança que se instauraria comprometeria o próprio exercício da jurisdição, em afronta ao Estado de Direito e aos seus princípios norteadores. [...] (grifo nosso)**

Em matéria tributária, o posicionamento dos Tribunais Superiores não tem sido diferente, inadmitindo-se a relativização da coisa julgada tributária em respeito ao princípio da segurança jurídica e considerada a situação especial do contribuinte. Vide o julgado do

STJ, em 16 de dezembro de 2014, por meio da Primeira Turma, com relatoria da Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região)⁴²:

1. Transitada em julgado ação declaratória, com resultado favorável à parte autora, torna indiscutível o reconhecimento de sua imunidade tributária e imutável a relação jurídico-tributária dela decorrente, sob pena de violação à coisa julgada material. 2. O termo inicial da prescrição está vinculado ao princípio da actio nata, e via de regra a pretensão do sujeito passivo da obrigação tributária à repetição do indébito nasce com o pagamento indevido. 3. A citação na ação declaratória de inexistência da relação jurídico-tributária torna, no entanto, litigiosa a matéria, de modo que, neste caso, o prazo de prescrição da ação de repetição de indébito só inicia quando transitar em julgado a sentença e/ou acórdão proferido naquela demanda. 4. Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional desprovido e Recurso Especial interposto pela entidade de previdência privada provido para afastar a prescrição. *(grifo nosso)*

No voto do julgamento do referido Recurso Especial⁴³, a juíza federal convocada pelo TRF 4ª Região, Ministra Marga Tessler, destaca que diante do reconhecimento da inexigibilidade de certo tributo os efeitos da coisa julgada tributária devem ser mantidos ainda que o STF entenda posteriormente que aquele tributo era devido.

[...] Em matéria tributária, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o efeito da coisa julgada decorrente da inexistência de relação jurídico-tributária se estende em relação aos fatos posteriores, estando o Fisco impedido de cobrar a exação, relativamente aos exercícios subsequentes. Nessa linha, a coisa julgada que afasta a cobrança do tributo produz efeitos até que sobrevenha legislação a estabelecer nova relação jurídico-tributária.

[...] Assim, a imunidade tributária da parte autora está acobertada pela coisa julgada material e não pode ser afastada na presente ação de repetição de indébito nos seus limites temporais sob fundamento

⁴² Resp 1254615/PE - AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. COISA JULGADA MATERIAL DECORRENTE DE AÇÃO DECLARATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO.

⁴³ Resp 1254615/PE, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª REGIÃO), Primeira Turma, Julgado Em 16/12/2014, Dje 19/12/2014

de interpretação equivocada do texto constitucional ou alteração de entendimento do Supremo Tribunal Federal [...]

Em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, cuja relatoria do recurso ficou a cargo do Ministro à época Luiz Fux, em 16 de outubro de 2008, por meio da Primeira Turma, reforça-se a autoridade da coisa julgada no Direito Tributário, frisando que os efeitos das decisões acobertadas pela *res judicata* perdurarão até a superveniência de nova lei, desde que mantidas as mesmas condições fáticas⁴⁴:

[...] 5. Os limites da coisa julgada, sob esse enfoque, devem ser compreendidos sempre em relação ao objeto do processo - causa de pedir e pedido - que, fundando-se em elementos permanentes e imutáveis da relação jurídica de direito tributário material, faz com que a autoridade dos efeitos da coisa julgada seja estendida aos eventos vindouros, perdurando no tempo enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais foi estabelecido o juízo de certeza. 6. Isto porque tem-se por reconhecido um determinado regime jurídico - como sói ser a situação de não-incidência do ICMS sobre produtos industrializados destinados à exportação, por expressa previsão constitucional - o qual perdurará como norma válida do sistema, até a superveniência de norma jurídica que altere essa situação fática, o que inocorreu in casu. [...]

Verifica-se, desse modo, que a doutrina, de forma mais controvertida, e a jurisprudência, de maneira mais pacífica, têm se inclinado no sentido de não aceitar a relativização da coisa julgada tributária, ainda que o STF se manifeste posteriormente reconhecendo a inconstitucionalidade da norma.

Observa-se com esse posicionamento a primazia da segurança jurídica das relações tributárias e a proteção do contribuinte aos arbítrios do Estado, ao impossibilitar que este exija daquele que desembolse um valor ao qual não estava preparado para pagar tributos que, movido pela boa-fé, havia deixado de recolher aos cofres públicos, ou ainda, para garantir que a Administração Pública efetue o ressarcimento do contribuinte dos valores recolhidos indevidamente em benefício do erário.

⁴⁴ REsp 875.635/MG – PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EFICÁCIA DA COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA. EXECUÇÃO FISCAL. EFICÁCIA PROSPECTIVA DA COISA JULGADA EM VIRTUDE DA INEXISTÊNCIA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA SUPERVENIENTE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

2.3 Polêmicas acerca da súmula 239 do STF

Vale ressaltar, por fim, a real interpretação que deve ser dada ao teor da Súmula 239 do STF, pois, em uma leitura rápida e desatenta pode parecer uma hipótese de admissibilidade da relativização da coisa julgada em matéria tributária, o que não corresponde à intenção da Suprema Corte ao editar tal Súmula.

Diz assim o enunciado “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”. De acordo com o explicado anteriormente, os limites objetivos da coisa julgada alcançam a parte dispositiva da sentença, que nada mais é do que uma resposta aos pedidos e causa de pedir. A referida súmula somente se aplica nos casos em que se estiver questionando a incidência do tributo em um exercício financeiro determinado e não a inconstitucionalidade do tributo em si, já que, neste último caso a decisão transitará em julgado, tornando-se indiscutível e imutável dentro e fora do processo.

Observa-se que a Súmula buscou tutelar as execuções fiscais, atingindo tão somente os créditos tributários, assim entendidos como as obrigações fiscais já lançadas, desse modo, haja vista que a discussão gira em torno da exigência do tributo em um exercício financeiro específico, logicamente, não irá se estender aos exercícios posteriores.

A aplicação da referida Súmula está restrita ao processo de execução fiscal no julgamento dos embargos à execução ou ainda no caso de mandados de segurança, quando se discute uma ofensa concreta ao poder de tributar, já que, nestas hipóteses contesta-se a incidência do tributo apenas com relação àquele exercício financeiro.

Este é o entendimento da Corte Suprema⁴⁵, senão veja-se:

Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Omissão. Ocorrência. Súmula 239/STF. Não aplicabilidade. 1. No acórdão recorrido, tomaram-se por base os fatos e as provas dos autos para se concluir que as exações objeto de autuação estariam abrangidas pela decisão declaratória, de modo que incide, na espécie, a Súmula 279/STF. 2. **A Súmula 239/STF só é aplicável nas hipóteses de processo judicial em que tenha sido proferida a decisão transitada em julgado de exercícios financeiros específicos.** 3. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes. *(grifo nosso)*

⁴⁵AI 791071 Agr-Ed, Relator(A): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgado Em 18/02/2014, Acórdão Eletrônico Dje-053 Divulg 17-03-2014 Public 18-03-2014

Assevera-se, no entanto, com base em todos os argumentos trazidos no presente trabalho, que as decisões proferidas em ações declaratórias cujos questionamentos referem-se à inexigibilidade do tributo, em razão da sua inconstitucionalidade, sem fazer qualquer limitação temporal, farão coisa julgada formal e material, sendo inadmitida a sua rediscussão, em observância ao princípio da segurança jurídica.

Considerações finais

A segurança jurídica é elemento fundamental de existência do Estado Democrático de Direito, exteriorizada por meio da coisa julgada, que garante a estabilização das relações jurídicas e evita a continuidade dos litígios.

De modo que tão relevante instituto processual não pode ser desconsiderado com o simples argumento de se estar diante de uma decisão injusta, mesmo porque, o conceito de justiça está imbuído de uma carga subjetiva muito grande.

Assim, desconstituir uma sentença acobertada pelo manto da coisa julgada com a justificativa de injustiça da decisão colocaria em risco o próprio Estado Democrático de Direito, haja vista que a próxima decisão proferida poderia ser considerada injusta, instalando-se um ambiente de total incerteza, já que a matéria poderia ser rediscutida infinitas vezes.

Todavia, isso não significa que o ordenamento jurídico brasileiro ignore decisões injustas, incorretas ou inconstitucionais, mas que as partes possuem momento oportuno para arguir quaisquer dessas irregularidades seja por meio dos recursos ordinários ou da ação rescisória.

Nesse contexto, parece mais acertada a corrente doutrinária e jurisprudencial que não admite a relativização da coisa julgada, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a inconstitucionalidade de determinada Lei. Isto porque, a própria Carta Magna dá força constitucional à coisa julgada, disciplinando em seu art. 5º, XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Se nem a Lei pode prejudicar a coisa julgada, infere-se que decisões judiciais posteriores, mesmo que da Suprema Corte do país, não podem atingir a *res judicata*.

Na esfera tributária, deve-se atentar ainda para a situação de fragilidade do contribuinte, não sendo possível que este, agindo de boa-fé, seja penalizado por uma ingerência do Estado que editou lei declarada inconstitucional.

Destarte, caso o STF declare a inconstitucionalidade de uma lei que serviu como fundamento de uma sentença, transitada em julgado, que reconheceu a isenção de determinado tributo, o contribuinte não poderá ser obrigado a pagar o tributo que deixou de recolher, já que o fez munido de uma decisão judicial acobertada pelo manto da coisa julgada.

Do mesmo modo, uma decisão de primeiro ou segundo grau, transitada em julgado, que afaste a incidência de certo tributo por ser este inconstitucional, não pode ser modificada por decisão posterior do STF que considere legítima a exigência do tributo, tendo em vista que o contribuinte deixou de recolher aquele tributo de boa-fé respaldado em uma sentença imutável.

Por outro lado, na hipótese de uma decisão considerar o tributo devido e o STF posicionar-se em momento ulterior pela inconstitucionalidade da lei, enquanto não atingida a coisa soberanamente julgada, será possível a propositura da ação rescisória para corrigir tal vício, tendo em vista a situação de fragilidade do contribuinte frente aos arbítrios do Estado.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2016.

BRASIL. **Lei Nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.163.649/SP – São Paulo. Relator: Ministro Marco Buzzi, julgado em 16/9/2014, DJe 27/2/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1163649&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 03 abr. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 875.635/MG – Minas Gerais. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 03/11/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=875635&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 03 abr. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1254615/PE – Pernambuco. Relator: Ministra Marga Tessler (juíza federal convocada do TRF 4ª Região). Primeira Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1254615&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 03 abr. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 918066/DF – Distrito Federal. Relator(a): Min. Celso de Melo, Segunda Turma, julgado em 10/11/2015, Processo Eletrônico DJe-248 Divulg 09-12-2015 Public 10-12-2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28918066%2E%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nhz5mks>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 730462/SP – São Paulo. Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-177 Divulg 08-09-2015 Public 09-09-2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28730462%2E%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oypb7>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da Coisa Julgada**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2006. p. 23 *apud* GIROTTO, Luiz Eduardo de Castilho. **Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária**. Curitiba: Juruá, 2007.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A irretroatividade do Direito no Direito Tributário. *In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba – Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 199-217 *apud* PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista da AGU, Brasília, Centro de Estudos Victor Nunes Leal, 2001 *apud* NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa julgada, segurança jurídica e verdade social – justiça da decisão judicial. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GIROTTO, Luiz Eduardo de Castilho. **Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária**. Curitiba: Juruá, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo)**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OTERO, Paulo. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional. Lisboa: Lex 1993 *apud* PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005.

PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SUICÍDIO ASSISTIDO: DIGNIDADE, LIBERDADE E FELICIDADE

MIRELA REIS CALDAS: Bacharel em Direito pela faculdade Imaculada Conceição do Recife - FICR. Pós-graduada em Direito Tributário Municipal pelo IAJUF. Advogada.

1. Introdução

Ao longo dos anos, surgiram questionamentos na bioética quanto à terminalidade da vida e a autonomia de pessoas para decidir a quais tratamentos querem se submeter.

Sobre o tema, a Constituição Federal se fundamenta na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) para constituir o Estado Democrático de Direito. A dignidade é um conceito filosófico e abstrato relativo a necessidades básicas.

Sendo assim, podemos entender dignidade como o valor que inspira o ideário dos direitos humanos em todas as suas dimensões, devendo servir de base para qualquer ordenamento jurídico democrático (SILVA, 2017).

A dignidade também abrange autonomia do ser humano, seu livre-arbítrio para decidir o próprio caminho. Quando se fala em autonomia, inclui-se o direito de escolher a própria morte, ou melhor, o direito de morrer.

Posto isso, tem-se a necessidade de analisar o suicídio assistido e seus desdobramentos na sociedade, estudando o papel do Direito sobre o tema.

Já que o nascimento não é uma escolha, que o falecimento digno seja.

2. Desenvolvimento

Em algum lugar, existiu alguém que desejava manter relações homoafetivas sem ser considerado crime de sodomia. Que gostaria de ter reconhecido o seu direito ao voto. Que gostaria de ter reconhecida a atividade de profissional do sexo. Nesses desejos, implícita ou expressamente, está presente a ideia de dignidade humana.

Por isso, a dignidade tem sido usada em matérias como aborto, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização das drogas, pena de morte, entre outros (BARROSO, 2014).

Nessa linha, dignidade da pessoa humana dá fundamento ao direito à busca da felicidade, fornecendo elementos para a formação da identidade do ser humano (ORTEGA, 2016). Inclusive, tal direito foi reconhecido pela Suprema Corte (ADPF 132/RJ) em julgamento sobre a união homoafetiva.

Sendo assim, adianta falarmos em direito à busca da felicidade se o indivíduo está sofrendo por uma doença sem perspectiva de cura? Se não consegue sequer levantar da cama? Quando há sofrimento, não há estado de consciência plenamente satisfeito (MONTEIRO, 2010). Cabe unicamente a quem passa pelas situações em análise dispor sobre como deve encerrar a própria vida, pois é assim que se garante a felicidade e dignidade.

É indispensável citar que um grande problema dos tempos atuais não é fundamentar os direitos humanos, é protegê-los do véu da religiosidade, que muito trabalha para manter a aflição e dor alheia em prol de um paraíso pós-morte.

Sobre a religiosidade, cabe-nos dizer que o filósofo grego Epicuro sustentava que cultuar deuses era um desperdício de tempo, pois não há existência após a morte, e que a felicidade é o único propósito da vida. Para o filósofo, a busca pela felicidade é uma procura pessoal (HARARI, 2019).

Ainda sobre o direito à busca da felicidade, a Constituição norte-americana, influenciada pela Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, pode ter sido o primeiro modelo constitucional a tratar o direito à busca da felicidade como fundamental (BOAVENTURA, 2016).

Na citada declaração, cabe ao ser humano o direito individual de buscar sua própria felicidade, por ser subjetivo (BOAVENTURA, 2016).

Deste então, a Suprema Corte americana tem invocado o direito fundamental à felicidade para fundamentar casos sobre igualdade, discriminação e concretização da dignidade da pessoa humana (PORCIÚNCULA, 2020).

Além da dignidade da pessoa humana, direito à busca da felicidade, existe o direito a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI, CF). Assim, analisa-se a (re)estruturação do raciocínio sobre o suicídio assistido.

2.1 Do dever de evitar o suicídio

A quem cabe o dever de evitar que pessoas se suicidem? Cabe ao Estado estabelecer campanhas sobre saúde mental? Cabe ao Direito Penal sancionar com medida de segurança os que tentaram se suicidar? Cabe ao Direito Civil a interdição dos que

tentaram? Cabe ao Direito Administrativo responsabilizar civilmente o Estado pelos cidadãos que se suicidaram?

Na verdade, a pergunta correta é: cabe a alguém a responsabilização por um suicídio? O Direito Penal apenas tipificou o induzimento, instigação e auxílio ao suicídio (art. 122, CP). Não se pune o suicídio (o sujeito passivo está morto) nem a tentativa (punir-se-ia duplamente alguém sem as plenas as faculdades mentais).

É fundamental a atuação estatal em campanhas, não apenas no setembro amarelo, mês da campanha de prevenção ao suicídio, mas também no atendimento psiquiátrico e psicológico aos cidadãos nos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS). Um ambiente socialmente saudável reduz os índices de suicídio.

Posto isso, o suicídio tem um ramo chamado suicídio assistido, mas não se confunde com ele. No assistido, há amparo jurídico e psicológico, no mínimo. Não sendo ocorrendo escondido, muito pelo contrário, existe auxílio médico.

Vejamos mais especificadamente do tópico seguinte.

2.2 Do suicídio assistido

Suicídio assistido é o ato pelo qual um indivíduo provoca a sua própria morte com a ajuda de outra pessoa. Em geral, um médico fornece meios necessários, mas quem pratica a ação é o paciente (BARROSO, 2014).

O debate sobre o suicídio assistido normalmente parte do pressuposto que o sujeito em questão está doente em fase terminal, passando por grande dor e sofrimento, ou em estado vegetativo permanente.

Muitas religiões condenam tal ato, mas questiona-se se deixar uma pessoa sofrendo também não seria uma condenação, ainda que não seja divina.

Indivíduos com doenças terminais e passam por grande sofrimento deveriam ter direito a escolher ao suicídio assistido. A legislação deve ser cuidadosamente elaborada para garantir que a morte com dignidade não se torne meio para o abuso de idosos e deficientes sem critérios mínimos (BARROSO, 2014).

Se existe a possibilidade de recusar tratamento, deveria haver possibilidade de escolher morrer dignamente. Proibições estatais que forcem um paciente em estado terminal a esperar pela morte natural são uma afronta à dignidade humana.

Nessa linha, a primeira lei de direito de morrer nos Estados Unidos, a Lei de Morte com Dignidade do Oregon (1994), veio após luta de um século. Estados americanos que elaboraram leis sobre o tema a seguiram. No Havaí, incluiu-se a exigência de exame de saúde mental e um período de espera de 20 dias entre as solicitações (HANNIG, 2020).

Tempo de espera é interessante, mas o paciente pode ficar incapacitado de ingerir a medicação letal. Tomar a medicação cedo significa abreviar a vida e esperar muito tempo significa correr o risco de perder a escolha, pois estará incapacitado de expressar seu desejo.

Ainda sobre o Oregon, quase 80% das pessoas que procuraram assistência médica para morrer em 2018 tinham 65 anos ou mais (HANNIG, 2020).

Por fim, talvez confirmando óbvio, suicídio assistido não é uma forma legal de cometer homicídio, pois prestigia a dignidade da pessoa humana. Inclusive, é mister dizer que deveria ser oferecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

2.3 Associação Dignitas

“Dignidade” vem do latim “dignitas”, designa o que merece respeito, consideração ou estima.

Sediada na Suíça, a associação Dignitas dá assistência ao suicídio a cidadãos desde 1998. Essa prática, que envolve em sua maioria cidadãos do Reino Unido, França e Alemanha, é chamada por certas autoridades de “turismo da morte”.

Cabe-nos fazer alguns esclarecimentos. De início, destaca-se que, conforme o próprio site da associação, uma das atividades é a prevenção de suicídio e a sua tentativa.

O acesso à morte assistida na Suíça não é uma questão de dinheiro, pois a Dignitas é uma associação sem fins lucrativos⁴⁶. A associação verifica se as pré-condições estão estabelecidas e se o desejo de morrer reflete a vontade do associado. É importante determinar se a capacidade de discernimento está de prejudicada e se alguém próximo está induzindo.

Ademais, associação ainda fornece instruções jurídicas sobre diretiva antecipada, decisões antecipadas de recusa de tratamento e testamento vital.

Abordaremos tais institutos no tópico seguinte.

⁴⁶ Informações encontradas no site da associação Dignitas. Disponível: [emhttp://www.dignitas.ch/?lang=em](http://www.dignitas.ch/?lang=em). Acesso em 31/08/2022.

2.4 Diretrizes antecipadas

Muitas pessoas têm medo de ficar impossibilitadas de exprimir suas vontades, conectadas a máquinas em um hospital e serem mantidas vivas artificialmente por um longo período de tempo. Querem dar vida aos seus anos, não anos à sua vida.

Indo contra o desamparo, existem as diretrizes antecipadas (gênero) ou testamento vital (espécie) (DADALTO, 2013). São disposições sobre tratamentos, procedimentos e cuidados que se deseja ou não se submeter quando a manifestação de vontade não for possível. Inclusive, pode-se designar terceiro responsável pela tomada das decisões (PONA, 2022).

Destaca-se, a possibilidade de o paciente ser auxiliado por um profissional de saúde na feitura do documento, por ser leigo, não possui técnicas para redigir de forma pormenorizada a recusa de tratamentos (DADALTO, 2013).

Na Câmara dos Deputados, existem os Projetos de Lei (PL) nº 5559/2016 (direitos do paciente) e nº 352/2019 (consentimento informado e instruções prévias de vontade para fase terminal). No Senado Federal, PL nº 149/2018 (diretivas antecipadas) e PL nº 493/2020 (estatuto do paciente, com capítulo sobre diretivas).

O PL nº 149/2018 define pessoa em fase terminal como em estágio avançado de doença incurável e progressiva ou vítima de grave e irreversível dano à saúde, cujo prognóstico é de morte iminente e sem perspectiva de melhora do quadro clínico.

Inclusive, consta no PL que podem ser vedados nas diretivas cuidados ou procedimentos desproporcionais, inclusive hidratação e alimentação artificial e tratamentos paliativos.

Hoje, já se fala em diretivas antecipadas psiquiátricas, planos de parto, situações relacionadas à manifestação da vontade no futuro e que não necessariamente envolvem o fim de vida (PONA, 2022).

3. CONCLUSÃO

A morte assistida reformula como a medicina deixa de ser uma forma pura de prolongar a vida e passa a nos atender, ao encurtar o processo de esperar o dia da morte.

Pacientes que sofrem de doenças dolorosas e intratáveis às vezes chegam a um momento em que a perspectiva de permanecer vivo parece pior do que morrer. A ideia de ter um momento e maneira para dispor sobre sua morte traz um enorme conforto.

É necessário garantir ao paciente que seus desejos serão seguidos quando ele não mais puder exprimi-los e é de extrema importância garantir que o médico não sofrerá retaliação ao seguir expressamente a vontade do paciente.

Para tanto, torna-se crucial que as discussões sobre a declaração prévia de vontade do paciente ocorram de forma efetiva e científica, jamais sendo um contrato de adesão a ser contratado com o plano de saúde.

Diante de todo o exposto, espera-se que os projetos de lei se tornem leis. Por toda a História do Brasil, principalmente quanto à interferência religiosa, sabe-se que suicídio assistido está longe de ser um tema debatido no Congresso.

Na verdade, muito deve ser feito antes de chegar à morte assistida. Apesar da factível demora nas discussões, faz-se necessário trazer a tona o debate justamente para que um dia, em um futuro próximo, algum brasileiro possa realizar o suicídio assistido pelo SUS.

Referências

Barroso, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. 3º ed. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BOAVENTURA, Thiago Henrique. **Seria a busca pela felicidade um Direito Fundamental?** Disponível em: <https://thiagobo.jusbrasil.com.br/artigos/404537613/seria-a-busca-pela-felicidade-um-direito-fundamental>. Acesso em 01/09/2022.

DADALTO, Luciana. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil** (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). Revista de Bioética y Derecho. ISSN: 1886-5887. Barcelona, n. 28, ano 2013, p. 61-71. Disponível em: <https://swab.zlibcdn.com/dtoken/3ae4a9842890aba8f5ebec849130539a/s1886-58872013000200006.pdf>. Acesso em 31/08/2022.

HANNIG, Anita. **Assisted dying is not the easy way out**. Disponível em: <https://theconversation.com/assisted-dying-is-not-the-easy-way-out-129424>. Acesso em 30/08/2022.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus**. Uma breve história do amanhã. 13ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA, Roberta Soares da. **Dignidade humana**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). 1. ed.

São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/507/edicao-1/dignidade-humana>. Acesso em 29/08/2022.

MONTEIRO, Juliano Ralo. **PEC da felicidade positivará direito na CF**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-mai-29/pec-felicidade-positivacao-direito-reconhecido-resto-mundo>. Acesso em 01/09/2022.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital: quais são os rumos do debate legislativo brasileiro?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-04/direito-civil-atual-testamento-vital-quais-rumos-debate-legislativo-brasileiro>. Acesso em 31/08/2022.

PORCIÚNCULA, André Ribeiro. **Direito fundamental à felicidade: realidade ou ficção jurídica?** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/porciuncula-direito-fundamental-felicidade#_ftn2. Acesso em 01/09/2022.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **O que consiste o princípio da busca da felicidade?** Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/383860617/o-que-consiste-o-principio-da-busca-da-felicidade>. Acesso em 01/09/2022.

DESPORTO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO SOB À ÓTICA DO DIREITO PENAL

RENAN LUÍS DE AZEVEDO GANDOLFI:

Bacharel em Direito pela USF – Universidade São Francisco de Bragança Paulista. Especializado em Direito Penal e Processo Penal pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Mestrando em Direito Penal pela PUC\SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO: O presente artigo visa trazer à baila a discussão sobre a liberdade de expressão no desporto através da ótica do direito penal brasileiro, principalmente os crimes de opinião, em uma compreensão contemporânea sobre o tema. Primeiramente, foi constatada os casos no esporte de maneira global e em seguida no território nacional, a seriedade da interferência política e a ameaça que elas representam contra tal liberdade fundamental, conclusão que inspirou seu estudo no caso “Carol Solsberg”. Ainda, através da análise de doutrinas e de diversos autores, descobriu-se que a verdade e o direito à crítica são elementos protegidos pela liberdade de expressão e resguardados pelo intercâmbio de ideias, em uma democracia. Por fim, verificou-se que a verdade e a justificação compõem o núcleo essencial desse direito fundamental no Brasil com fundamentos semelhantes aos do direito americano, para assegurar o debate em sociedade, resguardando-o de eventuais ações criminais ajuizadas por entidades organizadoras do desporto, ou mesmo membros do poder público e particulares envolvidos em assuntos de interesse esportivo que tenham por objeto coibir a crítica e censurar a verdade.

Palavras-chave: Desporto – liberdade de expressão – censura- direito penal.

ABSTRACT: This article aims to bring up the discussion about freedom of expression in sport through the perspective of Brazilian criminal law, especially crimes of opinion, against honor, in a contemporary understanding of the subject. First, it was verified the cases in sport globally and then in the national territory, the seriousness of political interference and the threat they represent against such fundamental freedom, a conclusion that inspired his study in the “Carol Solsberg” case. Still, through the analysis of doctrines and of several authors, it was discovered that the truth and the right to criticism are elements protected by freedom of expression and protected by the exchange of ideas, in a democracy. Finally, it was found that truth and justification make up the essential core of this fundamental right in Brazil with foundations similar to those of American law, to ensure the debate in society, protecting it from possible criminal actions filed by sports organizing entities, or even members of the public and private authorities involved in matters of sporting interest whose purpose is to curb criticism and censor the truth.

Keywords: Sport – freedom of expression – censorship- criminal law

1. INTRODUÇÃO

O ser humano desde a sua gênese, vive, age e anseia a busca por sensações que o proporcione prazer, paixão, levando em determinadas vezes, a extremos beirando a idolatria e o fanatismo. Quando se trata dessas sensações, o esporte, a política e a religião, são a tríade perfeita que aguçam o imaginário social, acaloram ambientes e promovem o debate inflamado em certas ocasiões.

Entretanto, quando a paixão e a razão se distanciam, há uma ruptura do cerne – falando em relação ao esporte e a política – que é o de gerar alegria e organização social. Contudo, esse cenário de emitir uma opinião em roda de amigos e como interação social, não pertence somente aos torcedores apaixonados pelo seu clube de coração, ou pelos amantes de determinada modalidade esportiva. Nas últimas décadas inúmeros são os exemplos de atletas que ao manifestarem sua opinião (pública), sofreram alguma retaliação por isso, seja pela imprensa, pela sociedade e até mesmo sanções de ordem administrativa e\ou judicial.

E, é diante disso que surge o dilema a ser abordado: até que ponto a liberdade de expressão no esporte interfere na ordem pública ferindo os preceitos do Direito. Até que ponto, sob o pretexto da manutenção da neutralidade política do esporte, é válida ou não a interferência do Estado, por intermédio do direito penal gerando coibição e punição de determinadas ações pelos praticantes e participantes do esporte.

2. ESPORTE, QUESTÕES SOCIAIS E A LIBERDADE FUNDAMENTAL

Recentemente, no Brasil, passamos por algumas ocasiões que afetaram - e até hoje continuam a afetar - o cotidiano nacional como: pandemia, disfunção política, governos estaduais sofrendo *impeachment*, inúmeros requerimentos contra o Presidente da República, eleições e etc. Não obstante, em outros países a situação foi similar. Nos Estados Unidos, a pandemia, a polarização política, a violência policial racista, dentre tantos outros motivos, também reverberaram no cotidiano *yankee*, chegando a seara do esporte, onde atletas profissionais e de diversas modalidades, expressaram suas opiniões e tiveram um desfecho descabido e inusitado.

Quais os limites para as manifestações dentro do esporte? Essa pergunta emerge em virtude dos “desfechos descabidos e inusitados” citados acima. No hemisfério norte, a liga de basquete mais famosa do mundo, NBA, enfrentou 2020 sérios problemas durante a fase dos *playoffs*, quando o time do *Milwaukee Bucks* decidiu não entrar em quadra para

enfrentar o *Orlando Magic*, em virtude da morte de cidadão negro (Jacob Blake), após ação em que um policial branco disparou sete vezes, pelas costas.

A atuação de associações desportivas e de atletas tiveram pretensa influência na criação de movimentos, como o *Black Lives Matter*, que tem como objetivo o combate ao racismo e a violência policial.

Nisso, os atletas, como figuras principais das partidas, conseguiram angariar forças para unificar discursos e apresentar suas condições de modo a extrair da entidade organizadora da competição, posicionamento consonante ao da Associação dos Atletas (NBPA). Concomitantemente, não se verificou por parte da liga americana de basquete, qualquer possibilidade ou cogitação de punição ao *Milwaukee Bucks* e seus jogadores, pelo boicote à partida diante do *Orlando Magic*.

Esse foi um exemplo de um desfecho “inusitado” dentro do esporte, em que atletas se manifestaram publicamente, uniram forças e conseguiram gerar um impacto positivo politicamente e desportivamente.

Contudo, nem sempre o deslinde é positivo, e aqui, iniciamos a discussão sobre os limites da liberdade de expressão. Se de um lado apresenta-se exemplo em que se reconhece a impossibilidade de se dissociar o esporte dos acontecimentos na esfera social, do outro, nota-se que ainda há inúmeros vieses na presente questão.

Nesse sentido, a atleta do Vôlei de Praia, Carol Solberg, experimentou esse viés, quando foi denunciada pela Procuradoria do Superior Tribunal de Justiça Desportiva da Confederação Brasileira de Vôlei, por uma entrevista dada após obter o terceiro lugar em etapa do Circuito Brasileiro de Vôlei de Praia, em que proferiu a seguinte frase: “fora, Bolsonaro”.

A jogadora, foi denunciada por descumprir o regulamento da competição, tendo ainda sua conduta enquadrada como contrária à disciplina ou à ética desportiva.

O pedido da Procuradoria pela aplicação da penalidade máxima à atleta, qual seja, a aplicação de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e suspensão por seis partidas, ainda que não seja atendido pela Comissão Disciplinar ou pelo Tribunal Pleno do STJD do Voleibol, por si só expõe o quão conflituoso pode ser o entrelaçamento entre esporte e política.

Segundo a Confederação Brasileira de Vôlei de Praia, a declaração da atleta foi: por suposição “divulgar opinião pessoal que reflita críticas ou que possa prejudicar ou denegrir a imagem da CBV e/ou patrocinadores e parceiros comerciais”.

A política está no esporte, seja no campo, nas quadras ou nas pistas. Seus principais atores protestam pela possibilidade de se manifestarem livremente no compasso da pretensa neutralidade política das entidades de administração e da atividade esportiva em si. Estaria a *Lex Sportiva* colidindo com os direitos fundamentais?

Sob a inteligência da Regra 50 da Carta Olímpica e em meio à crescente influência das redes sociais e do protagonismo das estrelas do esporte na discussão de temas de interesse de toda a sociedade, busca-se os limites da liberdade de expressão em ambiente que se afirma ser o mais democrático possível – ainda que, para isso, venha a proibir manifestações contra regimes antidemocráticos. Todavia, o que o Direito Penal brasileiro entende e assevera acerca da liberdade de expressão?

2.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DO DIREITO PENAL

O Direito Penal brasileiro parece nunca ter encontrado maiores problemas na limitação legal da liberdade de expressão (inciso IV do artigo 5º da CR). Delitos cometidos por palavras sempre constituíram ações possíveis de punição sem maiores discussões. Ameaças, coações, extorsões, ofensas, falsidades, desacatos, apologias, incitações e tantos outros delitos integram uma parte substancial de formas típicas puníveis, realizadas por palavras e discursos, que não são permitidas pelo exercício do direito constitucional de liberdade de expressão. Mesmo a condição de partícipe de um delito, como no caso da instigação, realizada em locais privados, não integra qualquer direito de liberdade de expressão.

A liberdade de expressão pode atingir, de maneira indireta, outros direitos fundamentais, como vida, liberdade e propriedade: o agente manifesta-se a favor de determinada conduta delituosa (ex.: dizendo que determinada pessoa deve ser morta) e, dessa forma, coloca em risco o bem jurídico protegido. Nosso Código Penal, tradicionalmente, tipifica esse comportamento basicamente de três maneiras:

- I- participação (art. 29), que pode ser por induzimento, no qual o agente coloca na mente de outrem a idéia de cometer o crime; ou por instigação, na qual o agente estimula uma idéia criminoso já existente;
- II- incitação ao crime (art. 286): estimular pessoas indeterminadas a cometerem crimes;
- III- apologia ao crime (art. 287): referir-se a fato criminoso ou a autor de crime de maneira que os enalteça.

Portanto, essa colisão de direitos constitucionais foi resolvida pelo Código Penal. Ressalte-se, porém, que os crimes dos artigos 286 e 287 são classificados como de perigo abstrato, ou seja, a lei presume que os bens protegidos foram colocados em risco. Essa categoria de crimes é considerada inconstitucional por boa parte da doutrina, que acredita ser indispensável à função garantista do Direito Penal a existência ou a ameaça concreta de lesão ao bem jurídico protegido.

A lógica, portanto, é que a liberdade de expressão deve ceder sempre que colocar em risco concreto bens jurídicos mais valiosos, como vida, liberdade e propriedade.

Em muitas ocasiões, o exercício da liberdade de expressão, mesmo que aparentemente abusivo, não afeta de modo algum o exercício de outros direitos. Assim, se algum atleta se manifesta de maneira contrária a determinado político ou chefe de Estado, a liberdade política desse chefe não será atingida. Seus princípios políticos e forma de atuação continuarão sendo realizados da mesma forma. Totalmente diversa é a atitude de quem dissemina o ódio ou a violência contra a pessoa, governo ou forma de governo.

Recentemente, aqui no Brasil, o uso do entulho autoritário da Lei de Segurança Nacional, felizmente revogada pela Lei 14.197/21, reavivou o problema diante das tentativas de criminalização de ofensas à honra do atual presidente da República e das ameaças e coações feitas por apoiadores desse político contra ministros do Supremo Tribunal Federal e contra as instituições do Estado democrático de Direito. Ressurgiu o debate, então, também sobre os chamados "crimes contra o Estado de Direito", notadamente quando realizados de forma discursiva.

De um lado, aparentemente mais liberal, alguns sustentam uma progressiva extensão e prevalência da liberdade de expressão sobre outros direitos constitucionais, o que permitiria tolerar os delitos de expressão até mesmo quando direcionados ao regime democrático; de outro lado, mediante fórmulas de equilíbrio entre princípios constitucionais colidentes, outros aceitam algumas limitações excepcionais ao exercício da liberdade de expressão, em especial as manifestações de ódio contra algumas minorias ou mesmo contra as instituições democráticas vigentes.

De maneira bastante didática, Alaor Leite e Adriano Teixeira distinguiram *três níveis* distintos de proteção, individual, grupal e institucional: "primeiro, o nível *individual*, que diz com a honra de pessoas naturais; segundo, o nível *grupal*, que se relaciona aos agrupamentos humanos mais vulneráveis; terceiro, o nível *institucional* cuida do funcionamento de instituições fundamentais da democracia". (LEITE, TEIXEIRA, 2021, p.385-460)

Em casos como esses, frequentes em tempos áspers, é fundamental determinar, com exatidão, os limites e a extensão das normas permissivas da ação, que configuram o

exercício do direito à liberdade de expressão. A democracia exige a crítica pública, a crítica política, a crítica ideológica e, portanto, o discurso livre. Afinal, como afirmava Rosa Luxemburgo, "*Freiheit ist immer Freiheit der Andersdenkenden*": a liberdade é sempre a liberdade de pensar diferente. (LUXEMBURGO, 2006).

Por isso, o espaço legítimo de atuação do Direito Penal está concentrado nos discursos proferidos em situações que cumpram os seguintes requisitos: 1) abuso de direito oriundo da posição de poder hegemônico do falante; 2) espaço amplo de difusão de ideias aptas ao enfraquecimento ou destruição de grupos historicamente vitimizados ou da própria democracia; 3) existência de um "sobredireito" não igualado pela somatória de outros direitos fundamentais; e 4) aproveitamento da fragilidade da audiência para disseminação das ideias de ódio contra grupos minoritários ou contra as instituições democráticas e seus agentes. (ZILIO, 2017, p.181)

3 CONCLUSÃO

Assim, fora destas circunstâncias concretas que são aptas para colocar em perigo ou lesionar lesão de bens jurídicos fundamentais, os demais discursos são, sim, legítimos, mesmo quando equivocados ou historicamente discutíveis.

Com essas restrições legais, então, estão excluídas do âmbito do punível as ações discursivas contidas em abstrações, sentimentos e excessos comunicativos, porquanto não configuram qualquer ataque a "*possibilidade de viver em sociedade confiando no respeito à esfera de liberdade particular pelos demais*". (MIR PUIG, 2008)

Agora, se o Direito Penal tem idoneidade para frear esses crimes expressivos de ódio, cada vez mais frequentes em tempos de fragilidade democrática, só o tempo dirá. A aptidão do Direito Penal depende, nesses casos, do cumprimento da função de prevenção geral, que é limitado pelo princípio da intervenção mínima e pela necessidade de conhecimento empírico dos efeitos produzidos, a fim de evitar um Direito Penal de forte sentimento ético-pedagógico, moralizante e ideológico.

REFERÊNCIAS

ACCORSI, Ana Cláudia et al. Indiretamente pelas diretas: a democracia corintiana no Conjunto das Manifestações pelas Diretas Já! Revista Cantareira, nº 27, Rio de Janeiro, 2017.

Assembleia Geral da ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos (217 [III] A). Paris, 1948.

- AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios Penais. Da legalidade à culpabilidade*. São Paulo.
- BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. RIL Brasília a. 53 nº 210, abr./jun. 2016, Brasília, p. 93-115.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Volume 1. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 28ª edição, 2022.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004
- CAMARGOS, Wladimir Vinicyus de Moraes. *Constituição e esporte no Brasil*. Goiânia: Kelps, 2017.
- CHAPPELET, Jean-Loup. Politics and the Olympics: a long last marriage arranged by Coubertin. In: CHATZIEFSTATHIOU, Dikaia; MULLER, Norbert (eds.). *Olympism, Olympic Education and Learning Legacies*. London: Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 133.
- CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE VOLEIBOL. Estatuto 2022. Rio de Janeiro, marc. 2022. Disponível em: <<https://cbv.com.br/pdf/Estatuto%20CBV%20-%20registrado.pdf>>. Acesso em: 15 marc. 2022.
- CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE VOLEIBOL. Código de Ética. Rio de Janeiro, mar. 2022. Disponível em: <<https://cbv.com.br/governanca/index.php/governanca/codigo-de-etica>>. Acesso em: 15 marc. 2022.
- GUTTMANN, Allen. The Cold War and the Olympics. *International Journal* XLIII autumn 1988.
- LEITE, Alaor, TEIXEIRA, Adriano. *Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal. A experiência comparada e o desafio brasileiro*, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 182, São Paulo: RT, 2021, pp. 385-460.
- LUXEMBURGO, R., *Die Freiheit ist immer die Freiheit des Andersdenkenden*, Voltmedia GmbH, 2006
- INTERNATIONAL OLYMPIC COMMITTEE. Olympic Charter. Lausanne, Jul, 2020.
- INTERNATIONAL OLYMPIC COMMITTEE. Athletes' Commission. Rule 50 Guidelines. Lausanne, Jan, 2020.

MAGALHÃES, Lívia Gonçalves. A Copa do Mundo da ditadura ou da resistência? Comemorações e disputas de memórias sobre a Argentina de 1978. *Estud. hist. (Rio J.)*, v. 32, nº 68, Rio de Janeiro, p. 675-694, dez. 2019.

MAGALHÃES, Livia Gonçalves. Ditadura e futebol: o Brasil e a Copa do Mundo de 1970. *PolHis*, año 5, nº 9, primeiro semestre 2012.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 8º ed., Barcelona: Reppertor, 2008.

ROXIN, Claus. *Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, em HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 448.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso Básico de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STEENVELD, Lynette; STRELITZ, Larry. The 1995 Rugby World Cup and the Politics of Nation-Building in South Africa. *Media, Culture & Society*, vol. 20, no. 4, Oct. 1998, p. 609-629.

STRENK, Andrew. Back to the Very First Day: Eighty Years of Politics in the Olympic Games. *Journal of Sport and Social Issues*. Vol. 2, n. 1, 1978, p. 24-36.
doi:10.1177/019372357800200105.

ZILIO, Jacson. *Discurso de ódio e Direito Penal*, em *Revista Justiça e Sistema Criminal*, n. 9, 2017, p. 181 e ss.

ASPECTOS DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

ELIOS MATTOS DE ALBUQUERQUE FILHO:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera.

RESUMO: O desempenho das funções da Administração Pública de modo célere e eficiente constitui mandamento nuclear do interesse público. Práticas que correspondam a isso são, paulatinamente, implementadas no bojo da atividade administrativa. O Sistema de Registro de Preços constitui-se em importante ferramenta de gestão em busca da almejada eficiência, pois proporciona racionalização às compras públicas. Além de apresentar os conceitos e os aspectos relevantes que compreendem a sua sistemática, analisar-se-á o instituto denominado carona, que possibilita a adesão à ata de registro de preços por órgãos e entidades da Administração Pública não participantes do certame.

Palavras-chave: Administração Pública. Licitação. Sistema de Registro de Preços.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 estabelece para a Administração Pública o dever de licitar, a fim de garantir que os fornecedores contratados sejam os que ofereçam as condições mais vantajosas para a aquisição de bens e a contratação de serviços.

O sistema de registro de preços constitui-se como um importante instrumento para a obtenção da proposta mais vantajosa. Nele, a Administração promove o procedimento licitatório, na modalidade de concorrência ou pregão, propondo-se a selecionar produtos e serviços e os respectivos fornecedores. Os interessados formulam suas propostas e, selecionados os vencedores, é firmado instrumento de cunho normativo, denominado ata de registro de preços.

Na ata de registro de preços, deverão constar o objeto licitado com suas especificações, as condições para sua execução, o preço por unidade ofertado, a qualificação de quem assume a obrigação perante a Administração, o prazo de vigência e o procedimento para a formalização de futuros contratos.

Discute-se a legalidade da adesão à ata de registro de preços, figura vulgarmente conhecida como carona, em que uma entidade estatal que não tenha participado da licitação que deu origem à ata de registro de preços possa a ela aderir como se sua fosse.

1 DA OBRIGAÇÃO DE LICITAR

Licitação é um procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.

Nas palavras de Di Pietro, é

o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.⁴⁷

Desenvolve-se por meio de sucessão ordenada de atos vinculados para a Administração e os licitantes, no intuito de proporcionar igualdade aos interessados e fornecer eficiência e moralidade à atividade administrativa.

A contratação de um particular pela Administração Pública, intitulada contrato administrativo, justifica-se, para Justen Filho, nos seguintes aspectos:

Relevância política: em um Estado Democrático, os bens ou serviços dos particulares somente poderão ser obtidos mediante a observância de certos procedimentos e dentro de limites específicos. O Estado e o particular celebram o acordo mediante consenso de ambas as partes.

Relevância econômica: o contrato com o particular representa a satisfação das necessidades do Estado – revela-se como economicamente mais vantajoso que o Estado promova a contratação de particulares para o desempenho de atividades necessárias à satisfação das necessidades coletivas. Ao invés de adquirir a propriedade de bens e instrumentos necessários à execução de serviços e à satisfação de necessidades coletivas, o Estado recorre à iniciativa privada.

Relevância político-econômica: os gastos públicos são um fator essencial para a promoção do desenvolvimento econômico e social, na consecução das políticas públicas.⁴⁸

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 370.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 11-2.

Até 1967, as compras públicas estavam regidas pelo Decreto n. 4.536/1922, conhecido como Código da Contabilidade Pública da União. Não existia, ainda, o instituto da licitação propriamente dito. Havia apenas a previsão de que *“ao empenho da despesa deverá preceder contracto, mediante concorrência pública”*.⁴⁹

Por meio da Lei n. 4.401/1964, o termo licitação foi introduzido, pela primeira vez, em seu sentido de gênero abrangente de variadas espécies ou modalidades.⁵⁰

Somente com o advento da Reforma da Administração Federal, de 1967, é que teve início a sistematização das licitações, ao estabelecerem-se normas gerais para seu procedimento e preceitos particulares para suas modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, nos termos dos arts. 125-144 do Decreto-lei 200/1967.

Mantendo as mesmas diretrizes, as compras públicas passaram a ser regidas pelo Decreto-lei 2.300/1986, com alterações proporcionadas pelos Decretos-lei 2.348/1987 e 2.360/1987.

Atualmente, estão em vigor dois diplomas que tratam do estatuto jurídico das licitações e dos contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei n. 8.666/1993 terá vigor até o dia 01º de abril de 2023, ocasião em as licitações e contratos administrativos serão exclusivamente regidas pela lei n. 14.133/2021.

A licitação não consiste em faculdade da Administração Pública, mas sim em verdadeira obrigação, cujo escopo é garantir isonomia, vantajosidade nos contratos, transparência e moralidade.

Tal dever encontra-se encampado no texto constitucional:

Art. 37. [...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica

⁴⁹ Decreto n. 4.536/1922, art. 49.

⁵⁰ DAYRELL, Carlos Leopoldo. Das Licitações na Administração Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 15.

e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O procedimento licitatório possui dupla finalidade, pois se de um lado busca a obtenção de um contrato vantajoso para a Administração, por outro visa ao resguardo dos direitos de possíveis contratados, a serem lecionados de modo impessoal e transparente.

2 O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Em processo de contratação comum, a Administração decide o que e em que quantidade pretende contratar e os interessados no certame oferecem propostas, cujo detentor da mais vantajosa será, depois de concluído o procedimento, convocado para firmar contrato.

Com o contrato, o licitante obriga-se a prestar o ofertado na licitação e a Administração Pública, por seu turno, obriga-se a recebê-lo e por ele pagar.

O sistema de registro de preços foge dessa sistemática ao introduzir mecanismos específicos que visam a facilitar o gerenciamento de contratos, mormente nos casos em que a necessidade da Administração em relação a determinados bens é contínua, dispensando a realização de onerosos procedimentos licitatórios.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, sistema de registro de preços

é o conjunto de procedimentos para registro e assinatura em Ata de Registro de Preços que os interessados se comprometem a manter por um determinado período de tempo, para contratações futuras de compras ou de serviços frequentes, a serem realizadas nas quantias solicitadas pela Administração e de conformidade com o instrumento convocatório da licitação.⁵¹

A definição legal não destoa da doutrina. A Lei n. 14.133/2021, em seu art. 6º, inciso XLV, define sistema de registro de preços como o "conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras."

O registro de preços abrange três etapas: licitação, ata de registro de preços e contrato.

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 357.

Inicialmente, lança-se a licitação, nas modalidades concorrência ou pregão, que se constitui no processo de seleção do futuro fornecedor, assegurando a todos o direito de disputarem em igualdade de condições as futuras contratações.

Devidamente homologada, o vencedor da licitação é convocado para assinar a ata de registro de preços, documento em que assume perante a Administração a obrigação de prestar o objeto licitado de acordo com a necessidade dela e dentro do prazo de validade da ata e dentro do quantitativo definido do edital.

Depois de assinada a ata de registro de preços, a Administração poderá convocar o fornecedor para firmar contrato, quantos necessários forem, de acordo com suas demandas e necessidades.

O sistema de registro de preços não é modalidade de licitação, pois a sua promoção engloba o emprego das modalidades concorrência ou pregão. Trata-se de instrumento disponibilizado para que a Administração gerencie suas demandas, na medida em que a contratação acontece de acordo com elas.

Para Niebuhr, “a principal vantagem do registro de preços ocorre em relação aos objetos cujos quantitativos sejam de difícil previsibilidade, como ocorre com pneus, peças, combustível, material de expediente, medicamentos, insumos de informática, etc.”.⁵²

No processo de contratação ordinária, a Administração inicia o procedimento licitatório para aquisição de tais objetos e, com o vencedor do certame, firmará contrato, em que ambos assumirão obrigações recíprocas: o fornecedor, entregar o objeto; a Administração, pagar por ele.

Contudo, devido à imprevisibilidade, o quantitativo adquirido para o ano fiscal poderá ser insuficiente, sendo necessária a realização de novo certame, com todas as formalidades e burocracia, prejudicando a continuidade do serviço público.

Com o sistema de registro de preços, a Administração Pública realiza a licitação com quantitativo superior a sua real estimativa, porquanto o vencedor da licitação não assinará de imediato contrato.

Além disso, permite um controle eficaz da qualidade dos produtos e serviços licitados, bem como dos estoques da Administração Pública.

A título de ilustração, Niebuhr expõe o caso dos medicamentos, que ao serem licitados de maneira ordinária, devem ser guardados em lugar apropriado, devidamente

⁵²GUIMARÃES, Edgar Guimarães. NIEBUHR, Joel de Menezes. Registro de preços. Aspectos práticos e jurídicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 28.

refrigerado e sem umidade. Hipoteticamente, no ápice do verão, o sistema de refrigeração é danificado e, em decorrência disso, os medicamentos perecem. Ou, ainda, a quantidade contratada fora superior a demanda e o restante ultrapassa o prazo de validade, obrigando a Administração a inutilizá-los.⁵³

3 A ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

No procedimento comum, que não envolva o registro de preços, a contratação ocorre em duas grandes etapas: a licitação e o contrato, que é decorrência imediata daquela.

O Sistema de Registro de Preços, contudo, modificou essa sistemática na medida em que o vencedor da licitação não assina imediatamente contrato com a Administração.

Antes do contrato, há a pactuação da ata de registro de preços, em que o vencedor do certame registra o seu preço, obrigando-se a oferecer à Administração, de acordo com a demanda dela, o objeto licitado.

O prazo de vigência da ata de registro de preços será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso.

A ata de registro de preços não é contrato, mas sim instrumento obrigacional unilateral sem a necessária contraprestação por parte do ente público, própria dos contratos resultantes das licitações comuns.⁵⁴

Fala-se de instrumento de cunho unilateral porque, frise-se, a Administração não está obrigada a firmar o contrato, e apenas o fará de acordo com a sua demanda.⁵⁵

4 A ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

O Decreto Federal n. 7.892/2013, que regulamentou o registro de preços no âmbito da Administração Pública federal, introduziu a possibilidade da ata de registro de preços

⁵³ GUIMARÃES, Edgar Guimarães. NIEBUHR, Joel de Menezes. Registro de preços. Aspectos práticos e jurídicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 30.

⁵⁴ LEÃO, Eliana Goulart. O sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 112.

⁵⁵ Lei n. 14.133/2021, art. 83. A existência de preços registrados implicará compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, mas não obrigará a Administração a contratar, facultada a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, desde que devidamente motivada.

ser aproveitada por outros órgãos ou entidades da Administração Pública que não participaram do certame.⁵⁶

Nas palavras de Fernandes, “[...] esse procedimento vulgarizou-se sob a denominação de carona que traduz em linguagem coloquial a ideia de aproveitar o percurso que alguém está desenvolvendo para concluir o próprio trajeto, sem custos”.⁵⁷

O tema foi regulamentado pela Lei n. 14.133/2021, em seu art. 86, que possibilita que os órgãos e entidades poderão aderir à ata de registro de preços na condição de não participantes, desde que apresentem justificativa da vantagem da adesão, inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público, demonstrem que os valores registrados estão compatíveis com os valores praticados pelo mercado e que haja prévias consulta e aceitação do órgão ou entidade gerenciadora e do fornecedor.

A adesão estará limitada a órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal que, na condição de não participantes, desejarem aderir à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora federal, estadual ou distrital.

Além disso, a adesão não poderá exceder, por órgão ou entidade, a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório registrados na ata de registro de preços.

Para os agentes administrativos, a adesão à ata de registro de preços é prática extremamente cômoda, porquanto oferece oportunidade de contratação sem promover a licitação.

Do ponto de vista do órgão aderente, “pegar carona” é algo muito prático. Além de acelerar o processo de contratação, ele fica desobrigado da tarefa de planejar e enfrentar um processo licitatório, com todos os custos, retardos e desgastes que lhe são inerentes.

Sua utilização é justificada na economia que pode proporcionar ao erário, pois ao estender a melhor proposta obtida por um ente da Administração aos outros, estes

⁵⁶ Decreto Federal n. 7.892/2013, art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.

⁵⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle. O Pregoeiro, v. 3, out. 2007. Disponível em: <<http://www.jacoby.pro.br/Carona.pdf>>. Acesso em 10 set. de 2022.

poderão dirigir seus esforços na consecução de suas atividades-fim, no escopo de satisfazer o interesse público.

CONCLUSÃO

O Sistema de Registro de Preços é uma ferramenta que possibilita o gerenciamento de estoques, o controle de qualidade, a não necessidade de reserva orçamentária e a não realização de licitações para a aquisição do mesmo objeto no decorrer do exercício financeiro.

Por meio dele, é realizado um conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens para contratações futuras. Em seguida, é assinado um documento, denominado ata de registro de preços, que estabelece a possibilidade de contratação futura, em que se registram os preços, fornecedores e condições a serem praticadas.

Essa possibilidade é justificada na medida em que se evita a repetição de licitações e, conseqüentemente, há diminuição de custos e tempo para que a Administração Pública possa focar os seus esforços na consecução de suas atividades fim.

O procedimento de adesão à ata de registro de preços é, à vista de todo o exposto, compatível com o ordenamento jurídico pátrio pois, enquanto instrumento da Administração Pública gerencial, permite que seja realizado o controle da quantidade e da qualidade das contratações realizadas pelo Estado.

REFERÊNCIAS

DAYRELL, Carlos Leopoldo. *Das Licitações na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle*. O Pregoeiro, v. 3, out. 2007. Disponível em: <<http://www.jacoby.pro.br/Carona.pdf>>. Acesso em 10 set. de 2022.

GUIMARÃES, Edgar Guimarães. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços. Aspectos práticos e jurídicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LEÃO, Eliana Goulart. *O sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

PEJOTIZAÇÃO COMO FORMA DE FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO TRABALHISTA

EVILENE MARACAIPE DINIZ DA ROCHA:
Bacharelado em Direito pela Faculdade de
Imperatriz – Facimp

ROSIVÂNIA ARÁUJO MENDES

(orientadora)

RESUMO: Este estudo possui como objetivo geral analisar o fenômeno da Pejotização como uma forma de fraude no âmbito trabalhista, sendo uma tentativa de transformar uma pessoa física em pessoa jurídica como meio de fraudar a aplicação da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). Para tanto, a metodologia utilizada consiste em revisão sistemática da literatura, por meio de materiais já desenvolvidos sobre o tema abordado, através do conjunto de material científica e confiável já publicados. Esse tema é importante tanto socialmente quanto academicamente, devido a pejotização camuflar a relação de emprego, com a finalidade de afastar o dever de pagamento das verbas e dos encargos trabalhistas. Assim, apresenta-se o problema de pesquisa: quais as consequências que a pejotização pode causar a longo prazo na relação de emprego e no âmbito trabalhista? Com base nas discussões ao longo do estudo, constatou-se os tribunais vem se deparando com as mais diversas e inovadoras formas de fraude à relação de emprego, tais como a pejotização. É comum perceber e observar exemplos na realidade prática das diversas formas de relações de trabalho escondidas e mascaradas, que muitas vezes não se encaixam no perfil e no conceito de autoemprego e que remetem à situações de fraude na relação de emprego, provocando assim, consequências trabalhistas e previdenciárias, além de se configurar como uma prática nula e criminosas.

Palavras-chave: Pejotização. Fraude. Relação de emprego.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 AUTOEMPREGO E A RELAÇÃO DE EMPREGO A PARTIR DA DÉCADA DE 90. 3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A PEJOTIZAÇÃO. 4 CONSEQUÊNCIAS PREVIDENCIÁRIAS E TRABALHISTAS DA PEJOTIZAÇÃO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Infelizmente hoje em dia ainda existem muitas situações em que a pejotização é utilizada no trabalho como um recurso para mascarar a relação empregatícia, com o objetivo de burlar as normas da proteção ao trabalho e eximir o verdadeiro empregador

dos encargos sociais decorrentes do vínculo de emprego. Desse modo, muitas empresas e organizações utilizam o método de contratar trabalhadores, ou seja, pessoa física, travestidos de pessoas jurídicas, realizando assim o que se denomina por pejetização.

Com esse artifício, esses trabalhadores contratados são transformados em “empresários”, mediante o uso das normas de prestação de serviços do Direito Civil, e, no âmbito dos salões de beleza, por meio de trabalhadores-parceiros (figura jurídica criada pela Lei n. 12.592/2012, modificada pela Lei n. 13.352/2016), constituídos em microempreendedores individuais (MEI).

Além disso, também é relevante destacar que com a Reforma Trabalhista, que se deu por meio da Lei n. 13.467, de 13.7.2017, se faz necessário analisar os efeitos do novo art. 442-B nas relações de emprego, que introduziu a figura do trabalhador autônomo, sendo que este também pode se utilizar da pejetização, na forma de microempreendedor individual (MEI) ou microempresário (ME), para prestação de serviços, com o objetivo de encobrir a verdadeira relação empregatícia.

Diante disso, o presente estudo possui como objetivo geral analisar o fenômeno da Pejetização como uma forma de fraude no âmbito trabalhista, sendo uma tentativa de transformar uma pessoa física em pessoa jurídica como meio de fraudar a aplicação da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho).

Como objetivos específicos, busca-se apresentar o conceito de pejetização a partir da denominação Pessoa Jurídica, que é utilizado para descrever o ato de manter empregados através da criação de empresa pelos contratados; discutir sobre os conflitos que a Pejetização pode causar na relação de emprego, bem como as suas finalidades; e debater as consequências que a Pejetização pode causar no âmbito trabalhista, bem como para os trabalhadores contratados como pessoas jurídicas.

Sendo assim, é extremamente importante analisar esse fenômeno que se configura como uma forma de fraude à relação de emprego, trazendo diversas consequências no âmbito trabalhista. Daí que a presente pesquisa pode contribuir para a sociedade de várias maneiras, tanto socialmente quanto academicamente, visto que trata-se de um assunto de extrema relevância, uma vez que esse tipo de contratação irregular gera várias consequências, como não pagamento das verbas aos contratados como pessoas jurídicas, como FGTS, 13º salário, férias + 1/3, aviso prévio, piso salarial, adicionais diversos, dentre outras garantidas aos empregados.

Quanto aos limites desta pesquisa, que será de cunho bibliográfico conforme ela for se desenvolvendo, as limitações aparecerão, sobretudo em relação às fontes de pesquisa recentes e base de dados, pois é importante usar bibliografias atuais sobre o assunto, além de referências confiáveis, não utilizando qualquer site ou documento, sem a devida averiguação.

Tendo em vista que a pejetização se caracteriza como atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), segundo art. 9º desta lei, quando os empregadores tentam simular fraudes na relação de emprego, utilizando-se do instituto da Pejetização como forma de encobrir uma verdadeira relação de emprego, isso pode gerar diversas consequências no âmbito do trabalho.

Esse fenômeno camufla a relação de emprego, com a finalidade de afastar o dever de pagamento das verbas e dos encargos trabalhistas. Demonstrando o que esse fenômeno pode causar nas relações de emprego tanto da parte do empregado como do empregador a longo prazo. Diante disso, apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: quais as consequências que a Pejetização pode causar a longo prazo na relação de emprego e no âmbito trabalhista?

No que se refere à metodologia utilizada, consiste em revisão bibliográfica, baseada em pesquisas em sites científicos, como por exemplo: A Scientific Electronic Library Online, uma biblioteca eletrônica que abrange uma coleção selecionada de periódicos científicos brasileiros; além disso, o Google Acadêmico também será utilizado, entre outros, onde serão usadas palavras-chave como: pejetização, fraude, emprego, consequências, pessoa física; pessoa jurídica, âmbito trabalhista, CLT, etc.

Assim, este estudo se sustenta em pesquisa bibliográfica, que “é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Não se recomenda trabalhos oriundos da internet” (GIL, 2008, p. 6). A revisão sistemática da literatura consiste na fase da pesquisa de recolher informações documentais sobre os materiais já desenvolvidos sobre o tema abordado, através do conjunto de material científica e confiável já publicados.

Marconi e Lakatos (2003) também demonstram a relevância da pesquisa bibliográfica, evidenciando que ela é um processo fundamental para a construção de um trabalho científico, pois proporciona o levantamento de dados de diversas fontes. Além disso, os autores salientam, ainda, o caráter exploratório da pesquisa bibliográfica, que possui como principal suporte o desenvolvimento, esclarecimento e modificação de conceitos e ideias, levando em conta, a formulação e a resolução do problema em questão.

Além disso, o presente estudo tem abordagem qualitativa (MINAYO; DESLANDES, 2007). Quanto aos objetivos, Gil (2008) ressalta que os mesmos indicam uma direção a seguir e por isso mesmo, precisam ser redefinidos, esclarecidos, delimitados. Daí a

importância dos objetivos específicos da pesquisa, uma vez que eles “tentam descrever, nos termos mais claros possíveis, exatamente o que será obtido num levantamento” (GIL, 2008, p. 112).

Sendo assim, a análise de dados é realizada partindo da perspectiva de que o problema formulado será esclarecido no sentido de servir de auxílio à reflexão e discussão acerca de um referencial teórico capaz de analisar o fenômeno da Pejotização, como uma forma de fraude no âmbito trabalhista, sendo uma tentativa de transformar uma pessoa física em pessoa jurídica, como forma de fraudar a aplicação da CLT.

Ante o exposto, este estudo está organizado da seguinte forma: a primeira seção aborda a questão do incentivo ao autoemprego a partir da década de 90, construindo um histórico para descrever a pejotização nos dias atuais esclarecer as diferenças entre o trabalho autônomo e a fraude na relação de emprego, além das consequências trabalhistas. A segunda seção traz algumas considerações sobre a pejotização e seu conceito no ordenamento jurídico. E a terceira seção apresenta as consequências previdenciárias que a pejotização pode causar no âmbito trabalhista, bem como para os trabalhadores contratados como pessoas jurídicas.

Por fim, apresenta-se a conclusão do estudo, descrevendo de modo sucinto, as considerações finais e os resultados obtidos neste trabalho. Ressaltando que a análise aqui feita do tema em questão não está fechada, podendo apontar para futuros estudos. Por conseguinte, a intenção aqui não é esgotar a temática proposta, mas provocar reflexões futuras a este respeito e formular novas questões, possíveis discussões e diálogos tanto no meio social, como no meio acadêmico.

2 AUTOEMPREGO E A RELAÇÃO DE EMPREGO A PARTIR DA DÉCADA DE 90

Para tratar das situações em que a pejotização é utilizada no trabalho como um recurso para mascarar a relação empregatícia, com o objetivo de burlar as normas da proteção ao trabalho e eximir o verdadeiro empregador dos encargos sociais decorrentes do vínculo de emprego, é importante antes falar sobre o incentivo ao autoemprego a partir da década de 1990, construindo um histórico para descrever a pejotização nos dias atuais, esclarecendo as diferenças entre o trabalho autônomo e a fraude na relação de emprego, além das consequências trabalhistas.

Isso porque o autoemprego é uma das representações do capitalismo moderno, onde a pessoa que trabalha aluga sua força de trabalho a um capitalista que detém os meios de produção e o capital, para comprar essa força de trabalho. Desse modo, no autoemprego, esse trabalhador desempenha esses dois papéis, de maneira que ele detém as

máquinas, equipamentos e insumos necessários à produção, e ainda faz uso do “próprio trabalho no processo produtivo. Isso implica no conhecimento de todos os passos do processo produtivo, e na detenção das ferramentas, força de trabalho e capital necessários ao processo produtivo” (GOMES, 2009, p. 16).

Desse modo, esse desempenho dessas duas funções tem atraído cada vez mais as pessoas para o setor do autoemprego no Brasil, fazendo a questão do emprego ocupar lugar de destaque no debate econômico nacional, em tempos recentes:

O mercado de trabalho brasileiro tem se caracterizado, em período recente, pela manutenção de taxas de desemprego relativamente baixas. A taxa média de desemprego nas seis regiões metropolitanas cobertas pela PME (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife e Salvador) oscilou entre pouco mais de 3%, no início da década, e cerca de 6,5%, no segundo trimestre de 1992 e primeiro trimestre de 1996 (tendo declinado cerca de 1% desde então). A pequena amplitude destas variações é digna de nota, haja vista terem ocorrido em meio a diversas, e por vezes drásticas, mudanças no cenário macroeconômico. Esta relativa estabilidade tem muitas vezes sido interpretada como evidência de uma grande flexibilidade do mercado de trabalho brasileiro (RAMOS; REIS, 1997, p. 2).

Como observa-se, a década de 90 é marcada pelo aumento e crescimento do autoemprego no Brasil, uma expressão tanto do capitalismo, quanto da falta de emprego nas mais diversas áreas. Com essa flexibilidade do mercado de trabalho brasileiro a partir dos anos 90, os trabalhadores tem mais possibilidades de atuação, podendo não apenas vender sua força de trabalho a um capitalista, mas também desempenhando esses dois lados.

Além disso, essa flexibilidade adquirida principalmente a partir da década de 90 possibilitou também que os trabalhadores conseguissem outras conquistas de mais direitos, como por exemplo, jornada de trabalho compatível, condições de trabalho seguras e dignas, férias, 13º salário, entre outros, que desencadearam mudanças estruturais no mercado de trabalho brasileiro:

Estas mudanças estruturais tiveram efeitos importantes sobre o ritmo e a estrutura do crescimento da economia. Entre 1990 e 1992, o país viveu uma forte recessão, com redução do nível de atividade e aumento da taxa de desemprego. A partir de 1993 e, mais intensamente, da estabilização em junho de 1994, esse processo foi revertido, com crescimento da economia até 1997. Com o advento

da crise asiática e da crise financeira internacional em meados de 1998, ocorreu uma interrupção do crescimento econômico (NERI; CAMARGO; REIS, 2000, p. 1).

Essas transformações estruturais afetaram as relações de emprego no Brasil, fazendo inclusive com que os trabalhadores tivessem mais autonomia no trabalho através da sua própria força de trabalho, uma vez que possuindo os meios de produção, esse trabalhador tornou-se capaz de produzir para seu próprio sustento, ainda que “esse tipo de trabalho seja considerado “improdutivo”, sob a ótica capitalista, já que o rendimento não se transforma em mais-valia para incremento do capital, mais se converte em renda própria” (GOMES, 2009, p. 17-18).

Desse modo, a autonomia e o controle do processo produtivo são características fundamentais no conceito do autoemprego no Brasil, pois sendo proprietário da sua força de trabalho e dos meios de produção necessários, incluindo o conhecimento dos passos necessários à produção, o autoempregado não depende de outra pessoa para concretizar a produção. Sendo assim, no caso mais simples, de “uma firma com um único trabalhador, que é ao mesmo tempo o proprietário da firma, a independência é claramente observada, já que o auto-empregado é o seu próprio patrão” (GOMES, 2009, p. 16).

O autoemprego no Brasil representa, dessa forma, uma expressão das mudanças que vêm ocorrendo sobretudo desde a década de 90, consequência também do aumento palpável na taxa de desemprego que assolou o país ao longo de 1995 e início de 1996, o que desencadeou uma intensa discussão acerca das tendências do “comportamento do mercado de trabalho, diante daquilo que poderia ser considerado o início de uma “crise” na capacidade deste de absorver a oferta de mão-de-obra em meio à nova ordem econômica vigente” (RAMOS; REIS, 1997, p. 2).

Essas mudanças estruturais e de comportamento que ocorreram no mercado de trabalho principalmente a partir dos anos 90 trouxeram como consequência fortes reflexos sobre o desempenho do mercado de trabalho, que continuaram a se propagar no final dos anos 90, devido a esses desenvolvimentos, em nível macroeconômico. “Redução do emprego industrial e aumento da proporção de trabalhadores informais, combinado a crescimento do rendimento real dos trabalhadores e do emprego nos setores comércio e serviços, são alguns desses reflexos” (NERI; CAMARGO; REIS, 2000, p. 1).

Desse modo, esses reflexos começaram a incentivar cada vez mais os trabalhadores a buscarem a sua autonomia, pois o trabalho autônomo passou a lhes proporcionar tanto

uma fonte de renda (em razão da escassez de emprego no mercado), quanto uma forma de valorizar sua força de trabalho:

O autoempregado visa, primariamente, a busca de recursos para a própria sobrevivência, ou seja, a função de seu trabalho não está ligada diretamente à acumulação de capital, e sim à busca de um emprego que satisfaça suas próprias necessidades. Além disso, o autoempregado tem sua renda derivada do exercício de sua profissão ou negócio, atuando por sua própria conta e risco, sujeito à volatilidade nas receitas, diferentemente do trabalhador assalariado, coberto pela legislação trabalhista, que normalmente tem uma renda pré-fixada (GOMES, 2009, p. 17).

Conforme se observa, o autoemprego se configura como uma importante estratégia de mercado, que só se solidificou desde a década de 1990, acentuada pelas características que diferenciem o autoemprego do trabalhador assalariado típico do capitalismo moderno.

Como mencionado anteriormente, trata-se de um processo de flexibilização das relações de trabalho no Brasil, uma agenda prospera a partir dos anos 90, principalmente depois da implementação do Plano Real, quando o Brasil passa a consolidar sua inserção na globalização financeira (e não na produtiva, como fez, por exemplo, a China), passando a implementar uma política econômica com base nos preceitos do Consenso de Washington, flexibilizando a abertura da economia, privatização de empresas estatais, ortodoxia monetária, valorização cambial e reduzindo e redefinindo o papel do Estado (KREIN, 2019).

Desse modo, como resultado desse processo, a agenda de flexibilização das relações de trabalho é internalizada, de forma tardia, com adaptações pequenas se comparada à mesma em debate em outros países:

A flexibilização passa a ser justificada como forma de preparar o país para competir com outras nações em desenvolvimento que têm baixa proteção social. Então, no discurso conservador e hegemônico no Governo Federal depois de 1994, há uma responsabilização da legislação trabalhista e do sistema de proteção social consolidado na Constituição de 1988 pelos problemas no mercado de trabalho. Por isso, a questão é que a regulação do trabalho no Brasil apresenta traços históricos de flexibilidade, fruto de problemas estruturais vigentes no mercado de trabalho (tais como o excedente estrutural

de força de trabalho, a informalidade, a alta rotatividade e os baixos salários) e das características do padrão de regulação, assim como da fragilidade das normas públicas a serem aplicadas ao conjunto dos ocupados, especialmente após 1964 (KREIN, 2019, p. 4).

Como é possível perceber no trecho acima, esses traços históricos de flexibilidade mais evidentes a partir da década de 90 são fruto de problemas estruturais vigentes no mercado de trabalho, como citado em outro momento, a exemplo das taxas de desemprego. Essa década ficou marcada por transformações profundas na economia brasileira, começando pela vitória de Fernando Collor de Mello em 1989, sendo o primeiro presidente eleito diretamente após o regime militar.

Com essas mudanças, os ajustes econômicos começaram a acontecer, como a abertura comercial e as privatizações. Contudo, a abertura econômica trouxe consigo o incremento do discurso da competitividade, precipitando a entrada da fechada economia brasileira na circulação da rede global, fazendo com que fossem expandidos os processos de reestruturação produtiva, resultando no “fechamento de fábricas, renovação tecnológica, terceirização, subcontratação, reorganização dos processos produtivos, enxugamento de quadros, etc., traduziram os ajustes” (COSTA, 2005, p. 120).

Ainda de acordo com Costa (2005), a consequência imediata dessas transformações e ajustes foi: até a primeira metade dos anos de 1990 mais de 1 milhão de empregos foram destruídos na indústria de transformação, tendo boa parte de seus “trabalhadores caído na informalidade e outra se deslocado para o setor de serviços, onde é ainda mais forte a heterogeneidade das condições de emprego, com predomínio (para) dos (os) contratos de baixa qualificação e de baixos salários” (COSTA, 2005, p. 120).

Essa informalidade foi um divisor de barreiras para o autoemprego no Brasil, no qual os trabalhadores em busca de renda e sem perspectivas de emprego, passaram a buscar seu sustento por conta própria, detendo sua força de trabalho, os meios de produção e o conhecimento necessário para a realização da produção, com autonomia e independência no processo produtivo, assumindo os riscos do negócio, recebendo uma remuneração variável, dependente de seu próprio esforço.

Contudo, na realidade prática, existem diversas formas de relações de trabalho escondidas e mascaradas, que muitas vezes não se encaixam no perfil do autoemprego conceituado no presente estudo, e que remetem à situações de fraude na relação de emprego, provocando assim, consequências trabalhistas, como por exemplo, a pejetização, que é utilizada como um recurso para mascarar a relação empregatícia, com o objetivo de burlar as normas da proteção ao trabalho e eximir o verdadeiro empregador dos encargos sociais decorrentes do vínculo de emprego.

3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A PEJOTIZAÇÃO

O direito do trabalho vem evoluindo desde o seu início, quando haviam apenas pequenas manifestações até o surgimento as significativas evoluções trazidas pela Constituição Federal no seu artigo 7º (BRASIL, 2016). Além dessas mudanças, também é exposto que o direito está em constante evolução de acordo com a sociedade evolui e suas novas formas de relação de emprego, buscando demonstrar o que este fenômeno da Pejotização pode gerar ou pode vim a gerar nas relações trabalhistas a pequeno e a longo prazo.

O conceito legal de empregado está lançado no art. 3º, caput, da CLT: toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário e ainda conforme Paulo e Alexandrino (2013) são cinco os elementos essenciais que caracterizam a relação de caráter empregatício, que são: pessoa física, não eventualidade, subordinação, salário e pessoalidade, esses cinco elementos são requisitos indispensáveis e cumulativos para que o sujeitos seja enquadrado como empregado.

A pejotização é utilizada para descrever o ato de manter empregados através da criação de empresa pelos empregados, a relação passa a ser entre empresas ao invés do contrato de trabalho entre a empresa e seus empregados.

A Pejotização advém de pessoa jurídica, uma pessoa física, simulando uma relação empregatícia entre empregado e empregador. O empregador, contrata um empregado pessoa física, constituído de pessoa jurídica, onde o mesmo ao invés de receber como prevê a CLT, recebe mediante a emissão de notas fiscais. A pejotização é reconhecida como ilegal, devido aos suprimentos dos direitos do trabalhador, e por lesar o erário, sendo que a relação de duas pessoas jurídicas, está sendo praticada com todos elementos de uma relação empregatícia, contendo os requisitos da onerosidade, subordinação, não eventualidade e pessoalidade, caracterizando a relação de emprego, elementos que são abordados nos itens do trabalho (LIMA JÚNIOR; SOUZA, 2018, p. 2).

Dessa forma, o termo pejotização ficou vinculado a uma pratica pejorativa, onde na verdade o empregador nada mais faz do que maquiagem a relação de trabalho, para reduzir os direitos do empregado e trazer benefícios financeiros ao empregador. Ela é uma forma

uma forma de fraude que visa burlar a legislação trabalhista e que, o empregador obriga a criação de uma pessoa jurídica, se se isenta de encargos sociais (MAGALHAES, 2014).

O único beneficiado na Pejotização é o empregador, uma vez que esta reduz os altos custos trabalhistas. Como forma de converter o prestador de serviços, o tomador promete conceder um aumento significativo no valor da remuneração, devido a redução de custos e pagamentos de impostos, tendo em vista que as obrigações trabalhistas para com o empregado são de responsabilidade do empregador:

O contrato de emprego é fonte de obrigação e envolve por parte do empregador uma obrigação de dar (pagar salário), enquanto que para o empregado há uma obrigação de fazer (trabalhar). A característica desta modalidade de obrigação é a pessoalidade ou a infugibilidade do trabalhador, que não há possibilidade de substituição na figura do obreiro, já que o contrato foi elaborado tendo em vista as qualidades específicas daquele indivíduo. Por isso afirma-se que a prestação de trabalho pela pessoa física é intuito personae, ou seja, não pode o empregado fazer-se substituir constantemente por outra pessoa, sob pena de o vínculo formar-se com a última (SOUZA, 2012, p. 36).

Porém, é preciso muita atenção por parte do empregado, pois apesar do aumento ser vantajoso ao prestador, este na verdade não estará protegido pelas leis trabalhistas, incluindo o direito a diversos benefícios exclusivos do trabalhador como por exemplo: horas extras, intervalos remunerados, decimo terceiro salário, direitos previdenciários entre outros (MARCONES; NAOMI, 2016).

Para se ter uma ideia do objetivo da pejotização, sua denominação vem da sigla de pessoa jurídica (PJ = pejotização), buscando transformar uma pessoa física (PF = empregado) em PJ (pessoa jurídica). Por isso que trata-se de uma forma de mascarar a verdadeira relação de emprego, pois tomando esse caminho, acaba sendo mais benéfico ao empregador, haja vista a redução dos altos custos trabalhistas (OLIVEIRA, 2013).

Nesse intuito de mascarar a relação de emprego e tentar convencer o prestador, o tomador promete conceder um aumento significativo no valor da remuneração, devido à redução de custos e pagamento de impostos. O que nem sempre acaba acontecendo, pelo contrário, o prestador passa a trabalhar de maneira insegura e desprotegida, podendo ainda "arcar com todas as despesas advindas de uma pessoa jurídica, como o pagamento

de impostos, contribuições de abertura, manutenção da atividade e também assunção dos riscos de um negócio fraudulento” (MARCONES; NAOMI, 2016, p. 2).

Desse modo, embora a pejetização mascare as relações de emprego, essa prática foi introduzida a partir da Lei 11.196/ 2005, dando determinada previsão legal, onde diversos empregadores usam desta lei para contratar prestadores de serviço sob a “máscara” de pessoa jurídica, sem vínculo ou relação de emprego, desrespeitando os princípios basilares do Direito do Trabalho:

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 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 (BRASIL, 2005).

Como se observa, muitos empregadores utilizam esse dispositivo legal para justificar uma contratação alegando que o trabalhador aceitou a condição colocada para ele, constituindo pessoa jurídica, tornando um prestador de serviço e não um empregado, por livre iniciativa e vontade e assim, o empregador se abstém legalmente de algumas obrigações inerentes a uma relação de emprego de pessoa física.

Para evitar esse tipo de fraude, o Estado tem buscado ao longo dos últimos anos formas para coibir e impedir a pejetização, de forma muito significativa por meio de leis e normas:

(...) em decorrência de serem empresas sem empregados, apenas de fachada, a pejetização também é comumente e ironicamente chamada da empresa do “eu sozinho”. Para evitar a ocorrência, campanhas de prevenção devem ser realizadas a fim de aprofundar os direitos que os empregados fazem jus. O Ministério Público do Trabalho está engajado no Combate à Pejetização com apoio dos Sindicatos representativos das categorias. Foi criada pela Procuradoria Geral do MPT, a Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho – CONAFRET - e por sua vez nas

Procuradorias Regionais, as Coordenadorias Regionais de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho, com um dos intuitos de inibir a pejetização (OLIVEIRA, 2013, p. 01).

Conforme evidencia o trecho acima, também é importante destacar o empenho do Ministério Público do Trabalho que, em conjunto com os sindicatos dos trabalhadores, também tem buscado o impedimento dessa prática, pois além de ferir diversos fundamentos do Direito do Trabalho, também ocasiona a perda de muitos direitos, como por exemplo, salário mínimo e férias.

Como essa prática vem sendo estendida pelos empregadores a todas as atividades, fica cada vez mais difícil o seu combate, mesmo com o Estado, o Ministério Público do Trabalho e os sindicatos dos trabalhadores buscando ao longo dos últimos anos formas para coibir e evitar a prática pejetização (SOUZA, 2012).

A busca e a luta para impedir e barrar a pejetização como forma de fraude das relações empregatícias é devido o fato de que é uma prática que fere tanto os conceitos consagrados na Constituição Federal (1998), como o da dignidade da pessoa humana, que norteia todos os demais princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro:

O ato [pejetização] é adotado em muitos estabelecimentos como obrigação para a admissão do empregado, o qual receberá como prestador de serviços assim regulado pelo Código Civil de 2002, principalmente pelos artigos 593 ao 609, e não regido pela CLT, apesar de estarem presentes todos os aspectos necessários para a constituição da relação emprego, isto é, a onerosidade, a subordinação, a continuidade (não eventualidade), a pessoalidade e ser o trabalho prestado por pessoa física. Assim sendo, a típica relação de emprego será burlada, mascarando-a com a finalidade de não aplicação da legislação trabalhista (OLIVEIRA, 2013, p. 01).

Desse modo, a não aplicação da legislação trabalhista e a consequente burlação da relação de emprego não deve acontecer. Para isso que existem os princípios do direito do trabalho, que têm justamente o objetivo de inspirar o sentido das normas trabalhistas e regulamentar as relações de trabalho, buscando proteger a parte hipossuficiente, ou seja, o empregado / prestador de serviço (MARCONES; NAOMI, 2016).

Mesmo não podendo acontecer, implicando uma forma de fraude, no ramo do Direito do Trabalho não é diferente, pois são diversas as situações da prática da pejetização

utilizada por alguns empregadores como forma de mercantilizar o labor, consistente no emprego de métodos, procedimentos, condutas e mecanismos jurídico-formais, que, “por intermédio da concessão de uma roupagem jurídica fictícia a uma relação de emprego, obstam, no todo ou em parte, a imputação da legislação trabalhista e a observância dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores” (SOUZA, 2012, p. 55).

Sendo assim, a ocorrência de fraudes nas relações de trabalho é mais comum do que se pensa, não apenas sob a forma de pejetização, mas como também de outras modalidades, como a contratação por cooperativas intermediadoras de mão de obra, a contratação de falso estagiário, a terceirização ilícita e a “socialização” do empregado, que se configuram como maneiras de burlar a lei e abster o empregado / prestador de serviços de seus direitos legais, como FGTS, 13º salário, férias + 1/3, aviso prévio, piso salarial, adicionais diversos, dentre outras garantidas aos empregados.

Desse modo, é preciso cautela para tratar da pejetização na relação de emprego, pois pejetização é um fenômeno recente no Brasil e que vem sendo constantemente detectada na Justiça do Trabalho, quando se observa a exigência de que o empregado preste seus serviços por meio de uma pessoa jurídica, com o intuito de desconfigurar a relação de emprego:

Objetivando furtar-se do correto pagamento das verbas a que faz jus o empregado e, com isso, reduzir os custos da mão-de-obra, o obreiro, por determinação do empregador, constitui pessoa jurídica, seja para cumprir uma condição *sine qua non* para admissão no novo emprego, ou para assegurar a remuneração recebida por um emprego já existente, mas que o empregador, sob ameaça de demissão, exige do empregado antigo a criação de uma empresa e, após a baixa na CTPS, celebra-se um contrato de prestação de serviços (SOUZA, 2012, p. 69).

A ocorrência da pejetização como fraude à relação de emprego é uma imposição colocada pelos empregadores com o objetivo de não aplicar a legislação trabalhista e o empregado por sua vez, acaba cedendo, pois é o seu modo de subsistência e também em razão da dependência econômica face ao empregador, se configurando como crime de frustração de direito trabalhista, conforme disposto no título dedicado aos Crimes contra a Organização do Trabalho, preconizado no artigo 203 do Código Penal (OLIVEIRA, 2013).

De acordo com Marcones e Naomi (2016), a prática da pejetização afeta não os intelectuais, como estabelece o artigo 129 da Lei 11.196/ 2005, mas também àqueles submetidos a contratos de trabalho. Por isso que o Ministério do Trabalho e Emprego tem atuado buscando impedir o fenômeno da pejetização, que tem se tornado “uma realidade no mercado de trabalho fazendo-se alcançar cada vez mais um número maior de classes de trabalhadores como professores, jornalistas, médicos, dentistas, dentre outros” (COELHO, 2017, p. 48).

Diante disso, a utilização desse método de contratar trabalhadores, ou seja, pessoa física, travestidos de pessoas jurídicas, realizando assim o que se denomina por pejetização, por parte de muitas empresas e organizações no mercado de trabalho atual se constitui como um obstáculo no princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, “os quais foram adquiridos ao longo de anos e não poderão ser suprimidos ou reduzidos por simples vontade dos contratantes; o que poderá ser feito pelas partes é apenas a sua ampliação” (OLIVEIRA, 2013, p. 2).

Além disso, a pejetização como forma de fraude à relação de emprego, pode ser descaracterizada e o reconhecimento dos direitos do trabalhador, indenizados devidamente, mediante a comprovação dos requisitos da relação empregatícia.

A prática da pejetização tem por objetivo da parte empregadora, eliminar os direitos e encargos relacionados a relação de trabalho que as partes exercem, passando apenas a gerar encargos mediante a nota fiscal emitida pelo empregado, por hora da pessoa jurídica, relacionado aos serviços prestados. Devido as dificuldades encontradas pela classe empresária, para se manter em atividade, utilizando de tal artifício para amenizar os danos tributários, suprimindo do trabalhador direito e garantias que os mesmo lutaram por anos para adquirir, é considerado uma fraude dos mal-intencionados empregadores (LIMA JÚNIOR; SOUZA, 2018, p. 12).

Sendo assim, essa prática incide em uma violação previdenciária e trabalhista, se configurando também como um afronte às normas tributárias e previdenciárias, já que não há o recolhimento habitual dos referidos tributos. Sem contar que esse tipo de fraude que visa encobrir uma verdadeira relação de emprego, prejudicando e suprimindo direitos inerentes ao trabalhador, também ocorre que os “prestadores de serviço a fim de serem contratados, são forçados a constituir pessoa jurídica, afastando-os da esfera de proteção do direito do trabalho” (MARCONES; NAOMI, 2016, p. 2).

Dessa forma, Coelho (2017) também preconiza a prática da pejetização como fraude à relação de emprego tem alcançado vários segmentos na área de trabalho, tornando-se uma prática comum, contudo, não deixa de ser uma prática ilegal, que tem tomado grandes proporções em muitos países. Além disso, essa prática se insere na realidade brasileira sobre o pretexto da flexibilização, mas nada mais é do que uma descaracterização do vínculo de emprego e que se constitui na contratação de sociedade (PJ) para substituir o contrato de emprego (COELHO, 2017).

Por isso que a pejetização se caracteriza como atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), segundo art. 9º desta lei, quando os empregadores tentam simular fraudes na relação de emprego, utilizando-se do instituto da Pejetização como forma de encobrir uma verdadeira relação de emprego, isso pode gerar diversas consequências previdenciárias e trabalhistas no âmbito do trabalho, como será abordado na seção seguinte.

4 CONSEQUÊNCIAS PREVIDENCIÁRIAS E TRABALHISTAS DA PEJOTIZAÇÃO

Neste tópico, a abordagem se refere às consequências previdenciárias, trazendo dados sobre essas consequências trabalhistas, sobre as verbas trabalhistas, mas também sobre qualidade de vida do tabalhador, segurança no trabalho, jornada de trabalho, enfatizando como a reforma trabalhista foi muito impactante, onde faz-se necessário destacar a pejetização pós-reforma, verificando se a reforma flexibizou para que as fraudes aumentassem ou se provocou algum outro efeito.

A jurisprudência abaixo trata da decisão do desembargador do 17º tribunal regional do trabalho, onde o recorrente é uma empresa de energia elétrica e o recorrido é uma pessoa física que, à época da contratação, foi demitido e recontratado como pessoa jurídica.

VÍNCULO DE EMPREGO.SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL INTERMEDIADAÇÃO POR PESSOA JURÍDICA INTERPOSTA. "PEJOTIZAÇÃO". Evidencia-se o vínculo de emprego quando mascarado por suposto contrato de prestação de serviço entre o empregador e pessoa jurídica constituída exclusivamente para intermediar a relação de trabalho, configurando o fenômeno chamado de " Pejetização", principalmente quando presente a subordinação estrutural, que se caracteriza pela inserção do

trabalhador na dinâmica da atividade econômica da empresa, ainda que não receba ordens diretas dela ou de seus prepostos. (TRT 17ª R., ROT 0000373-67.2017.5.17.0121, Divisão da 1ª Turma, DEJT 25/09/2019).

A Pejotização e nos tribunais as decisões tem favorecido os trabalhadores, com reconhecimento de vínculos empregatício entre os profissionais e as empresas tomadoras de serviço e indenizando as perdas causadas pela tentativa de burlar a legislação trabalhista, com fundamento no princípio da primazia da realidade. Para o juiz da 12ª Varado Trabalho de Curitiba, no Paraná, Luciano Augusto de Toledo Coelho:

O princípio da primazia da realidade tem sido aplicado pelos juízes que na verdade desconsideram essa pessoa jurídica para possibilitar que o trabalhador tenha os direitos trabalhistas regulares e que o Estado receba regularmente a providência e os encargos sociais que são devidos pelas empresas. (SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO DO TST).

Por fim, é fundamental esclarecer que a fraude será reconhecida pela Justiça Especializada do Trabalho, desde que se comprove os requisitos do art. 3º da CLT, ou seja, de que o prestador de serviços mantenha relação com o tomador de serviços de subordinação jurídica, personalidade, e que havia uma contraprestação aos trabalhos prestados e que estes eram ocasionais.

Segundo Ministro Claudio Mascarenhas Brandão, do Tribunal Superior do Trabalho, no acórdão do processo AG-AIRR-11.645-58.2016.5.03.0129:

Não se constata a transcendência da causa, no aspecto econômico, político, jurídico ou social. No aspecto político, em relação ao vínculo de emprego, destaca-se que o Tribunal Regional consignou presentes os elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação de emprego, porquanto demonstrado nos autos que havia personalidade na prestação de serviços; onerosidade; subordinação jurídica; e não eventualidade. Afastou-se, portanto, a prestação de serviços de forma autônoma, porque constatado o intuito de fraudar direitos previstos na legislação trabalhista por meio da constituição de pessoa jurídica, fenômeno conhecido como "pejotização".

Como demonstrado no acórdão acima, a ocorrência da utilização da pejetização como fraude à relação de emprego é bastante comum na Justiça do Trabalho. Em razão dessa frequência, é pertinente tratar das consequências previdenciárias que a pejetização pode causar no âmbito trabalhista, bem como para os trabalhadores contratados como pessoas jurídicas, tendo em vista que essa prática também contribui para a precarização das relações de trabalho.

Desse modo, é preciso diferenciar os trabalhadores autônomos com os pseudos trabalhadores independentes, que estão vivendo uma fraude, sobre a prática da pejetização, como foi feito na primeira seção deste trabalho, quando foi abordada a questão do autoemprego e da flexibilização nas diretrizes trabalhistas.

Como consequência desta fraude [pejetização], temos o prejuízo do empregado com relação à proteção e benefícios que deveriam alcançá-los, além de fazer parte da prática de um ato ilícito. Já com relação ao empregador, as consequências, a priori, vêm como forma de "benefício", uma vez que violando a legislação, haverá uma redução dos custos provenientes da manutenção de uma relação de emprego. Contudo, se tratando de uma fraude, uma vez descoberta, acarretará em diversos prejuízos ao bolso e a própria pessoa do empregador (MARCONES; NAOMI, 2016, p. 6).

Nesse sentido, percebe-se como a pejetização como um tipo de contratação irregular gera várias consequências, como não pagamento das verbas aos contratados como pessoas jurídicas, camuflando a relação de emprego, com a finalidade de afastar o dever de pagamento das verbas e dos encargos trabalhistas. Demonstrando o que esse fenômeno pode causar nas relações de emprego tanto da parte do empregado como do empregador a longo prazo.

Para analisar na realidade prática as consequências da pejetização no âmbito trabalhista, cabe aqui uma breve explanação de entendimentos jurisprudenciais sobre essa prática, bem como as medidas utilizadas para averiguar a existência ou não de fraude à relação de emprego. Para tanto, é importante demonstrar alguns julgados em que o empregado ingressou com ação na justiça do trabalho requerendo o reconhecimento do vínculo empregatício e a consequente anulação do contrato de prestação de serviços firmado entre a empresa-ré e a empresa constituída pelo trabalhador.

Preste atenção no seguinte caso:

Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-94940-57.2007.5.06.0021276 , interposto no Tribunal Superior Trabalhista, em que é agravante a TV Ômega Ltda. e agravado o Sr. Juari de Barros Carvalho. Segundo os autos, o agravado foi contratado pela agravante para exercer a função de contato publicitário, captando clientes a fim de preencher a grade publicitária da emissora de televisão (TV Ômega). Ocorre que em 02/03/2005 o agravado teria se demitido, com a justificativa de que tinha conhecimento que a empresa iria terceirizar o setor onde trabalhava e adiantou-se, sendo que no dia seguinte a emissora firmou contrato de prestação de serviço com a empresa J.E. Publicidade e Propaganda Ltda, da qual o agravante era sócio. A agravante alega, entre outros pontos, a inexistência de vínculo empregatício com o Sr. Juari de Barros Carvalho a partir de 03/03/2005, afirmando que a relação entre as partes limitou-se ao contrato de prestação de serviços, não sendo correto o pagamento das verbas de seguro-desemprego, aviso prévio e todos os outros consectários trabalhistas em que restou condenada (BRASIL, 2011).

Porém, neste caso, percebe-se que apesar de sócio da J.E.Publicidade e Propaganda Ltda, o indivíduo de nome Juari de Barros Carvalho não passou a desempenhar função diferente na emissora, continuando na condição de gerente comercial, exercendo seu trabalho nas mesmas condições da função originária de contato publicitário, apenas se reportando a Diretor Comercial diferente de quando era “empregado” (SOUZA, 2012).

Além disso, também foi demonstrado por meio de prova testemunhal que o Sr. Juari de Barros Carvalho foi compelido a constituir uma empresa (J.E.Publicidade e Propaganda Ltda) para poder continuar prestando serviços à emissora, na condição de gerente comercial, pois caso contrário, seria desligado. Também ficou comprovado que o tal contrato de prestação de serviços foi firmado com empresa que ainda não existia no plano jurídico, já que o contrato foi firmado em 03/03/2005, enquanto que a prestadora de serviços nele envolvida somente foi constituída em 14/09/2005.

Nesse sentido, os fatos evidenciados e constatados indicaram foram contundentes e em todas as instâncias recorridas (1º grau, Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região e Tribunal Superior Trabalhista) foram no sentido de que o período trabalhado pelo Sr. Juari

de Barros Carvalho, após 02/03/2005, foi, indubitavelmente, na condição de empregado, e não como prestador de serviço autônomo (SOUZA, 2012).

O trecho abaixo elucida a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região que analisou a situação em questão, onde percebe-se o descontentamento do Tribunal pela prática da pejetização como forma de burlar a lei e de fraude à relação de emprego do Sr. Juari de Barros Carvalho:

[...] Em verdade, o contrato realidade após 02.03.2005 demonstrou que existiu perfeito pacto laboral entre as partes litigantes e a formalidade do suposto pedido de demissão do empregado e imediata contratação da pessoa jurídica constituída pelo mesmo (autor) não servem para o aspecto factual que emerge com a prova oral colhida nos fólios a indicar a existência de um só vínculo de emprego contínuo, no interregno em que demandante e demandada mantiveram a relação jurídica. Os fatos que exsurge dos autos vem espelhar o que alguns doutrinadores, hodiernamente, têm denominado da “pejetização” do empregado, ou seja, com a clara finalidade de descumprir os direitos mínimos trabalhistas do hipossuficiente, algumas empresas têm por extinguir certos departamentos do estabelecimento comercial, normalmente ligados à área de vendas, e contratarem os mesmos ex-empregados, desta feita, como pessoas jurídicas, por vezes, irregularmente constituídas. Fere o bom senso pensar que é perfeitamente normal o mesmo empregado que desempenhava suas funções na área comercial da empresa demandada acabe por pedir demissão e ser recontratado para exercer as mesmas funções como uma pessoa jurídica com todos os ônus, inclusive tributários, que esta mudança implica. Ofende aos preceitos de ordem pública e protetivos do trabalhador comungar com tamanha fraude. Pensar desta forma e dar validade à prática nefasta da reclamada, revelada no caderno processual, é ir frontalmente de encontro ao que está estatuído no parágrafo único do artigo 2.035 do vigente Código Civil – que erigiu a eticidade (boa fé), a coletivização dos direitos e a função social como suas vigas mestras – e disciplina, verbis: “Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública (...)” (BRASIL, 2011).

Fica evidente a prática de pejetização nesse caso, onde por meio desse artifício, o Sr. Juari de Barros Carvalho foi transformados em “empresários”, mediante o uso das

normas de prestação de serviços do Direito Civil, decorrendo então de uma fissura encontrada em lei pelo empregador com o escopo de exonerar-se das obrigações que lhe são impostas, acarretando em um confronto com a legislação trabalhista, no caso, a emissora de televisão (TV Ômega).

A agravante usou o artifício da pejetização se embasando no Art. 129. da Lei no 11.196, de 2005. Porém, quando isso acontece, a interpretação de dessa norma é feita de maneira equivocada, pois “o uso da pessoa jurídica só poderá ocorrer em face de prestação de serviço não habitual e/ou sem subordinação, com a finalidade apenas de suprir uma demanda de caráter temporário e específico” (MARCONES; NAOMI, 2016, p. 5).

A transformação de uma pessoa física em pessoa jurídica como meio de fraudar a aplicação da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), como ocorreu no julgado da agravante a TV Ômega Ltda. e agravado o Sr. Juari de Barros Carvalho, remete a um crime na Justiça do Trabalho, sob a prerrogativa de que neste caso, a agravante utilizou a pejetização como um recurso para mascarar a relação empregatícia com o Sr. Juari de Barros Carvalho, com o objetivo de burlar as normas da proteção ao trabalho e eximir o verdadeiro empregador dos encargos sociais decorrentes do vínculo de emprego.

Dessa forma, dentre as consequências da pejetização para o empregado, ou seja, aquele que sugere essa prática para o seu emprego, visando burlar as verbas trabalhistas, estão a nulidade e o crime contra a organização do trabalho, disposto no Art. 203. do Código Penal, como citado anteriormente. Contudo, é importante destacar que para que este empregador seja alcançado pelas consequências penais, o empregado deve necessariamente apresentar queixa específica no juízo criminal (OLIVEIRA, 2013).

Daí a necessidade de se discutir sobre os conflitos que a Pejetização pode causar na relação de emprego, bem como as consequências que a Pejetização pode causar no âmbito trabalhista e para os trabalhadores contratados como pessoas jurídicas, onde quem mais se beneficia dessa prática é o empregador, pela desoneração de uma séria de responsabilidades trabalhistas:

A prática da pejetização, além de não respeitar os direitos do trabalhador, lesa todo o sistema tributário da União, deixando de recolher os encargos sociais, trazendo prejuízo não apenas ao trabalhador, mas toda a população. Uma economia que prejudica toda sociedade. Com isso, caso esta prática ocorra, o empregado poderá recorrer ao Poder Judiciário, solicitar vínculo empregatício de todo o período laboral da pejetização e receber os direitos trabalhistas previstos nas normas do Direito do Trabalho (LIMA JÚNIOR; SOUZA, 2018, p. 17).

Desse modo, a utilização da pejetização sob a argumentação e respaldo à aplicação do art. 129 da Lei n. 11.196/05, é uma das principais correntes defendidas pela doutrina, considerando que a proteção trabalhista parte do pressuposto da fragilidade do trabalhador, não importando suas condições econômicas ou prestígio frente ao poderio econômico do empregador. Até porque a própria CLT, no parágrafo único do art. 3^a prevê expressamente que “não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual” (SOUZA, 2012, p. 72).

Diante disso, constata-se que esse tipo de contratação irregular gera várias consequências, como não pagamento das verbas aos contratados como pessoas jurídicas, infringindo a parte hipossuficiente, ou seja, o empregado.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, foi possível observar que os tribunais vem se deparando, a cada dia, com as mais diversas e inovadoras formas de fraude à relação de emprego, tais como a pejetização, que é utilizada como um recurso para mascarar a relação empregatícia, ou seja, a relação de emprego, com o objetivo de burlar as normas da proteção ao trabalho e eximir o verdadeiro empregador dos encargos sociais decorrentes do vínculo de emprego.

Desse modo, é comum perceber e observar exemplos na realidade prática das diversas formas de relações de trabalho escondidas e mascaradas, que muitas vezes não se encaixam no perfil do autoemprego conceituado na primeira seção do presente estudo, e que remetem à situações de fraude na relação de emprego, provocando assim, consequências trabalhistas e previdenciárias, além de se configurar como uma prática nula e criminosa.

Sendo assim, constata-se que o objetivo proposto neste estudo, de analisar o fenômeno da Pejetização como uma forma de fraude no âmbito trabalhista, sendo uma tentativa de transformar uma pessoa física em pessoa jurídica como meio de fraudar a aplicação da CLT, foi alcançado, pois utilizou-se de material bibliográfico consiste na fase da pesquisa, recolhendo informações documentais sobre os materiais já desenvolvidos sobre a pejetização como forma de fraude à relação de emprego e suas consequências no âmbito trabalhista.

É preciso atenção às relações de trabalho, principalmente quando os empregadores oferecem uma pecúnia maior aos empregados, com o argumento de que com a redução com o pagamento de impostos vai permitir o aumento do valor do “salário”, porém,

levando esse empregado a acreditar que a oferta é recompensadora, mas na verdade ao empregado não será assegurado pela lei o direito ao décimo terceiro salário, às horas extras, às verbas rescisórias e outros direitos previdenciários e direitos que este empregado teria garantia, com a relação de emprego como PF.

Por conseguinte, reitera-se que o conteúdo exposto e a produção aqui apresentada não está fechada, podendo apontar para futuros estudos, até porque o objetivo aqui não é esgotar a temática proposta, mas provocar reflexões futuras a este respeito e formular novas questões, possíveis discussões e diálogos tanto no meio social, como no meio acadêmico.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2013.

BRANDÃO, Claudio Mascarenhas (Relator). **Acórdão do processo AG-AIRR-11.645-58.2016.5.03.0129**. Tribunal Superior do Trabalho.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil: secção 1, Rio de Janeiro, DF, ano 82.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 11.196 de 21 de novembro de 2005**. [...] dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica [...] e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm Acesso em 20/08/2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016].

BRASIL. **VÍNCULO DE EMPREGO**. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL INTERMEDIÇÃO POR PESSOA JURÍDICA INTERPOSTA. "PEJOTIZAÇÃO". (TRT 17ª R., ROT 0000373-67.2017.5.17.0121, Divisão da 1ª Turma, DEJT 25/09/2019).

BRASIL. Tribunal Superior Trabalhista. **Processo n. TST-AIRR-94940-57.2007.5.06.0021**. TV Ômega Ltda. e Juari de Barros Carvalho. Relator: Dora Maria da Costa, da Oitava Turma. Brasília, 11 de maio de 2011. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFor> . Acesso em: 21/08/2022.

COELHO, J. B. **Pejotização nas relações de trabalho**. Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC. Criciúma, 2017. Disponível em:
<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/5539/1/JAIRO%20BORGES%20COELHO.pdf>
Acesso em: 21/08/2022.

COSTA, M. S. **O sistema de relações de trabalho no Brasil**: alguns traços históricos e sua precarização atual. RBCS Vol. 20 n°. 59 outubro/2005. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/rbcSOC/a/fHFbMMCdjMhs5bhPFnysVxh/?lang=pt&format=pdf>
Acesso em: 18/08/2022.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, R. C. **O auto-emprego no Brasil**: uma análise dos fatores determinantes. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Economia Política, sob a orientação do Prof. Doutor João Batista Pamplona. São Paulo, 2009.

KREIN, J. D. **As mudanças na regulação do trabalho no Brasil após 1990**. CESIT/IE/UNICAMP e ABET, 2019. Disponível em:
https://www5.pucsp.br/eitt/downloads/v_ciclo_debate/V_Ciclo_EITT_JoseDariKrein.pdf
Acesso em: 18/08/2022.

LIMA JÚNIOR, M.; SOUZA, C. V. **Pejotização e o reconhecimento do vínculo de emprego**. Curso de Direito da FUCAP/ Univinte e Curso de Direito do Trabalho II na FUCAP-Univinte, 2018. Disponível em:
https://www.fucap.edu.br/dashboard/biblioteca_repositorio/8507a02acdda9c2483cad18c2bf55ed8.pdf Acesso em: 22/08/2022.

MAGALHÃES, Cláudia Pereria Vaz de. **O Fenômeno da Pejotização no Âmbito Trabalhista**. Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior: Juiz de Fora, 2014.

MARCONDES, Fernanda Marchi; NAOMI, Isabella Akiyama. **O fenômeno da Pejotização e suas consequências nas relações de emprego**. Jusbrasil. 31 março. 2016.

MARCONI, Maria de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MINAYO, M. C. S.; DESLANDES, S. F. **Pesquisa Social**: teoria, método e criatividade. 25 ed. Ver. Atual. Petrópolis: Vozes, 2007. 108p.

NERI, M.; CAMARGO, J. M.; REIS, M. C. **Mercado de trabalho nos anos 90**: fatos estilizados e interpretações. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO Martus Tavares - Ministro Guilherme Dias - Secretário Executivo. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2288/1/TD_743.pdf Acesso em: 18/08/2022.

OLIVEIRA, L. M. **Pejotização e a precarização das relações de emprego**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23588/pejotizacao-e-a-precarizacao-das-relacoes-deemprego> Acesso em: 21/08/2022.

RAMOS, L.; REIS, J. G. A. **Emprego no brasil nos anos 90**. Diretoria de Pesquisa do IPEA e da Universidade Santa Úrsula (USU). Rio de Janeiro, 1997. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1988/1/td_0468.pdf Acesso em: 18/08/2022.

SOUZA, N. D. **O fenômeno da pejotização como forma de fraude a relação de emprego**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito. Florianópolis (SC), 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/189272/O%20fen%C3%B4meno%20da%20pejotiza%C3%A7%C3%A3o%20como%20forma%20de%20fraude%20a%20rela%C3%A7%C3%B5%20de%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 18/08/2022.

FEMINICÍDIO-PRIVILEGIADO: REFLEXÕES SOBRE NARCISISMO E (IN)TOLERÂNCIA À FRUSTRAÇÃO

NICOLE MEDEIROS GUIMARAES EBOLI:

psicóloga, mestre e doutora em Psicologia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da USP; acadêmica de Direito pela UNAERP, psicóloga judiciária no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

*Esta é a causa, minha alma. Oh! Esta é a causa!
Não vo-la nomearei, castas estrelas! Esta é a causa!
Não quero verter sangue, nem ferir-lhe a epiderme ainda mais branca
do que neve e mais lisa que o alabastro.
Mas é fatal que morra; do contrário, virá ainda a enganar mais outros homens.
(Shakespeare, em: Otelo)*

Resumo: As transformações sociais, culturais e de costumes, envolvendo questões de gênero, sobretudo as havidas nos séculos XX e XI, ensejaram reflexos no campo jurídico, mediante alterações no Código Penal que visam coibir a violência praticada contra mulheres. Neste âmbito, o conceito de feminicídio foi inserido na legislação, na condição de qualificadora do delito de homicídio, cominando, portanto, pena mais gravosa aos crimes cometidos contra mulheres por questões de gênero. Entretanto, apesar dos avanços alcançados, segue havendo aceitação, por parte da doutrina, de teses jurídicas que visem atenuar a culpabilidade dos agentes, em crimes contra mulheres, mediante o comportamento das mesmas e sob a alegação de “forte emoção”. No presente trabalho, foram percorridos conceitos jurídicos e psicanalíticos, estes últimos relacionados a aspectos da personalidade dos agentes de crimes fatais contra mulheres, bem como discutida a relevância de ponderação na aplicação dos fatores de redução de pena nestes casos. Fica, portanto, ressaltada a necessidade de se enxergar o Direito para além da via exclusivamente dogmática, e de se considerar o caráter relativo das normas penais diante do fenômeno criminal.

Palavras-chave: Direito penal; Feminicídio; Psicanálise; Narcisismo; Frustração.

Introdução

O presente trabalho busca analisar aspectos jurídicos e psicológicos envolvidos nos crimes popularmente chamados de “passionais”, contra mulheres, bem como oferecer reflexões que permitam contribuir para o aprofundamento do olhar destinado por operadores do Direito a estes fenômenos em nossa sociedade.

Trata-se de um breve estudo teórico, a partir de textos acadêmicos, científicos e jurídicos relacionados ao tema, com o objetivo de fundamentar a discussão. Foram mobilizados conceitos de crime, questões de gênero, aspectos históricos, além de conceitos como tolerância à frustração, impulsividade e narcisismo, para discutir comportamentos violentos de homens contra a vida de mulheres, e a forma como este tipo de crime pode ser compreendido e manejado pelos operadores do Direito, no Brasil.

Sobre o Direito Penal e conceito de crime

Direito Penal é um ramo do direito público que se destina a descrever condutas atentatórias a bens jurídicos tutelados, aplicando aos infratores uma sanção penal. O Direito Penal é, portanto, um meio de controle social formalizado, que representa a espécie mais concreta de intervenção estatal, sendo constituído por um conjunto de normas jurídicas que definem as infrações de natureza penal e suas conseqüências jurídicas correspondentes (penas ou medidas de segurança) (CAPEZ, 2019).

Assim sendo, seria um conjunto de normas que, para além de regular e punir determinados comportamentos humanos reprováveis perante a sociedade, também se presta a limitar este mesmo poder punitivo do Estado, uma vez que nem toda conduta humana reprovável é alvo de sanções penais (NUCCI, 2020).

O estudo do Direito Penal, assim como ocorre em todos os outros campos do Direito, envolve, necessariamente, interdisciplinaridade, contando com a colaboração, sobretudo, de outras áreas das ciências humanas tais como Antropologia, Sociologia e Psicologia. Assim sendo, o estudo dogmático das leis penais não encerra, em si, as reflexões e discussões fundamentais para sua adequada compreensão e aplicação pelos operadores do Direito.

Neste campo do conhecimento, o conceito material de delito, conforme prega a doutrina (NUCCI, 2020), se refere à concepção da sociedade sobre o que deve ser criminalizado, mediante a aplicação de uma sanção penal. Neste contexto, entende-se que o Direito Penal deve tutelar apenas aquilo que for relevante e essencial para o convívio social (bens jurídicos relevantes). Tal delimitação antecede, portanto, a tipificação da conduta pelo legislador.

Adentrando o conceito formal de delito, pode-se circunscrevê-lo como a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação da pena, segundo o princípio da reserva legal (legalidade) (NUCCI, 2020). Cuida-se, aqui, do conceito material formalizado por meio de lei, para atender ao art.1.º do Código Penal: "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*"

Em relação ao chamado conceito analítico de crime, sua conceituação trazida pela doutrina penalista dentro do modelo tripartido (o mais aceito atualmente na nossa realidade), o descreve como “fato típico, antijurídico e culpável” . Assim sendo, nesta vertente, para além da exigibilidade de que a conduta se enquadre num comportamento descrito previamente num tipo penal, considerado, portanto, como ilícito ou proibido, o crime, para ser considerado como tal, necessita do elemento culpabilidade, que, por sua vez, envolve aspectos subjetivos do agente, tais como intenção, vontade, dolo (Capez, 2019).

Neste sentido, Jair Leonardo Lopes (1999, p.139) se refere à culpabilidade como sendo “*juízo de reprovação que incide sobre o agente da ação, tendo este, ou podendo ter, consciência da ilicitude de sua conduta, e que ainda assim age de modo contrário ao direito quando lhe era exigível.*”

Assim sendo, em outras palavras, pode-se dizer que culpabilidade passa pelo fato do agente, apesar de dotado de entendimento consciente e racional acerca de que não deveria praticar referido ato, não resiste ao seu ímpeto e o concretiza apesar disso. Assim sendo, sua atitude poderia ser considerada reprovável, do ponto de vista jurídico, e, portanto, punível.

Neste contexto, cabe aqui delimitar o que seria, portanto, uma definição doutrinária de conduta delitiva: a ação ou omissão, voluntária e consciente, relevante para o direito penal (NUCCI, 2020). Para a caracterização da conduta torna-se, portanto, indispensável a existência do binômio vontade e consciência, não sendo puníveis, portanto, apenas aqueles atos típicos e antijurídicos que tenham sido cometidos mediante estados de inconsciência ou movimentos reflexos.

Sobre os crimes contra a vida

Dentre os diferentes bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, a vida humana é um dos mais relevantes, sobretudo porque se refere a Direito Fundamental previsto na Constituição Federal/88 e está presente em diferentes tipos penais. Esta modalidade de crimes está disposta nos artigos 121 à 148 do Código Penal; importante destacar que praticamente todos os crimes contra a vida são dolosos, exceto os expressamente previstos em lei como culposos, segundo o ordenamento jurídico do nosso país.

Para o presente trabalho, importa sobremaneira o crime descrito no artigo 121, ou seja, homicídio. Aqui, trata-se de identificar e punir condutas que tenham como resultado finalístico a morte de uma ou mais pessoas, sendo este seu objetivo pretendido pelo agente (dolosos), ou cujo risco foi admitido pelo agente em sua conduta (culposos), ou, ainda, a forma tentada destes mesmos delitos.

Dentre os elementos qualificadores de referido crime (que ensejariam aumento da pena), encontram-se motivo fútil, meio cruel, mediante paga, emboscada, entre outros, e, a partir de 2015, também a situação de homicídio cometido contra a mulher, por sua própria condição de mulher (feminicídio). Assim sendo, há previsão legal de que este tipo de crime contra a vida das mulheres seja considerado mais grave e enseje, portanto, pena maior. Inclusive, cumpre destacar que o homicídio qualificado é crime hediondo, qualquer que seja a qualificadora (Lei 8.072/1990, art. 1º).

Questões de gênero e Feminicídio

A violência contra mulheres alcançou, ao longo do século XX, status de delito específico em diversas partes do mundo, sobretudo na América Latina (CAMPOS, 2015). Deste modo, conforme a autora, abriu-se caminho para que a violência de gênero abarcasse também a chamada violência feminicida, sendo tal categoria oriunda da teoria feminista.

Os termos femicídio/feminicídio, segundo Campos (2015), teriam a finalidade, inicialmente, de fazer uma contraposição à neutralidade do termo homicídio, mas também conteriam, em si, o significado do ponto máximo de "*um padrão sistemático de violência, universal e estrutural, fundamentado no poder patriarcal das sociedades ocidentais*" (CAMPOS, 2015, p. 105).

Deste modo, conforme a autora, a partir desta linha interpretativa, o fenômeno do feminicídio seria visto como uma forma extremada da desigualdade de gênero, revelando desejos masculinos de obter controle e dominação sobre a mulher.

Na realidade legislativa brasileira, a proposta de lei acerca do feminicídio surgiu como continuidade da proposta iniciada pela Lei Maria da Penha, no sentido de refletir a busca pela igualdade de gênero e, ainda, pela concretização de Direitos Humanos, respondendo também a compromissos internacionais (CAMPOS, 2015).

Nas palavras da autora:

"A definição de feminicídio como forma extrema de violência de gênero que resulta na morte da mulher reproduziu o conceito clássico feminista. Na sua justificação, a menção a diversas definições teóricas e legalmente utilizadas, tais como assassinato relacionado a gênero, morte de mulher por ser mulher, crime de ódio contra mulheres, manifestação extrema de formas existentes de violência contra mulheres (...) revela a diversidade da nomeação desse fenômeno." (Campos, 2015, p. 107)

O termo misoginia surgiu a partir do grego *misogynia*, ou seja, a união das partículas *miseó*, que significa "ódio", e *gyné*, que se traduz para "mulher". Assim sendo, pode ser compreendido como um sentimento que envolve desprezo ou ódio contra mulheres. Tal forma de rejeição à pessoa do gênero feminino fundamenta-se num raciocínio sexista, mediante o qual a mulher é vista como subalterna, em relação ao homem.

Historicamente, observa-se que as práticas de dominação masculina sobre as mulheres fundamentam-se, não raro, em argumentos falaciosos que envolvem uma suposta supremacia biológica masculina. Conforme Cortez, Souza, Salvador e Oliveira (2019), teses eugenistas, durante séculos, atribuíram ao homem cis, heterossexual e branco a pecha de ideal biológico e social, enquanto, por outro lado, o feminino foi associado a uma idéia de incompletude, imperfeição e, além disso, como estando a serviço do homem (CORTEZ et al, 2019).

Tais aspectos perpassaram, ao longo dos séculos, as formações das sociedades e culturas e, ainda hoje, encontram respaldo nos comportamentos e relações humanas, incluindo-se aí os crimes de gênero contra mulheres.

Considerando-se a legislação vigente, observa-se que a conceituação do feminicídio em torno de atos ou comportamentos baseados na misoginia tem o condão de proteger um bem jurídico relevante (vida de mulheres). Neste aspecto, conforme Campos (2015), a adequação típica do feminicídio poderia ser vista como diversa à do homicídio, no sentido de que busca destacar o fato de que a morte de mulheres, neste contexto de violência de gênero, é diferente do homicídio comum.

Desta maneira, fica destacada a relevância do movimento feminista na evolução das leis penais ao longo do século XX, no que tange à tipificação de crimes contra mulheres. Criou-se, assim, o alicerce para a compreensão das mortes de mulheres como resultado de violência baseada no gênero ou por razões de gênero.

Sobre a Lei do Feminicídio

A chamada "Lei do Feminicídio" foi sancionada em março de 2015, pela então presidenta Dilma Roussef. Com esta lei foi implementado o inciso VI, no parágrafo segundo do artigo 121, do código penal brasileiro, inserindo uma nova modalidade qualificadora do homicídio por razões de feminicídio, que seria praticar violência contra a mulher, resultando em sua morte, por sua condição de pessoa do sexo feminino. Referida alteração torna, portanto, estes crimes contra a vida das mulheres mais gravosos que homicídios simples.

Diversos autores na área do Direito apontam problemas na redação da referida lei, a iniciar pelo próprio termo “Feminicídio”. Como apontado por Rosa e Carvalho (2018), o termo não seria o mais adequado porque remeteria a uma subcategoria do genocídio (homicídio que busca a destruição do sexo feminino). Para referidas autoras, o termo mais adequado para alguns juristas seria “femicídio”, pois enquadraria melhor o conceito de assassinatos em menor escala que o genocídio, mas, ainda assim, configurando crime de ódio e discriminação.

Outrossim, as autoras apontam que a redação final da mencionada lei sofreu alterações que prejudicam a adequada interpretação do texto. Dentre elas, citam a supressão da expressão “gênero” e a substituição da mesma por “condição do sexo feminino”. Assim, conforme Rosa e Carvalho (2018), referida alteração não permite abarcar, na condição de vítima, toda e qualquer pessoa que manifeste a condição feminina, tais como as transexuais femininas, restringindo sua aplicabilidade. Deste modo, conforme Campos (2015), a tipificação do feminicídio ocorrida no Brasil apresenta um paradoxo: enquanto simbolicamente destaca e nomina a morte de mulheres, ela produz uma diminuição legal de conteúdo.

Além disso, as autoras mencionam que a qualificadora, tal como foi redigida, incide apenas sobre a culpabilidade, não permitindo que aos coautores seja comunicado o referido fato típico e ilícito. Tais aspectos o destacam o caráter subjetivo da qualificadora do feminicídio, na forma como foi redigida (Rosa e Carvalho, 2018).

As autoras mencionam ainda que diversos autores citam dificuldades interpretativas acerca do que venham as ser as “razões da condição do sexo feminino” bem como “menosprezo” ou “discriminação” à condição de mulher, citadas no texto. Nas palavras das autoras:

“É bem provável que, ante as dificuldades interpretativas suscitadas, se enfraqueça o objetivo inicial de evitar as desclassificações de homicídio qualificado para homicídio simples, de modo que a polícia e o Ministério Público prefiram enquadrar o fato de imediato nas demais hipóteses de homicídio qualificado por entenderem mais difícil demonstrar as “razões do sexo feminino” (Rosa e Carvalho, 2018)

Deste modo, há importantes críticas de juristas brasileiros quanto à redação da lei do Feminicídio, que envolvem dificuldades interpretativas que teriam o condão de impactar negativamente sua aplicabilidade. As estatísticas que retratam a violência contra mulheres no Brasil parecem corroborar este entendimento, conforme explanado a seguir.

O que os números mostram (ou escondem)?

Na prática, apesar de já transcorridos 7 anos desde que a alteração legal referente ao “Feminicídio” se tornou vigente, ainda hoje esta modalidade de crimes vem crescendo no país, sem que esta lei tenha mostrado resultados positivos e satisfatórios na evitação de crimes contra a vida das mulheres brasileiras.

Isto se torna evidente ao se analisar as estatísticas relativas à violência contra mulheres em nosso país. Conforme dados oferecidos pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública (<https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>), num panorama nacional em termos estatísticos, apenas entre março de 2020, mês que marca o início da pandemia de covid-19 no país, e dezembro de 2021, último mês com dados disponíveis, foram 2.451 feminicídios e 100.398 casos de estupro e estupro de vulnerável de vítimas do gênero feminino.

Analisando-se mais atentamente as estatísticas envolvendo crimes contra mulheres entre janeiro e agosto de 2022, no estado de São Paulo (conforme site da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo - <http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/ViolenciaMulher.aspx>), observa-se números alarmantes. Conforme os registros oficiais, foram registrados 34.559 episódios de lesão corporal dolosa cometida contra mulheres, ou seja, em média, 164 mulheres foram fisicamente agredidas intencionalmente, por dia, ao longo de 2022, só no estado de São Paulo. Focalizando-se crimes de violência ainda mais graves, cujas vítimas foram mulheres, apenas nestes oito primeiros meses do ano, no estado de São Paulo, foram registrados 224 tentativas de homicídio, bem como 156 concretizações de homicídios dolosos contra mulheres, os quais não incluem outros 100 episódios homicídios de mulheres classificados como feminicídios.

Assim sendo, as estatísticas apontam para um quadro dramático, na realidade brasileira e também na especificidade paulista, em termos de violência praticada contra mulheres. No entanto, apesar disso, há indícios de que a situação seja ainda pior, ou seja, de que haja uma relevante subnotificação destes fenômenos, conforme apontou a agência Lupa (Duarte e Afonso, 2021). As autoras apontam que os problemas envolvem falta de sensibilização e de treinamentos para o correto preenchimento do boletim de ocorrência, por parte de policiais que lidam diretamente com esta demanda. Ainda conforme as autoras, o referido problema ocorreria também nos veículos de comunicação, o que dificulta a visibilidade acerca da real dimensão do problema na realidade brasileira.

Esta subnotificação impacta diretamente a implementação de políticas públicas envolvendo a prevenção da violência contra mulheres. Conforme as autoras da Agência Lupa, tais dados são de fundamental importância para corrigir estratégias de

enfrentamento, agindo também como mecanismo de transparência e controle social (Duarte e Afonso, 2021).

Alguns juristas, dentre eles a juíza Theresa Karina de Figueiredo Gaudêncio Barbosa, entendem que há equívocos interpretação e aplicação dos referidos dispositivos legais. Referida magistrada, em um artigo de 2016 do jornal Correio Braziliense, publicado também no site do TJDF, pondera tratar-se de uma abordagem viciada das causas do crime, que contribui para perpetuar a impunidade.

Ao abordar o tema, ela levanta uma importante questão:

“Ao analisar os chamados homicídios passionais (feminicídios), percebe-se que esses não foram motivados por paixão. Ninguém mata por paixão, mata-se por ódio. Contudo, sendo o ódio algo abjeto, capaz de desqualificar aqueles que o exprimem, veste-se o detestável com as nobres roupas do amor, e o crime de ódio vira homicídio de paixão, a merecer tratamento especial por parte da lei, do juiz, da sociedade. Penas mais brandas são requeridas, datas de julgamento adiadas, e as vítimas seguem sendo elas próprias culpadas pelo infortúnio, condenadas por escolher mal o companheiro, por provocar-lhe ciúmes, por pedirem separação.”

Sobre a (ultrapassada) tese de “legítima defesa da honra”

O problema ora mencionado denuncia a presença, ainda nos dias atuais, de resquícios da tese jurídica baseada no conceito de “legítima defesa da honra”, cujas raízes encontram-se no Brasil Colônia. Na época, por questões culturais e tradicionais, a honra masculina era um bem protegido pelo ordenamento jurídico, de modo que era lícito, ao marido, matar sua esposa caso flagrada em adultério. Conforme (ARREGUY, 2012), foi somente no Código Criminal de 1830 que tal previsão foi retirada da legislação brasileira.

No entanto, em 1890, um novo instituto veio modificar novamente a regulamentação legal deste tipo de crime, de modo a inserir a exclusão de punibilidade quando o homicídio fosse cometido sob um estado de total perturbação dos sentidos e da inteligência (ARREGUY, 2012). Com base em tal dispositivo, os autores destes crimes eram comumente absolvidos, pois entendia-se que o flagrante do cônjuge em adultério era motivo de “privação da inteligência e dos sentidos”.

Esta categoria de delito abarca o tipo de crime conhecido pelo senso comum como “crime passional”, e costuma gerar grande repercussão e mobilização social em torno de sua divulgação. A notícia de que alguém matou “por amor”, ou “tomado pela paixão”, em geral reflete situações de ciúme exacerbado, sentimentos de posse e de perda de controle

sobre o objeto “amado” (TOIGO, 2010). Ou seja, de certa maneira, culpabilizavam a própria mulher, vítima de homicídio.

Eluf (2007) traz uma série de casos brasileiros envolvendo crimes passionais, bastante ilustrativos do tema em questão. Casos em que, em sua maioria, homens assassinaram mulheres motivados por ciúme, rejeição, alegando amor e paixão e, ainda, defesa da honra para concretizar crimes envolvendo violência de gênero. A desembargadora, autora da obra, analisa os casos e as teses de defesa utilizadas nestes casos, para buscar a absolvição ou diminuição da pena dos algozes.

Importante destacar que a tese de legítima defesa da honra foi, em verdade, sepultada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2021, mediante julgamento emitido em sede da ADPF 779, na qual foi declarada a sua inconstitucionalidade, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero (BRASIL, 2021). Mediante tal julgamento, torna-se vedada a utilização, tanto pelas partes como pelo juízo, de forma direta ou indireta, de quaisquer argumentos que levem à tese de legítima defesa da honra, em qualquer fase processual, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

O feminicídio-privilegiado

Apesar deste importantíssimo avanço, subsiste no Código Penal, em especial no parágrafo 1º do artigo 121, espaço para a utilização da “forte emoção” em face do comportamento da vítima de homicídio, podendo ser utilizado de forma a buscar relativizar a culpabilidade e, com isso, abrandar a pena imposta ao agressor/homicida. Trata-se do homicídio privilegiado e, conforme previsão legal, trata-se de hipótese de diminuição de pena:

“§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.”

No caso específico do feminicídio, subsistem divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da viabilidade ou não da figura do “feminicídio privilegiado”, posto que a caracterização do mesmo se dá através não de um tipo penal autônomo, mas sim de uma qualificadora do crime de homicídio (BIANCHINI, 2016).

Parte da doutrina compreende o feminicídio como uma qualificadora exclusivamente subjetiva, pois trata da esfera interna do agente e não com o modo ou meio de execução do crime (ALVES, 2022). Neste entendimento, não haveria feminicídio

privilegiado, pois só seria possível um homicídio do tipo qualificado-privilegiado caso a qualificadora fosse de natureza objetiva.

Por outro lado, há doutrinadores que compreendem a questão de modo diverso, postulando que o feminicídio é, em verdade, uma qualificadora objetiva, pois seu cerne envolve matar a mulher por razões da condição de sexo feminino, tratando-se, portanto, de elemento de natureza objetiva. (ALVES, 2022). Os demais elementos que podem estar relacionados ao feminicídio (ódio, ciúme, disputa familiar, sadismo, etc), é que seriam, de fato, subjetivos, e não a condição do sexo feminino em si. Tal vertente doutrinária entende, portanto, que a qualificadora do feminicídio, sendo objetiva, pode conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo, o que abre caminho para a aceitação do feminicídio-privilegiado.

Nestes casos, os elementos que configuram o caráter de “privilegiado” para o crime de homicídio (ou, ainda, feminicídio) e, portanto, sugerem a compreensão de que sejam menos reprováveis ou, extrapolando a interpretação, mais compreensíveis ou toleráveis, envolvem aspectos subjetivos do agente, sobretudo aspectos relativos à sua vontade e valores morais. (BIANCHINI, 2016). Outrossim, embutem, de certa maneira, a tese de que, mediante determinada “provocação”, seria mais aceitável ou compreensível que o homem agisse de forma a exterminar a vida da mulher, culminando numa pena menor, associada ao mesmo crime. Com isso, tornar-se-ia menos reprovável, na prática, a perda do autocontrole por parte do agente ao provocar a morte de outra pessoa, nestas condições.

Assim sendo, ainda que, na atualidade a tese da “legítima defesa da honra” tenha perdido sua legitimidade, a tese de homicídio privilegiado por violenta emoção seguida à injusta provocação da vítima permanece sendo entendida, por parte da doutrina, como estratégia de defesa viável em casos de feminicídio. Com isso, pode-se buscar a diminuição da pena nos tribunais, nos casos de violência que resultem na morte da mulher (TOIGO, 2010).

Observa-se que que tem havido, portanto, no Brasil ao longo do século XX e XI, incremento das penas cominadas a crimes contra mulheres, bem como avanços na doutrina e jurisprudência que visam dificultar a impunidade dos agentes. Neste âmbito, explorar e refletir sobre as condições psicológicas (patológicas ou não), que fundamentam essas condutas pode ajudar a melhor compreender esses comportamentos à luz da legislação (ARREGUY, 2012).

Neste íterim, para além das questões sociológicas e culturais envolvendo gênero, que, indubitavelmente atravessam esta temática e os julgamentos, cumpre adentrar em temática que extrapola o campo do Direito Penal, contando, portanto, com colaboração de outras áreas do saber, nomeadamente a Psicanálise.

Assim sendo, trata-se de temática atual, com expressiva relevância diante da realidade brasileira no cenário de violência contra a mulher, cuja discussão perpassa elementos jurídicos, mas também sociológicos e psicológicos, merecendo atenção de estudiosos e pesquisadores do campo do Direito, a fim de que se evitem equívocos na interpretação dos fatos e na aplicação da Lei, de forma a diminuir a impunidade associada a esses crimes.

Narcisismo e ciúme

Na origem dos comportamentos violentos passionais, conforme ALCÂNTARA (2015), algumas características de funcionamento da personalidade se mostram frequentes, e dentre elas se destacam o Narcisismo e o ciúme, ambos em suas modalidades patológicas.

Sob uma vertente psicanalítica da compreensão do desenvolvimento psíquico dos indivíduos, entende-se que, num processo considerado típico e/ou adaptativo, no final da adolescência e início da vida adulta ocorreria a separação dos pais e a formação de um "eu" individualizado (LANGARO & BENETTI, 2014). Neste contexto, o jovem desenvolveria uma espécie de narcisismo "normal", mediante a observação e reconhecimento de suas próprias realizações bem-sucedidas na realidade. Com isto, estariam presentes aspectos da personalidade voltados para autoestima e conhecimento, tais como preservação de interesses pessoais, busca por crescimento e amadurecimento, refletindo, portanto, aspectos positivos do narcisismo (LANGARO & BENETTI, 2014).

Por outro lado, mediante falhas na individualização e autonomia, poderia ocorrer o chamado narcisismo patológico, que seria como uma espécie de mecanismo de defesa, em resposta às experiências de desilusão e decepção, mediante as falhas no alcance de metas não realistas. Este fenômeno prejudica a saúde mental, e se relaciona "*a sentimentos de grandiosidade e autossuficiência, à falta de empatia, agressividade, impulsividade e oscilações depressivas intensas quando frente à frustração*" (LANGARO e BENETTI, 2014, p. 201).

Deste modo, do ponto de vista psicanalítico, o narcisismo saudável envolve a capacidade de manutenção de uma autoimagem e autoestima positivas, mediante reais possibilidades de autonomia, crescimento e alcance de objetivos. Por outro lado, num funcionamento narcisista com características patológicas, estariam presentes dificuldades de descentrar-se de si mesmo, bem como de reconhecer os próprios limites e aceitar frustrações (CRAMER & JONES, 2008).

Sobre a influência de tendências narcisistas em comportamentos criminosos, nos diz CECCARELLI (2013):

“São voltados unicamente para si e orientados para a autoconservação. Desprezam os outros e utilizam uma grande quantidade de agressividade para o ato criminoso. É como se existisse uma evanescência do superego; como se a instância da lei tivesse sido mal introjetada nesses indivíduos. Neles, a posição libidinal seria não erótica, ou seja, não orientada para o outro para o que o outro possa sentir: não há identificação com o outro. De certa forma, é quase uma posição perversa na qual o que o outro sente não é levado em consideração.” (p. 413).

Assim, focalizando a questão dos “crimes passionais”, sob o ponto de vista psicanalítico, o sujeito que vivencia um narcisismo patológico tenderia a se desestabilizar mais facilmente diante da ruptura de uma relação amorosa (ou da ameaça de ruptura), apresentando tendência à culpabilização e ódio sobre a outra pessoa.

Neste contexto de perda (ou temor de perda) do objeto amado, cabe destacar o ciúme como vivência psíquica potencialmente geradora de intenso sofrimento mental.

O ciúme costuma ser entendido como elemento intrínseco aos relacionamentos amorosos, e, em certa medida, reflete o medo de que aquela pessoa deixe de fazer parte da vida do outro. Há, no entanto, nuances e graus em relação a referida vivência emocional, sendo que, em uma modalidade patológica, configuraria um quadro exagerado de posse, sem que haja evidências de realidade que fundamentem a desconfiança e o medo da perda do parceiro(a).

Sophia, Tavares e Zilberman (2007) mencionam que o ciúme patológico tem correlação com a baixa autoestima e sensação de insegurança, surgindo como preocupação infundada e irracional, ampliando riscos de condutas violentas e egoístas. Assim, o ciúme patológico também é um relevante predisponente do comportamento violento.

Para além disso, em situações de ciúme patológico exacerbado, que culminam em homicídios “passionais”, o agente vê, no seu objeto de amor, em verdade, um objeto de posse (ALCÂNTARA, 2015). Tal visão deturpada retira do outro direitos que lhe são essenciais e fundamentais, tais como: direito à liberdade e ao exercício da livre escolha nas relações íntimas. Referido processo abre espaço para a despersonalização do outro, que, tendo sua humanidade reduzida aos olhos do ciumento, torna-se facilmente alvo de atos de violência diversos, incluindo o homicídio.

Conforme alguns autores, aspectos narcísicos da personalidade se mostram bastante presentes na dinâmica de relacionamentos amorosos na contemporaneidade. Assim, a preferência pelo efêmero e descartável, no âmbito dos relacionamentos amorosos,

passaram a ser regra. Deste modo, nossa sociedade hoje vive uma tendência à constituição de egos frágeis e dependentes do investimento do outro (UBINHA & CASSORLA, 2003).

Neste íterim, para CECCARELLI (2013), como fundamento latente para a justificativa comumente atribuída aos crimes passionais de “paixão pelo outro” se revela, na verdade, uma paixão narcisista patológica por si próprio, amor à sua autoimagem (bastante fragilizada) e à honra que deve manter a qualquer preço perante si mesmo e perante a sociedade. Assim sendo, a ameaça ao relacionamento amoroso é vivenciada, pelo narcisista, como ameaça à própria identidade do sujeito, dado o elevado grau de dependência em relação ao olhar alheio, característico deste modo primitivo de funcionamento da personalidade.

Crimes passionais e a (in)capacidade de tolerar a frustração

Freud, em sua obra “Mal-estar na civilização” (1930/1986), elenca o convívio em sociedade e a inserção do Homem na cultura como elementos que dão identidade própria à humanidade e a diferenciam dos demais animais. Assim sendo, ao integrar uma civilização, o Homem deixa de ser um animal à mercê das próprias pulsões e necessidades individuais e precisa abrir mão de seus desejos instintivos imediatos em prol de segurança e sobrevivência em sociedade.

Na mesma obra, portanto, o referido autor explicita sua ótica de que existe uma contraposição entre as exigências da civilização e as necessidades pulsionais dos indivíduos, e que o sacrifício destas últimas geraria sofrimento e mal estar.

De fato, é um conceito amplamente conhecido em Psicanálise, de que a necessária repressão dos impulsos, fundamental para a adaptação à vida social, gera uma importante carga de ansiedade nos indivíduos, sendo, portanto, relacionada à frustração, podendo, inclusive, gerar sintomas diversos. Deste modo, entende-se que, para conviver em sociedade, o Homem precisa conseguir reprimir seus impulsos (principalmente os de cunho agressivo e sexuais), o que ocorre, muitas vezes, às custas de uma importante carga de sofrimento e dor mental (CECCARELLI, 2013).

A tolerância à frustração, mediante a não satisfação imediata dos impulsos, depende do desenvolvimento da capacidade de pensar e no adiamento da gratificação. Trata-se de habilidades a serem aprendidas, desenvolvidas, ao longo da vida, e referido processo não é linear, havendo avanços e retrocessos.

Este processo reflete a transição do chamado “princípio do prazer” para o “princípio de realidade”, conceitos psicanalíticos trazidos por Freud e, posteriormente, implementados e submetidos à releitura de outros teóricos da Psicanálise. Trata-se de

modos de funcionamento mental que, embora aparentemente antagônicos, coexistem e se complementam, mesmo na vida adulta.

Nas palavras de Freud (1920):

“Sabemos que o princípio de prazer é próprio de um método primário de funcionamento por parte do aparelho mental, mas que, do ponto de vista da autopreservação do organismo entre as dificuldades do mundo externo, ele é, desde o início, ineficaz e até mesmo altamente perigoso. Sob a influência dos instintos de autopreservação do ego, o princípio de prazer é substituído pelo princípio de realidade. Este último princípio não abandona a intenção de fundamentalmente obter prazer; não obstante, exige e efetua o adiamento da satisfação, o abandono de uma série de possibilidades de obtê-la, e a tolerância temporária do desprazer como uma etapa no longo e indireto caminho para o prazer” (p. 20).

Zimmermann (1999) menciona que o conceito de princípio do prazer descrito por Freud envolve o direcionamento de toda ação e energia psíquicas e orgânicas ao objetivo de atingir um prazer idealizado, ignorando ou evitando as frustrações. Por sua vez, o chamado princípio da realidade se manifesta mediante a adaptação sociocultural, sendo acompanhado pela formação de valores éticos e morais. Com ele, o indivíduo passa a entender o funcionamento da chamada descarga impulsiva e, com isso, a respeitar os limites impostos pela realidade, regulando, assim, seu próprio comportamento.

Este processo é o que se espera de um perfil de desenvolvimento psíquico saudável e adaptado, no entanto, há diversas nuances e graus em que ele acontece, nos diferentes indivíduos. Outrossim, não se trata de uma habilidade que, ao ser atingida, não mais retrocede. Há riscos de descontrole, em maior ou menor grau, mesmo em pessoas cujo funcionamento da personalidade não se enquadra em categorias nosológicas em psicopatologia. Assim sendo, não é necessariamente verdade que todo assassino passional seja psicopata ou psicótico, por exemplo.

Nas palavras do psicanalista Carlos de Almeida Vieira, em sua coluna publicada no “Blog do Moreno” de O Globo, em abril de 2016:

“Pois bem, se há desejo, se existe uma força que busca sua realização, também há uma não realização, uma frustração do desejo, e aí começa a tragédia humana de prazer e dor mentais. Como transitar em área de tolerância e intolerância sem enlouquecer, sem reagir à frustração através de um ódio avassalador e mortífero?”

Os crimes passionais ocorrem, portanto, dentro de um espectro de vivências afetivas, no qual o conceito de frustração tem importante papel. Não raro, a motivação que fundamenta um crime passional traz em seu bojo a perda (ou a idéia ou temor desta perda) do objeto de amor, causando intensa frustração e, com ela, vivências intensas de raiva (ALCÂNTARA, 2015). Aniquilar aquele (ou aquela) que se acredita ser responsável por essa intensa carga de sofrimento mental que lhe é infringido, pode soar, para estes agentes, como o caminho mais simples, direto e imediato para o alívio (princípio do prazer).

Importante destacar que, mesmo nestes casos de descarga e descontrole impulsivo, motivado por intenso sofrimento decorrente de frustração, como elemento deflagrador do comportamento homicida, existe espaço para o pensar (princípio de realidade). O agente, ao ponderar, em seu íntimo, que o seu próprio comportamento homicida se trata de ação justa e motivada, está mobilizando mecanismos internos de defesa (racionalização). Referido mecanismo se presta a proteger o agente da dor da culpa consciente, seja no momento do crime ou após este (CECCARELLI, 2013).

Desta forma, a idéia de uma possível aceitação social ou moral (“ela provocou, ela causou”) do comportamento homicida, naquelas condições, também pode ser um elemento motivacional presente nos crimes passionais. E, inclusive, estes pensamentos, não raro, encontram, de fato, respaldo na opinião geral, bem como em brechas interpretativas do próprio texto legal.

Importante ressaltar que tal observação se aplica a indivíduos imputáveis, ou seja, sem uma condição psicopatológica que comprometa de maneira significativa seu juízo crítico da realidade no momento da conduta delitiva. Assim sendo, o agente de um homicídio contra mulher, que se pretende, como tese de defesa, enquadrar como autor de crime privilegiado, no momento da conduta delitiva não estava desprovido da capacidade de pensar e ponderar: ele o fez apesar disso (culpabilidade/dolo) (ALCÂNTARA, 2015).

Considerações finais

A partir deste percurso argumentativo, foi possível revisitar conceitos de Direito Penal e também de Psicanálise, que podem lançar luz e auxiliar na compreensão dos elementos motivacionais subjacentes a condutas delitivas contra a vida de mulheres, bem como da interpretação e aplicação da lei nestes contextos.

Os dados estatísticos apontam que a violência contra mulheres, no Brasil, atinge níveis alarmantes, situação que enseja uma atenção especial por parte dos legisladores e também dos operadores do Direito.

Muito embora haja, na realidade brasileira, dispositivos legais modernos e avançados que visam a proteção e reconhecimento da vulnerabilidade feminina diante da violência masculina (sobretudo no âmbito doméstico), observa-se que, não raro, prevaleçam entendimentos que suportam teses de defesa que busquem atenuar a culpabilidade de homens que cometem crimes desta natureza.

Assim sendo, o instituto do Femicídio parece encontrar obstáculos à sua plena aplicação e na garantia da necessária proteção e repressão de comportamentos violentos e homicidas contra mulheres, em nosso país. Tal fenômeno tem diferentes explicações possíveis. Envolvem, por um lado, problemas importantes na redação da lei do feminicídio, conforme apontado por juristas, que impactam na sua interpretação e aplicação. Por outro lado, não se pode olvidar que a legislação ainda permite fundamentar argumentos de defesa que desloquem da figura do agente a responsabilidade pela violência cometida, atenuando a mesma mediante uma suposta “provocação” feminina, que seria entendida como responsável pelo descontrole masculino e que resulta em morte da mulher (feminicídio privilegiado).

A partir de um olhar psicanalítico acerca destes comportamentos violentos masculinos, resultantes de “forte emoção motivada por provocação”, observa-se a existência de aspectos da personalidade destes agentes que favorecem a ocorrência destes fenômenos, a saber: narcisismo e ciúme patológicos e intolerância à frustração.

Neste contexto, conforme apontam diversos autores, dentre os homens que cometem assassinato contra suas companheiras, esposas, namoradas, ou mesmo contra suas exs, é comum observar características de personalidade como autoestima exagerada (porém frágil), sentimentos de posse e objetificação da mulher, bem como dificuldades para aceitar revezes, rejeições e perdas,

Apesar destes aspectos que podem assumir características patológicas, é possível ponderar que não se trata de um funcionamento psicótico ou que impede a efetivação de um juízo crítico da realidade por parte desses agentes. Isso significa que, via de regra, eles fazem uma opção consciente pela aniquilação da vida dessas mulheres, que ousaram lhes dizer não ou que lhes feriram a autoestima e o orgulho manifestando interesse por outros homens, ou mesmo lhes dando menos atenção do que achavam que mereciam.

Outrossim, importante destacar que, partir da introdução da noção de inconsciente, a Psicanálise vem ampliar as possibilidades de compreensão e manejo dos agentes criminosos, a partir da mais alargada compreensão de sua realidade subjetiva. (Lacan, 1950/2003). Nas palavras de Ceccarelli (2013):

“(…) por buscar a verdade do sujeito, a psicanálise deve insistir na noção de responsabilidade, fundamental para o progresso da

experiência humana. É por isso que a psicanálise do criminoso vai até onde a ação da polícia começa.” (p. 415)

O homicídio do tipo privilegiado, de um homem contra uma mulher com quem ele tem ou teve envolvimento amoroso envolve, portanto, via de regra, um agente imputável e, portanto punível. Por essa razão, torna-se necessário comedimento ao aplicar fatores de redução ou atenuação de pena nestes casos, relativos a estado emocional no momento da efetivação da conduta. Cabe aqui, portanto, a ponderação sobre os riscos de se enxergar o Direito meramente como ciência dogmática, desconsiderando-se o caráter relativo das normas penais diante do fenômeno criminal, e lidando com este apenas sob o vértice da legalidade.

Diversos autores apontam nesta direção, bem como destacam que o Femicídio deve ser devidamente identificado e punido, não permitindo sua confusão com o homicídio privilegiado. Com isso, restam fortalecidas teses de que o homicídio “passional” deve ser visto como um crime hediondo e que se trata de crime muito mais frequentemente praticado por homens contra mulheres, não podendo ser visto como uma violência comum, mas como uma manifestação de violência de gênero.

Referências

ALCÂNTARA, B. S. **Homicídio passional: suas causas e o perfil do homicida**. 2015 62fl. – Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito). Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande. – Sousa/PB – Brasil, 2015.

ALVES, A. V. H. **Femicídio: principais teses de defesa após a ADPF 779**. Artigo científico, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiania, GO, 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/3833/1/ALEXANDRE%20VON%20HALLEY%20ALVES.pdf>

ARREGUY, M. E. **O crime no divã: fundamentos diagnósticos em passionais violentos**. Estud. psicanal., Belo Horizonte, n. 37, p. 93-102, jul. 2012

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 779**, Rel. Min, DIAS TOFFOLI, data de julgamento: 15/03/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690>

BIANCHINI, A. **A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva?** R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 203 – 219, 2016.

CAMPOS, C. H. **Feminicídio no Brasil: Uma análise crítico-feminista.** Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, Porto Alegre, Volume 7 – Número 1 – p. 103-115, 2015.

CAMPOS, C. H.; SEVERI, F. C. **Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira.** Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro , v. 10, n. 2, p. 962-990, 2019.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal. Parte Especial Arts. 121 A 212** - Volume 2, 19 Ed.. Editora Saraiva, 2019.

CECCARELLI, P. R. **Psicanálise na cena do crime.** Tempo psicanal., Rio de Janeiro , v. 45, n. 2, p. 401-418, 2013.

CORTEZ, P. A.; SOUZA, M. V. ; SALVADOR, A. P.; OLIVEIRA, L. F. A. **Sexismo, misoginia e LGBTQ fobia: desafios para promover o trabalho inclusivo no Brasil.** Physis: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 29(4), 2019.

CRAMER, P., & JONES, C. J. **Narcissism, identification, and longitudinal change in psychological health: dynamic predictions.** Journal of Research in Personality, 42, 1148-1159, 2008.

DUARTE, M. ; AFONSO, N. **8M: ONG alerta para imprecisão em dados oficiais de feminicídio.** Folha de São Paulo, Agência Lupa, 2021, disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2021/03/08/ong-alerta-impresicao-dados-mulher/>

ELUF, L. N. **A paixão no banco dos réus : casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves.** 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

FREUD, S. **O mal-estar na civilização.** Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, vol. XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1930/1996.

FREUD, S. (1920) **Além do Princípio do Prazer.** Obras Completas, vol. XVIII. Rio de Janeiro: Imago, 1920/1998.

LACAN, J. **Premissas a todo o desenvolvimento da criminologia.** Outros escritos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, (1950/2003).

LANGARO, F. N.; BENETTI, S. P. C. **Subjetividade contemporânea: narcisismo e estados afetivos em um grupo de adultos jovens.** Psicol. clin., Rio de Janeiro , v. 26, n. 2, p. 197-215, 2014.

LOPES, J. L. **Curso de Direito Penal - Parte Geral.** Editora: revista dos tribunais, 1999.

NUCCI, G. S. **Manual de Direito Penal.** 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROSA, G. F.; CARVALHO, G. M. **Feminicídio: uma análise crítica da nova qualificadora introduzida pela Lei 13.104/2015**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5325, 29 jan. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60265>. Acesso em: 7 jun. 2021.

SOPHIA, E. C; TAVARES, H.; ZILBERMAN, M. L. **Amor patológico: um novo transtorno psiquiátrico?**. *Rev. Bras. Psiquiatr.*, São Paulo , v. 29, n. 1, p. 55-62, Mar. 2007 .

TOIGO, D. M. **Breve análise das teses defensivas da legítima defesa da honra e da privilegiadora da violenta emoção no tribunal do júri em homicídios passionais praticados por homens contra mulheres**. *Unoesc & Ciência*, Joaçaba, vol. 1, n. 1, p. 13-20, 2010.

UBINHA, P. de T.; CASSORLA, R. M. S. **Narciso: polimorfismo das versões e das interpretações psicanalíticas do mito**. *Estud. psicol. (Campinas)*, Campinas , v. 20, n. 3, p. 69-81, 2003.

ZIMERMANN, D. E. **Fundamentos psicanalíticos: teoria, técnica e clínica**. Porto Alegre: Artmed, 1999.

DIREITO DE LAJE: ANÁLISE SOBRE A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA

ERIKA MORAES PEREIRA:

Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi (UnirG).

FERNANDO QUEIROZ POLETTO⁵⁸

(orientador)

Resumo: luz da regularização dos terrenos urbanos, o objetivo deste artigo é explorar o Real Direito do Assunto. O instituto foi criado pela disposição nº 759/2016, que foi posteriormente codificada como Lei nº 13.465/2017. Apesar de sua recente posituação, o Direito de laje foi experimentado anteriormente por algum tempo nas favelas. Os pré-requisitos legais para o estabelecimento do direito positivado foram analisados para descobrir se este direito tinha a capacidade de regularizar as placas anteriores. O raciocínio dedutivo foi utilizado para estabelecer que é prematuro tirar conclusões claras a respeito da eficácia do instituto em termos de regularização fundiária urbana. A presença do artigo 9º do artigo 176 da Lei nº 6.015/1973 na Lei nº 13.465/2017, que pressupõe o registro prévio de imóveis vitais para a construção, levanta, no entanto, suspeitas.

Palavras-chaves: Direito Real de Laje. Regularização Fundiária. Moradia. Cidades. Propriedade. Posse. Segregação espacial.

Abstract: In light of the regularization of urban land, the purpose of this article is to explore the Real Right of Subject. The institute was created by Provision No. 759/2016, which was subsequently codified as Law No. 13,465/2017. Despite its recent positivization, the Right of Slab was previously experienced for some time in slums. The legal prerequisites for the establishment of the positivized right were analyzed to find out whether this right had the ability to regularize previous slabs. Deductive reasoning was used to establish that it is premature to draw clear conclusions regarding the effectiveness of the institute in terms of urban land regularization. The presence of article 9 of article 176 of Law No. 6,015/1973 in Law No. 13,465/2017, which presupposes the prior registration of vital real estate for construction, however, raises suspicions.

Keywords: Real Right of Slab. Land Regularization. Housing. Cities. Property. Ownership. Spatial segregation.

1 INTRODUÇÃO

⁵⁸ Especialista em Direito Público e em Direito Processual Civil. Advogado atuante na área Cível, Crédito Rural e Tributária. Professor de Direito na Universidade de Gurupi (UnirG).

O objetivo deste estudo é analisar numerosas questões significativas de argumentação relativas ao Direito Real da Laje. A Medida Provisória nº 759 de 2016 foi recentemente transformada na Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017, acrescentando-a à lista de direitos reais concedidos no art.1.225 do Código Civil Brasileiro.

Apesar de ser novidade na lei, o direito em questão há muito se faz sentir nas favelas, onde se desenvolveu um mercado imobiliário em torno de lajes e foram realizados "registros" nas Associações de Moradores, que servem como uma forma de cartório notarial local.

O tema selecionado convida contribuições de uma ampla gama de disciplinas, incluindo o direito, onde se destacam a diversidade jurídica e a alternativa brasileira ao sistema notarial e registral alemão, bem como a antropologia, sociologia, arquitetura e urbanização.

Reconhecendo que seria impossível cobrir todas elas, este trabalho procurou abordar o Direito sobre a laje experimentado nas favelas, focalizando a experiência do Rio das Pedras, no Rio de Janeiro, e o Direito Real sobre a laje como instrumento de regularização fundiária, desde que inserido pela Medida Provisória nº 759/2016, que foi posteriormente convertida na Lei nº 13.465/2017, que substituiu a Lei nº 11.977/2009, que anteriormente regulava o assunto.

Como consequência da alta densidade populacional, da escassez de espaço urbano e da restrição de recursos a que estão expostos, a comunidade historicamente desfavorecida teve que apresentar novas medidas para proteger seu direito à moradia.

A história da ocupação espacial urbana é essencial para a compreensão deste novo direito, já que a criação de favelas ocorreu em grande parte devido à falta de atenção dada pelas autoridades públicas à questão habitacional dos grupos de baixa renda.

A aquisição e regularização de lajes futuras e atuais, em uma interpretação sistemática da Lei 13.465/2017, será explorada nas páginas seguintes, juntamente com as hipóteses de aplicação do direito positivo, sua natureza jurídica, suas exigências legais e os procedimentos que devem ser realizados.

O objetivo destas pesquisas é avaliar se o direito real positivo da laje será ou não bem sucedido na regulamentação do uso da terra. Na tentativa de garantir a eficácia da norma, proporemos algumas reflexões interpretativas e apresentaremos algumas críticas sobre as medidas legislativas.

2 O CONTEXTO HISTÓRICO FRENTE AS REFLEXÕES ESPACIAL URBANA E A SOBREPOSIÇÃO DE VULNERABILIDADES SOCIAIS

A cidade conheceu um desenvolvimento dramático no século XIX. As cidades brasileiras adotaram o paradigma colonial do novo mundo português, no qual a metrópole era um centro comercial controlado pela Coroa e seu núcleo residencial consistia em pessoas que exploravam as riquezas imperiais até o nascimento do país (ABREU, 1987).

A maioria dos edifícios eram casas de um andar ou casas em banda. As construções de um andar consistiam de uma porta, duas janelas, ou uma porta e uma janela. As mansões mais luxuosas, sobrados, apresentavam três ou mais andares. Em geral, as casas eram enormes e imponentes, mas também estreitas e longas; elas definiam o eixo da rua ao serem construídas ao longo das margens do terreno (VAZ, 2002).

Com a chegada da família real no Brasil, ocorreram várias mudanças sociais e habitacionais. O Rio de Janeiro foi forçado a adotar um estilo urbano para o qual estava despreparado.

Durante este período histórico, a população da cidade cresceu substancialmente devido ao desejo de estar perto do rei. Entretanto, praticamente pouco foi feito para dar à cidade os recursos necessários para administrar um influxo tão maciço. As mudanças beneficiaram as classes mais favorecidas (CORRA, 2012).

Ao longo do século XIX, uma identidade mais industrializada foi impressa na cidade. Algumas casas e habitações foram substituídas por lojas, empreendimentos e edifícios de escritórios no centro. Isto exigiu a instalação de equipamentos públicos como iluminação pública a gás, tratamento de esgoto e pavimentação com paralelepípedos. Embora as amenidades públicas tenham sido estabelecidas na década de 1850 e a atividade comercial da cidade tenha sido incentivada, cidadãos da classe trabalhadora afluíram ao centro da cidade, como Cláudia Franco Corrêa (1992) explica. Esta contradição foi agravada pela concentração dos mercados econômicos e, portanto, do mercado de trabalho da cidade, o que tornou o núcleo da cidade uma localização privilegiada para potenciais funcionários.

Em um período em que o trânsito público era incomum e caro, tornou-se importante que os funcionários de uma determinada região residissem em moradias mais baratas (geralmente moradias coletivas). Para acomodar esses trabalhadores, foram construídos cortiços, pousadas e as favelas que surgiram dessas comunidades.

Segundo o autor, o investimento governamental em política habitacional para a classe trabalhadora e o transporte público é inadequado. Cortiços, ou casas populares,

estavam proliferando pelo centro da cidade do Rio de Janeiro. Primeiro, é essencial reconhecer que a abolição da escravidão no Brasil não foi a mesma que em outros países, como os Estados Unidos, onde a aplicação dos direitos civis levou à formação de direitos sociais e políticos.

Foi o resultado de um esquema imperial concebido para substituir o trabalho escravo pela imigração, neste caso. Este problema foi discutido dez anos antes da abolição na conferência agrícola do Rio de Janeiro, quando foram feitos comentários à "preguiça" e à "incapacidade de trabalhar sem ser por flagelação" de um negro recém-emancipado (CORRA,2012).

Usando sua inteligência, os imigrantes ajudariam a nação a considerar as questões da nação e inspirar a moralidade entre seus residentes (PRADO, 2005). Considerando estes princípios, o Estado não tinha nenhum papel em dar liberdade. Aos recém-libertados foi dada responsabilidade por sua própria liberdade e bem-estar. Como eles não tinham acesso a alimentos, moradia, roupas ou cuidados médicos, eles foram deixados à sua própria sorte.

Como a força de trabalho dos libertados não foi absorvida, o desemprego e o subemprego aumentaram. A crise habitacional foi uma consequência direta disso. O Rio de Janeiro, em particular, não estava preparado para lidar com o aumento esperado da demanda habitacional na região. Como consequência da queda da nobreza, ex-escravos abandonaram a senzala e moraram em habitações precárias e grupais, mesmo em áreas urbanas, devido à proximidade de perspectivas de trabalho legal e informal.

A população do Rio de Janeiro cresceu a um ritmo de 4,06% ao ano durante o final do século XIX devido à imigração, aos escravos emancipados, à ascensão das indústrias e à subsequente migração (SILVA,2005).

Em 1890, quando os cortiços se tornaram populares, 100.000 pessoas estavam vivendo neles (LOBO, 1989). Arquitetonicamente, eles se assemelhavam às senzalas dos invasores portugueses. Cada sala, tanto nas senzalas como nos cortiços, tinha um espaço interno mínimo, assim como uma falta de luz natural e ventilação.

Os tribunais reconheceram pela primeira vez os cortiços como um tipo de habitação comunitária em 1892. Mais tarde, o Decreto Municipal nº 391 definiu um cortiço como um prédio proibido pela Câmara Municipal em 1902, 10 anos após a conclusão da Guerra Civil, e manteve o significado anterior da palavra "inquilinato".

É uma espécie de moradia comunitária que compreende pequenas salas de madeira ou construção leve, muitas vezes construídas na parte de trás de edifícios e empilhadas umas sobre as outras; podem ou não ter poucos pátios, espaços ou corredores; podem ou não ter instalações sanitárias e lavanderia compartilhada.

É também conhecida como uma casa para alugar e é referida como tal pelos pobres e desempregados, onde são construídos secretamente quartos de madeira (a construção é proibida pela prefeitura), resultando em quartos ou cubículos desprovidos de móveis e frequentemente se estendendo até o sótão ou teto, o porão, cozinhas, despensas, banheiros e outras áreas.

A Postura de 5 de dezembro de 1873, que impediu a construção de novos cortiços nas regiões das praças D. Pedro II e Onze de Junho e entre a Rua do Riachão e a Rua da Liberdade, foi mais um esforço para frear a expansão dos cortiços no Rio de Janeiro no início do século XIX.

Como uma variedade de doenças perigosas se espalhou através da miséria nos cortiços da cidade, a noção de que estas condições de vida foram as responsáveis por estas epidemias ganhou popularidade.

Consequentemente, o governo argumentou que os cortiços deveriam ser removidos. Médicos e engenheiros sanitários colaboraram para desenvolver o programa de higiene perfeito. A razão para a demolição dos cortiços foi baseada no discurso científico. Para a causa maior da limpeza, os interesses pessoais foram sacrificados. O ato preparou o caminho para a despolitização dos cuidados de saúde.

A racionalização das normas públicas baseadas na ideologia da função social exige a despolitização dos argumentos para a destruição ou erradicação das habitações comuns. "A proximidade dos desprivilegiados com a sede da autoridade estatal tornaria os legisladores vulneráveis" (CORRA, 2012) foi uma razão pela qual a linguagem oficial enfatizava a lógica sanitária, mas também era usada para manter o proletariado longe do centro econômico e do poder político.

Os cortiços foram julgados perigosos e insalubres devido à absorção da pobreza e marginalização, o que equiparava as palavras "classes perigosas" e "classes pobres". (CORRA, 2012) Esta maldade deve ser erradicada a todo custo.

Como os agentes de saúde pública fecharam e multaram cortiços, eles puderam reabrir somente após melhorias sanitárias e uma licença da prefeitura, que foi negada já que os cortiços estavam localizados em uma área onde a construção ou reconstrução deste tipo de habitação era proibida.

Pereira Passos, prefeito do Rio de Janeiro de 1902 a 1906, foi relatado como um agente imobiliário capitalista e especulativo que teve um papel significativo no programa de demolição dos cortiços. Através da consolidação de uma nova visão de planejamento urbano, ele foi capaz de ampliar e abrir muitas ruas no centro da cidade, um projeto conhecido como "bota-abaixo", bem como restaurar a região portuária do Rio de Janeiro, capital do Brasil na época (LIRA, 2015).

A Revolta das Vacinas de 1904 foi o clímax da cruzada de Oswaldo Cruz pela reforma sanitária, que ele relacionou ao seu plano de transformação urbana. Como uma legítima intervenção sanitária, a extensão do poder policial do Estado através das exigências de vacinação abriu as portas para as casas dos indivíduos. Sob o novo conceito mais amplo de divisões público-privadas, houve uma onda de ataques contra comunidades consideradas insalubres sob a definição anterior (MELLO, 2010).

Apesar dos protestos populares, o Estado prosseguiu em suas tentativas de tornar os cortiços do centro da cidade habitáveis, fazendo com que a classe trabalhadora fugisse para as colinas. Mesmo que estivessem a apenas alguns quilômetros do centro da cidade, os moradores ainda poderiam aproveitar suas vantagens e serviços.

Devido à ausência de uma estrutura legal, é razoável acreditar que a lógica para erradicar os cortiços foi a mesma que foi utilizada para promover o crescimento das favelas da cidade.

Os cortiços não foram identificados como um tipo único até muito mais tarde. O Decreto nº 1.187 do Decreto nº 1.187 do Decreto nº 1.187 do Decreto nº 1.187 do Decreto nº 1.187 do Decreto nº 353, de 1845, ordenou a execução do Decreto nº 353, de 1845, para expropriar o morro Santo Antônio, onde foram descobertas "estruturas insalubres" (BRASIL, 1845).

Só na última parte do século XIX é que a população do morro começou a aumentar significativamente. Esta resistência à expulsão das paróquias centrais reforçou a necessidade de medidas imediatas para manter a proximidade com o núcleo primário de mão-de-obra (CORRA, 2012).

Como consequência, houve uma falta de políticas de habitação pública focalizadas para as comunidades desfavorecidas. Ao contrário do que o Estado havia planejado, a auto inclusão no espaço público da cidade foi o resultado de uma falta de escolhas impostas. Quando o Estado se recusou a prover espaços públicos para que todos pudessem

participar das mercadorias urbanas, as favelas surgiram como uma rejeição social a esta conduta, o que ainda hoje é evidente.

As pessoas das favelas foram autorizadas pela primeira vez a subir montanhas, pois não interferiam com os interesses comerciais. Eles se opunham a ela porque ela aproximaria as forças de trabalho da manufatura, construção e uma variedade de setores de serviços (ABREU, 1994).

Mais tarde, houve uma mudança na direção da tolerância. De acordo com o Decreto Nº 762/1900 (CORRA, 2012), o desenvolvimento de moradias comunitárias foi proibido em áreas além dos distritos privilegiados designados no Centro e na área sul, a fim de evitar o crescimento da ocupação informal no Centro, ou seja, distante do Centro da cidade e da região sul.

Assim, é evidente que a discricção local servia aos interesses do mercado e não a qualquer política habitacional destinada a ajudar os pobres. Como exemplo, o governo de Carlos de Sampaio (1920-1922) arrasou o bairro empobrecido do Morro do Castelo, em nome da "aeração e limpeza". Devido a sua proximidade com a Avenida Rio Branco, famosa rua da cidade e local da primeira celebração centenária do Brasil, o valor do bairro aumentou rapidamente.

2.1 DO DIREITO REAL DE LAJE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PELA LEI Nº 13.465/2017

A legislatura promulgou a Medida Provisória nº 759, que foi posteriormente codificada como Lei nº 13.465/2017, em resposta ao reconhecimento pelo Estado da necessidade de encontrar um equilíbrio entre os interesses individuais e sociais no que diz respeito à moradia suficiente concedida ao sujeito. O direito à laje é uma dessas inovações, um tipo de direito legal genuíno recentemente definido.

Com a intenção de resolver questões relacionadas ao domínio territorial - ou seja, que a situação do ocupante de uma área pública ou privada é frequentemente precária por falta de um documento de título - esta lei enfatiza o processo de incorporação de medidas legais, urbanas, ambientais e sociais a fim de incorporar centros urbanos considerados informais no planejamento territorial urbano e conceder direitos de propriedade efetivos aos ocupantes destas áreas.

É geralmente acordado que, no contexto atual, é de a maior importância lidar com certas áreas construídas e destinadas a habitação conhecidas como lajes, que incluem a possibilidade de unidades imobiliárias existentes estabelecidas independentemente e com diferentes propriedades localizadas na mesma área, caso em que o proprietário da

propriedade cede a parte superior ou inferior de sua construção para que um terceiro possa construir no mesmo local. De acordo com Francisco Eduardo Loureiro: "O proprietário adquirente torna-se o proprietário da nova unidade autônoma, que consiste em uma construção erguida sobre a adesão de outra pessoa, sem implicar em uma situação de condomínio tradicional ou de condomínio de construção". Isto porque o legislador quis estabelecer o direito real da laje e não atribuir a seu proprietário a propriedade da fração ideal do terreno, impedindo assim que a regra de construção de condomínios fosse contornada.

Da mesma forma, neste caso, devem ser estabelecidas normas para proteger os interesses do proprietário da laje. O artigo 1 da lei civil estipula esta intenção. 510-A 6o especifica que as lajes seguintes da segunda, terceira, ou quarta geração podem ser estabelecidas por contrato (vale notar que o ascendente tem preferência sobre o descendente).

2.2 DO DIREITO REAL DE LAJE X DIREITO DE SUPERFÍCIE: DOIS DIREITOS, UMA FINALIDADE

Como observado no início deste artigo, o verdadeiro direito de propriedade evoluiu ao longo do tempo, terminando na versão delineada na Lei No. 13.465/2017.

Entretanto, como demonstraremos, o direito real de propriedade não é uma invenção brasileira, mas está presente em vários sistemas de registro em todo o mundo.

O mesmo problema é abordado no artigo 1.526 do Código Civil Português.

Art. 1.526 (Direito de construir sobre edifício alheio) - O direito de construir sobre edifício alheio está sujeito às disposições deste título e às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal; levantado o edifício, são aplicáveis as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condômino das partes referidas no artigo 1421.º

O conteúdo deste artigo nos ajuda a compreender a verdadeira amplitude dos direitos de propriedade dos proprietários de laje (conhecidos como direito de superfície em Portugal e em outros países). Dado que a laje é uma das estruturas mais comuns no Brasil, a ausência deste privilégio por tanto tempo contribuiu muito para o problema crônico de regularização fundiária do país.

Além disso, vários países abordam este problema, como se vê no artigo 9524 do Código Civil italiano, que estabelece:

Art. 1.526 (Direito de construir sobre edifício alheio) - O direito de construir sobre edifício alheio está sujeito às disposições deste título e às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal; levantado o edifício, são aplicáveis as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condômino das partes referidas no artigo 1421.º

Art. 952 (Costituzione del diritto di superficie) - Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri che ne acquista la proprietà (934, 1350, 2643).

Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo.

Esta instituição, que também é conhecida como "direito de superfície" no vernáculo local de acordo com o artigo 952 do Código Civil italiano, difere de seu equivalente no Brasil, que também reconhece o direito de superfície, mas o utiliza de forma diferente da nossa.

Este direito in rem é original no Brasil, mas não internacionalmente, pois já está integrado a outros sistemas jurídicos estrangeiros.

Notavelmente, as normas internacionais citadas acima se referem ao direito real de superfície, embora o Código Civil brasileiro se refira a uma instituição distinta com o mesmo nome, que tem um propósito diferente.

Segundo o artigo 1.510, caput e 1º do Código Civil brasileiro, enquanto o direito de superfície é temporário e não gera propriedade absoluta, o direito real de laje é perpétuo e gera propriedade absoluta (incluindo seu próprio número de registro), sujeito a certas restrições menores com base no regime de condomínio:

[...] Art. 1.510-C. Sem prejuízo, no que couber, das normas aplicáveis aos condomínios edilícios, para fins do direito real de laje, as despesas necessárias à conservação e fruição das partes que sirvam a todo o edifício e ao pagamento de serviços de interesse comum serão partilhadas entre o proprietário da construção-base e o titular da laje, na proporção que venha a ser estipulada em contrato.

§ 1º São partes que servem a todo o edifício: -

- os alicerces, colunas, pilares, paredes-mestras e todas as partes restantes que constituam a estrutura do prédio;

- o telhado ou os terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso exclusivo do titular da laje;
- as instalações gerais de água, esgoto, eletricidade, aquecimento, ar condicionado, gás, comunicações e semelhantes que sirvam a todo o edifício; e
- em geral, as coisas que sejam afetadas ao uso de todo o edifício; [...]

De acordo com certos acadêmicos do direito, o Direito de Superfície já existe no direito brasileiro, tornando supérfluo o direito genuíno da laje. A inserção do Direito de Superfície no Código Civil Brasileiro em 2002 é citada como prova de que dois direitos funcionalmente equivalentes já existem no direito brasileiro.

O honorável Pablo Stolze faz referência a Roberto Paulino de Albuquerque Jr. O direito de superfície se distingue de outros direitos reais pela capacidade de estabelecer um direito com a finalidade de construir ou plantar sem considerar o direito de propriedade sobre o solo.

Especificamente, há área de superfície quando os efeitos da adesão são suspensos sobre uma estrutura ou instalação que ainda não foi construída ou já existe. O implante que seria absorvido pelo solo em consequência da adesão torna-se objeto de um segundo direito real, o direito real de superfície.

Com esta interpretação do que constitui um direito de superfície, medidas particulares para o potencial de seu desenvolvimento em conexão com a construção aérea ou a separação dos níveis superiores existentes seriam supérfluas. A possibilidade de formação de uma superfície sobre construções subsuperficiais também não deve ser mencionada. Os objetos do direito de superfície real consistem no ar e em quaisquer estruturas subterrâneas que estão frequentemente sujeitas aos efeitos da aquisição.

Para enfatizar o potencial do direito de superfície por sobrelevação, bastaria acrescentar uma seção ao quinto capítulo do livro sobre a lei das coisas. Mais dois parágrafos seriam suficientes para proporcionar a opção de um registro separado para propriedade de superfície e a necessidade de alocar uma proporção ideal de terra para a disciplina do direito de superfície.

Então, ao direito real de superfície, há uma opinião aparentemente contraditória, segundo a qual abordar a criação desta instituição seria tão fácil quanto acrescentar um item ao Título V da Lei das Coisas. É verdade que os dois direitos reais servem a propósitos bastante distintos, mas a lei brasileira não exclui sua coexistência.

2.3 IMPACTOS SOCIAIS E ECONÔMICOS DO DIREITO REAL DE LAJE NA SOCIEDADE

Considere o potencial de consequências diretas no ambiente social circundante e na administração estatal, que pode usar este tipo de direito real para promover a tão necessária regularização dos terrenos urbanos no Brasil.

Devido à intensidade da crise de regularização fundiária no Brasil, devemos nos perguntar: que possíveis impactos econômicos e sociais podem resultar do direito real sobre a laje?

George Malmestein, escrevendo no prefácio do livro *Direito Real de Laje do puxadinho à digna moradia* de Cristiano Chaves de Farias, Martha El Debs e Wagner Inácio Dias, afirma que a lei da laje surgiu como resultado de um fenômeno social espontâneo nos centros de várias favelas brasileiras. Nesta variação do "arrancamento", o espaço de moradia é adicionado aos andares superiores ou inferiores de um edifício existente. Tipicamente, a laje é erguida quando há necessidade de criar espaço para uma família em crescimento ou quando o proprietário da propriedade quer produzir mais renda.

Quando a laje é concluída, ela se torna distinta do resto da propriedade e tem uma nova identidade aos olhos da comunidade. O desafio está na dificuldade de dar sentido a esta realidade, utilizando estruturas e instituições legais normais.

Entretanto, uma instituição com raízes na "lei da Pasargada" pode ter ramificações de longo alcance. A definição do estatuto legal da laje tem ramificações significativas para a "lei do asfalto". Dependendo do quadro legal selecionado, o direito tributário, o direito sucessório, o direito possessório, o direito obrigacionista, o direito imobiliário e o direito urbano podem ser influenciados pelas leis da laje. Em outras palavras, os juristas devem abraçar esta nova realidade, independentemente de suas preferências.

Apesar do fato de a laje ser uma instituição bem estabelecida em comportamentos sociais, a regulamentação da laje pela "lei do asfalto" é relativamente recente. Todos os dias, novas leis são promulgadas para explicar os limites desta liberdade, mas muitas questões permanecem sem solução. Neste contexto, os autores foram encarregados de elucidar a lei de laje examinando suas características conceituais, tipológicas, constitutivas e estruturais a fim de estabelecer um novo marco legal para esta instituição.

Simplemente examinando a frase acima, podemos ter uma noção de como o direito real sobre a laje impactaria a sociedade. Múltiplos reinos, incluindo o próprio direito, serão afetados (seja favoravelmente ou mal).

O direito real de propriedade de laje influencia a administração pública, o que tem um efeito direto na arrecadação de impostos do município, bem como as famílias que podem se beneficiar do direito de possuir sua laje.

A incapacidade dos municípios de regularizar a propriedade é uma barreira significativa para uma cobrança eficiente de impostos, e lajes irregulares estão diretamente relacionadas a esta questão. Com o estabelecimento do direito real de laje, a Lei nº 13.465/2017 procura descobrir uma forma mais eficaz e expedita de regularizar inúmeras propriedades urbanas não registradas que não produzem impostos ou mesmo fornecem segurança jurídica a seus proprietários.

O registro, que pode ser uma consequência da própria instituição jurídica concreta, também é essencial, uma vez que dá proteção legal. Quantas famílias de habitação em laje são incertas se a terra que ocupam é sua? Embora o objetivo principal do direito real da laje seja regularizar a periferia urbana, ele também serve ao objetivo de iluminar a vida das pessoas marginalizadas, concedendo-lhes a mesma segurança e proteção legal que as famílias mais ricas da nação.

É possível que o problema brasileiro de regularização fundiária e o problema da falta de moradia para várias famílias, direito estipulado na conclusão do artigo 6 de nossa Constituição Federal, possa ser resolvido instituindo o verdadeiro direito de laje nas linhas de metrô, como é o caso em outros países.

O Cadastro Imobiliário tem como objetivo lucrar monetariamente com o maior número de registros viabilizados por este tipo de estrutura simplificada. Claramente, se os Cartórios de Registro de Imóveis pudessem coletar mais dinheiro, eles poderiam fazer mais transferências, o que seria um benefício para o governo.

Este direito de propriedade real abrange uma região extremamente grande, e os benefícios da promulgação da Lei nº 13.465/2017 sobre o direito de propriedade real de laje não podem ser avaliados corretamente. Laje. Segundo George Malmestein, as repercussões desta instituição vão muito além da "encosta", atingindo o direito de "asfalto", afetando diretamente uma série de agências e impactando a vida de muitos brasileiros que esperam ter seus bens regularizados um dia.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito real da laje é um conceito revolucionário que tem o potencial de influenciar a dinâmica da regularização fundiária no Brasil. O desenvolvimento de um

verdadeiro direito como este pode ter implicações sociais e econômicas de longo alcance, razão pela qual ele é tão crucial em uma nação onde a grande maioria das pessoas não tem residência regularizada em seu próprio nome com proteção legal adequada.

Claramente, a Lei nº 13.465/2017 introduziu diversas técnicas de regularização fundiária, mas qual delas é a mais "brasileirada"? É uma das mais regulares no Brasil ver um "puxadinho" na rua; na verdade, podemos até mesmo não percebê-las até que elas se vão. No entanto, apesar de sua onnipresença, os impactos desta instituição vão além da "colina" e se estendem a uma sociedade mais ampla, beneficiando a todos desde o governo até proprietários de imóveis que têm segurança jurídica para locatários que sabem que poderão renovar seus arrendamentos no mercado imobiliário.

Quando analisamos a história do legítimo direito de privacidade, descobrimos que a instituição já existia em outros países muito antes de considerarmos a possibilidade de incorporá-la à legislação brasileira.

O direito real de laje é um poderoso instrumento novo no contínuo esforço do Brasil para regularizar os títulos de propriedade urbana, cortesia da Lei nº 13.465. Devido a seus paralelos com o direito de superfície real, o desenvolvimento deste direito real tem o potencial de modificar os parâmetros nacionais atuais.

Não há como negar a força que este direito real detém e a infinidade de circunstâncias que sua introdução no sistema jurídico brasileiro pode trazer. Isto pode ser um tremendo triunfo ou um tremendo fracasso.

O que deve ser considerado é como tornar este direito acessível aos mais ricos, de modo que a regularização de terras urbanas no Brasil deixe de ser um sonho de canalização e se torne parte de nossa vida diária, e não se o direito real de laje e o direito real de superfície são ou não comparáveis e poderiam ser fundidos em um só.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. *O direito de laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-02/direito-laje-nao-direito-real-direito-superficie>>. Acesso em: 2022.

BRASIL. *Código civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 2022.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Código Civil Brasileiro, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 2022.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Martins Editora, Brasil.

DE FARIA, Cristiano C.; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner I. *Direito de Laje – Do puxadinho à digna moradia*: 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

DIAS, Laura M. de O.. A função social da propriedade no direito real de laje. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19894> Acesso em: 2022.

DIAS, Wagner Inácio; EL DEBS, Martha; FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito de laje: do puxadinho à digna moradia*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v.4: Direito das Coisas. 22 ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

FARIAS Cristiano Chaves e, ROSENVALD Nelson. *Curso de Direito Civil*. V. V – Reais. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *O puxadinho virou lei*: a Lei n. 13.465/17 e a disciplinado direito real à laje. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/07/14/o-pu-xadinho- virou-lei-lei-n-13-46517-e-disciplina-direito-real-laje/>>. Acesso em: 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves, DEBS, Martha El, DIAS, Wagner Inácio. *Direito de Laje, do Puxadinho à Digna Moradia*. Salvador: JusPodivm, 2018.

FRANCISCONE, Jorge Guilherme. *Seminário de Quitandinha e Q+50: resultado, avaliação e desafios atuais*. Disponível em: <<http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/14.160/4880>>. Acesso em: 2022.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Atualizador Luiz Edson Fachin. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HESPANHA, Antonio Manoel e outros Organizadores: Antonio Carlos Wolkmer e outros. *Pluralismo Jurídico, Os Novos Caminhos da Contemporaneidade*, . Saraiva: São Paulo, 2013.

HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *The Right to Adequate Housing*. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_en.pdf. Acesso em: 2022.

IG. *Juros do rotativo do cartão de crédito voltam a subir e chegam a 490,3% ao ano*. Disponível em: Economia - iG @ <http://economia.ig.com.br/2017-04-26/juros-rotativo- cartao-credito.html> Acesso em: 2022.

ITÁLIA. APPROVAZIONE N° 262, DE 16 DE MARÇO DE 1942. Il Codice Civile Italiano. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 2022

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LIRA, Ricardo Pereira. *Liberdade e Direito à Terra*, Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/43283/41944>. Acesso em: 2022.

LIRA, Ricardo Pereira. O direito de superfície e o novo Código Civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 364, nov-dez 2002.

LOUREIRO, Francisco Eduardo, In: PELUSO, Cezar (Coord.). Código Civil comentado:doutrina e jurisprudência. 10 ed. São Paulo: Manole, 2016; 11. ed. 2017

MACHADO, Márcio Villela. *A moral em Hart*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7145. Acesso em:2022.

MACIEL, Jálisson. *Entrevista: Cálculo de Cepacs sem Mistério*. CDURP - Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro Disponível em: <http://portomaravilha.com.br/noticiasdetalhe/4194>. Acesso em: 2022..

MEDEIROS, Claudia R. de; SILVA, Laura R. E. da. O direito real de laje – Lei13.465/2017. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Thomsom Reuters, 2018.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de Direito Civil*, volume V, Direito Das Coisas. SãoPaulo: Atlas, 2015.

MICHAELIS, *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=4bPB9>> Acesso em: 2022.

MIT, *Massachusetts Institute of Technology*. Cities of the future. Disponível em: <<https://spectrum.mit.edu/wp-content/images/2014-winter/spectrum-2014-winter-web.pdf>> Acesso em: 2022.

MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. *Direito De Superfície No Direito Romano*, orientador Ricardo Pereira Lira, trabalho de conclusão de curso apresentado na disciplina de Propriedade Urbana do Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1º Semestre de 1995. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/mauricio_mota/mm_2.html> Acesso em: 2022.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em: 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 2022.

PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. *O Direito de Superfície, O Direito de Laje e O Reflexo no Direito Urbanístico*. Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico Forenses Menção em Direito Público apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, orientada pela Senhora Doutora Fernanda Paula Oliveira Coimbra, Abril de 2014. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28587/1/O%20DIREITO%20DE%20SUPERFICIE.pdf>> Acesso em: 2022.

PORTUGAL. DECRETO Nº 47344/66, DE 25 DE NOVEMBRO. Código Civil Português. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1501&artigo_id=&nid=775&pagina=16&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: 27 ago. 2018.

ROSENVALD, Nelson. *O direito real de laje como nova manifestação de propriedade*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-laje-como-nova-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-propriedade>>. Acesso em: 2022.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Editora LumenJuris, 2002.

STOLZE, Pablo. *Direito real de laje: primeiras impressões*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4740/3103>>. Acesso em: 2022.

STOLZE, Pablo; VIANA, Salomão. *Direito real de laje: finalmente, a lei!* Disponível em: <<https://salomaoviana.jusbrasil.com.br/artigos/478132365/direito-real-de-laje-finalmente-a-lei>>. Acesso em: 2022.

STOLZE, Pablo. *Direito Real de Laje: Primeiras Impressões*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/417476632/direito-real-de-laje-primeiras-impressoes>> Acesso em: 2022.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das coisas*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 4 v.

TARTUCE, Flávio. *Resumo das alterações da Lei nº 13.465/2017*.

DESARMAMENTO E REGULARIZAÇÃO DE PORTE DE ARMAS DE FOGO

SAMUEL FURINI ALMEIDA:
graduando em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul/SP
– UNIFUNEC

EDUARDO CURY⁵⁹

(orientador)

RESUMO: O problema do aumento das taxas de criminalidade e violência no Brasil precisa de mais atenção das autoridades. O objetivo do trabalho atual é analisar a eficiência do estatuto de desarmamento como sua política de reduzir as taxas de violência e crimes, pois constitui uma política difícil para compra e posse de armas pelos cidadãos prejudicando a proteção integral de vidas, visto que o estado é ineficiente em garantir a segurança pública e patrimonial. Os métodos de pesquisa utilizados foram análises literárias, análises doutrinárias e jurisprudência consultados para construção do presente trabalho, onde após a pesquisa com o uso do método dedutivo foi possível ter a compreensão de que o estatuto do desarmamento não atingiu seu objetivo onde até piorou os índices de incidentes por armar de fogo. O objetivo final é cultivar uma discussão sobre o direito de possuir armas de fogo com base na decisão democrática para a maioria da população brasileira.

Palavras-chave: Arma de fogo, Referendo, Legítima defesa, Violência, Estado.

ABSTRACT: The problem of rising crime and violence rates in Brazil needs more attention from the authorities. The objective of the current work is to analyze the efficiency of the disarmament statute as its policy to reduce the rates of violence and crimes, as it constitutes a difficult policy for the purchase and possession of weapons by citizens, harming the integral protection of lives, since the state is inefficient in ensuring public and property security. The research methods used were literary analyses, doctrinal analyzes and jurisprudence consulted for the construction of the present work, where after the research with the use of the deductive method it was possible to have the understanding that the disarmament statute did not reach its objective where it even worsened the indexes. of firearm incidents. The final objective is to cultivate a discussion about the right to own firearms based on democratic decision for the majority of the Brazilian population.

⁵⁹ Docente do Curso de Direito, Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP – UNIFUNEC

Keywords: Firearm. Referendum. Self-defense. Violence, State.

INTRODUÇÃO

No Brasil existe o Regulamento do Desarmamento (Lei nº 10.826 / 2003), que define as regras para aquisição e o comércio de armas de fogo e suas munições, também define as circunstâncias criminais de aquisição de armas de fogo. O principal objetivo do Estatuto do Desarmamento em teoria seria reduzir o número de crimes envolvendo o uso de armas, onde isso resultaria em menos circulação de armas de fogo e diminuiria os índices de assassinatos reduzindo o nível da criminalidade no Brasil, segundo por várias pesquisas estudos pode se comprovar que não acontece, e restringir com parâmetros de fiscalização muito rígidos para a aquisição e porte de armas isso suprime o direito a legítima defesa da propriedade.

A princípio, precisamos compreender o que se entende por munição, e arma de fogo, assim como a definição de posse, propriedade e porte de arma. De acordo com Soares apud Martins (2014, p. 12), Munição, por sua vez, consiste no “elemento que, agregado à arma de fogo, viabiliza a provocação do disparo”, e arma de fogo consiste em “todo artefato possível de expelir projéteis, por meio de expansão de gases originada de uma detonação”, assim demonstrando como se é o mecanismo e utilização de uma arma de fogo.

1.LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A propriedade é um direito real que prevê no seu domínio a garantia ao proprietário direito de usar e dispor de bens, e o direito de recuperar bens em caso de perda injusta de posse, e constitui o poder legal sob ele. Posse é a detenção de algum dos poderes de propriedade, constitui poder de fato sob o bem. Porte é a translocação do bem, estando esse sob posse pessoal ou indireta e tendo sob ele acesso fácil e rápido. Transporte é translocação na ausência de acesso rápido aos ativos, a fim de transportar armas, deve ser feita sem sua munição e mantida em um contêiner trancado. Porte de trânsito, é o transporte de arma muniçada e de fácil acesso pelo atirador esportivo a caminho de competição, sendo essa uma das classificações do estatuto do desarmamento.

Certos tipos de armas só podem ser usados pelas forças armadas e agências de segurança. Essas armas não podem ser fornecidas ao público, mesmo que atendam aos requisitos para aquisição de posse e porte de armas. São chamadas de armas de uso restrito. Sob a condição de atendimento aos padrões estipulados pela lei, podem ser adquiridas armas de uso permitido.

Para possuir uma arma sem cometer um crime, certos critérios devem ser atendidos, e deixar explícita sua finalidade, e assim ser classificada, como atividade esportiva, caça ou colecionador. A maior limitação são os requisitos do cidadão comum que precisam ser atendidos e a comprovação de residência fixa, idoneidade e trabalho legal além da necessidade de produzir um certificado de ausência de antecedentes criminais, e outros requisitos, alguns desses requisitos que os cidadãos devem cumprir, alguns precisam ser compreendidos e a discricção do país, como idoneidade e necessidade. (NEIVA apud QUINTELA & BARBOSA, 2015, p. 205).

Mesmo preenchendo todos os requisitos legais, para obter uma arma de fogo, o cidadão deve fazer a solicitação de compra em uma loja autorizada e encaminhar a solicitação ao SINARM, órgão da Polícia Federal responsável pelo registro e fiscalização. O art. 2º do Estatuto do Desarmamento estabelece as competências do SINARM, quais sejam:

- I – identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro; II – cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no País;
- II – cadastrar as autorizações de porte de arma de fogo e as renovações expedidas pela Polícia Federal; IV – cadastrar as transferências de propriedade, extravio, furto, roubo e outras ocorrências suscetíveis de alterar os dados cadastrais, inclusive as decorrentes de fechamento de empresas de segurança privada e de transporte de valores;
- V – identificar as modificações que alterem as características ou o funcionamento de arma de fogo; VI – integrar no cadastro os acervos policiais já existentes;
- VII – cadastrar as apreensões de armas de fogo, inclusive as vinculadas a procedimentos policiais e judiciais;
- VIII – cadastrar os armeiros em atividade no País, bem como conceder licença para exercer a atividade; IX – cadastrar mediante registro os produtores, atacadistas, varejistas, exportadores e importadores autorizados de armas de fogo, acessórios e munições; X – cadastrar a identificação do cano da arma, as características das impressões de raiamento e de microestriamento de projétil disparado, conforme marcação e testes obrigatoriamente realizados pelo fabricante; XI – informar às Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal os registros e autorizações de

porte de armas de fogo nos respectivos territórios, bem como manter o cadastro atualizado para consulta. (Lei 10.826/03).

O SINARM administra o cadastro dos proprietários de armas de fogo, bem como o cadastro de armas importadas e produzidas no país, transferências de propriedade, apreensões, extravios e roubo de armas de fogo, também é responsável por registrar o acervo de armas em poder da polícia, e o comércio e fabricação de armas de fogo. Ou seja, é responsável por toda e qualquer atividade relacionada às armas de fogo.

E para poder deixar mais claro segundo o Decreto 3.665/00 se encontra disponível em seu art. 3º, IX, o conceito de arma de fogo:

Art. 3º Para os efeitos deste Regulamento e sua adequada aplicação, são adotadas as seguintes definições: [...] XIII - arma de fogo: arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade

combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil. (Decreto 3665/2000).

Onde outras no de uso de armas de fogo se encontra no artigo 10, e 11.

Art. 10. Arma de fogo de uso permitido é aquela cuja utilização é autorizada a pessoas físicas, bem como a pessoas jurídicas, de acordo com as normas do Comando do Exército e nas condições previstas na Lei no 10.826, de 2003.

Art. 11. Arma de fogo de uso restrito é aquela de uso exclusivo das Forças Armadas, de instituições de segurança pública e de pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Comando do Exército, de acordo com legislação específica. (Lei 10.826/03).

A postagem de envio é de armas para atiradores esportivos assim são facilmente acessíveis no caminho para competições ou prática de tiro esporte, esta é uma classificação do estatuto do desarmamento.

O objeto material do Estatuto classificou as armas em três tipos: uso permitido, uso restrito e uso proibido. "Arma de uso permitido: é a arma cuja utilização é permitida a pessoas físicas em geral, bem como a pessoas jurídicas, de acordo com a legislação." (CAPEZ, 2011, 45p.).

O SINARM é responsável por administra o cadastro dos proprietários de armas de fogo, bem como o cadastro de todas as armas importadas ou produzidas no país, transferências de propriedade em relação a esse assunto, apreensões, extravios e roubo de armas de fogo, também é responsável por registrar o acervo de armas em poder da polícia. Ou seja, é a total responsável por qualquer atividade relacionada às armas de fogo.

Na maior parte dos casos Estatuto do Desarmamento proíbe o porte de arma de fogo, ficando autorizados apenas em alguns casos específicos previstos no próprio estatuto, e também em legislação própria. O porte de arma, concedido pela Polícia Federal, está condicionado ao atendimento de requisitos objetivos e subjetivos dispostos no artigo 10 do estatuto.

O porte de arma, conforme previsto no parágrafo 1º do referido artigo tem eficácia temporária e em área territorial limitada, conforme legislação permitir. Além dos requisitos já apresentados anteriormente, o artigo 11 do Estatuto instituiu a cobrança de taxas relativas referentes aos serviços de registro, renovação de registro, segunda via de registro, porte e renovação de porte e a expedição de segunda via de porte federal de arma de fogo. O Estatuto do Desarmamento, em seu artigo 35, proíbe a comercialização de armas de fogo, também tipifica os crimes relacionados à posse e ao porte de armas de fogo de uso permitido e de uso restrito.

Para se constituir o tipo penal, é necessário que o armamento esteja localizado na residência ou local de trabalho do agente, sendo esse o responsável pelo estabelecimento, não existindo a exigência de que o sujeito seja o proprietário da arma de fogo, pode ser mero possuidor ou detentor.

Segundo o pensamento de Mattos Junior, (2011, p.08) "manter" no tipo penal seria necessário que houvesse habitualidade, assim deve haver um período de tempo mantendo a arma de fogo no local para que ocorra o crime. Não estando o armamento localizado na residência ou local de trabalho, o delito é tipificado como porte ilegal de arma de fogo.

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Lei 10.826/03).

Também é constado crime o disparo de arma de fogo, como descrito no art. 15 do Estatuto do Desarmamento, prevê o disparo de arma de fogo ou o acionamento de sua munição em local habitado ou suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, quando a conduta não tiver como finalidade a prática de outro crime.

É igualmente tipificado como crime o comércio ilegal de armas de fogo apontado no artigo 17 do estatuto, sendo considerada como tal a aquisição, aluguel, recebimento, transporte, condução, ocultação, detenção, monte e desmonte, remonte, adulteração, venda, exposição à venda, ou qualquer outra forma de utilização comercial ou industrial de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização legal ou regulamentar. Essa descrição abrange toda a cadeia de produção e manuseio de armamentos bem como armas de uso restrito e de uso permitido.

Para que haja o comércio ilegal de armas de fogo, a atividade deve ser comercial ou industrial, com a finalidade de obter lucro. O parágrafo único do art. 17 equipara à atividade comercial ou industrial qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, ainda mesmo que seja exercido em residência.

O art. 19 do Estatuto prevê que, na hipótese do tipo, sendo o armamento, o acessório ou a munição de uso restrito ou proibido, a pena será aumentada da metade.

Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição,

sem autorização da autoridade competente: Pena – reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Lei 10.826/03).

Está previsto no art.31 do Estatuto que os armamentos adquiridos regularmente poderão ser entregues à Polícia Federal, a qualquer tempo, mediante recibo e indenização. No caso uma arma de fogo irregular, o seu proprietário ou possuidor poderá entregá-la espontaneamente à Polícia Federal, presumindo-se a sua boa fé, extingue-se a punibilidade de eventual ilícito decorrente da posse irregular do objeto, conforme preceitua o art. 32. O valor a ser dado pela indenização pode variar de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) a R\$450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) dependendo do tipo e calibre da arma.

2.CONTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 mesmo não trazendo expressamente o instituto da legítima defesa nem o uso de armas de fogo, traz em seu artigo 5º os direitos e garantias individuais e que em alguns casos só poderão ser protegidos com o uso de meios que proporcionem uma defesa efetiva por parte do cidadão. O caput do artigo 5º traz direitos invioláveis como o direito à vida, a liberdade, à segurança e à propriedade dentre outros.

O artigo 58 da CF contém os 78 incisos, que inclui direito e Garantias individuais e coletivas. Enfatize a igualdade perante a lei e os cinco princípios:

2.2 Vida • Gratuitamente • Igualdade • Segurança • Propriedade

Comparado com a ideia de possuir armas, veja a proteção básica principalmente a vida, liberdade, segurança e propriedade. Com o crescente nível de incidentes violentos em grandes cidades e até mesmo em áreas rurais, cidadãos comuns, cidadãos de bem, se encontrarão indefesos e vulneráveis diante do perigo. Esta questão política de segurança pública é péssima, quase impossível de proteger sociedade. O direito às próprias armas pode garantir vida, liberdade, e segurança. Proteger seus próprios direitos é fundamental, proteger sua própria vida e sua família.

É dever do Estado garantir a segurança da população por meios de políticas públicas para tal, onde está previsto no artigo 144 da Carta Magna, a Segurança Pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da segurança humana das pessoas e do patrimônio. (BRASIL, 1988).

Entretanto essa obrigação não vem sendo cumprida de maneira eficiente assim deixando a população completamente indefesa de bandidos, retirando-lhe o direito de defesa fere o que os princípios acima elencados.

Ainda, a ineficiência por parte do poder público em garantir a segurança, ferindo a dignidade da pessoa humana.

Restringindo os direitos dos cidadãos de possuírem armas de fogo, também se restringem direitos fundamentais garantidos pela Constituição, pois impede o indivíduo de proteger sua vida e seu patrimônio frente a uma ineficiência do Estado de efetuar essa proteção deixando a população completamente a mercê de bandidos a cada dia mais fortemente armados pois quem pretende cometer um crime consegue armas sem dificuldades e o comete sem receios pois sabe que enfrentará um cidadão desarmado.

Desde que foi vigorado, o Estatuto do Desarmamento vem sofrendo duras críticas a respeito de sua constitucionalidade, por apresentar vícios materiais e formais em sua elaboração que ferem a lei maior, mas também por sua ineficácia no combate a violência pois as pesquisas não comprovam que o número de homicídios e mortes provocadas por armas de fogo no Brasil diminuiu após o desarmamento da população.

3.LEGÍTIMA DEFESA

A autodefesa é o direito inerente da humanidade de resistir a agressões injustas, e em quase todos os sistemas jurídicos do mundo preveem esse direito. Mesmo que a legislação não permita que os indivíduos façam justiça com as próprias mãos, porque o exercício da jurisdição depende do Estado, este mesmo Estado que não pode garantir a segurança individual de todos os cidadãos, porque não pois é impossível estar em todos os lugares ao mesmo tempo. Desta forma, em resposta de defesa do cidadão a agressão injusta, será exercido o direito à legítima defesa.

O artigo 25 do Código Penal Brasileiro conceitua a legítima defesa como um meio de proteger os direitos das pessoas ou de terceiros contra agressões injustas atuais ou iminentes o artigo 23 do mesmo código estipula a legítima defesa como uma exclusão de atos ilegais, portanto, de acordo com o direito penal, o sujeito que se defende ou se defende agressão injusta, utilizando-se de meios necessários e de maneira moderada não comete crime.

O meio moderado para se defender de uma injusta agressão deve ser proporcional a injustiça sofrida, pois, como toda ação gera uma reação, para que seja configurada legítima defesa a reação não pode ser superiores ao ataque sofridos, como por exemplo, reagir a um soco com um tiro. Dessa forma, para que o cidadão comum consiga se defender de um bandido fortemente armado, deve ter em mãos os meios necessários para sua defesa.

4.DADOS DE VIOLÊNCIA

Segundo os dados do atlas da violência 2013, feito pelo IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), em estudos realizados entre os anos de 2000 a 2013, os índices de violência aumentaram na maioria dos estados, apresentando uma ligeira queda em alguns estados e um aumento significativo em outros.

Analisando a evolução das taxas de homicídios no país na última década, é encontrado uma enorme diferença entre as Unidades Federativas, onde pode se observar variações nas taxas de -56,7%, como no caso de São Paulo, até +256,9% no Rio Grande do Norte. Os dados deixam clara a grave situação dos estados do Nordeste e Norte do país, onde se situam as sedes da UFs com as maiores taxas de homicídios por 100 mil habitantes, sendo elas: Sergipe (64,7), Alagoas (54,2), Rio Grande do Norte (53,4), Pará (50,8), Amapá (48,7), Pernambuco (47,3) e Bahia (46,9). (IPEA, 2018, p. 03).

Segundo o Mapa da Violência, (MAPA, 2016, p. 12), os homicídios que foram provocados com armas de fogo cresceram 592,8% de 1980 para 2014, mesmo com o aumento da população nesse período, o crescimento das mortes violentas é alarmante. Os homicídios são responsáveis por 85% de todas as mortes por armas de fogo (como suicídio e mortes acidentais), enquanto as mortes de causa desconhecida são classificadas principalmente como homicídios, elevando esse percentual para quase 95%.

A partir desses dados, pode-se concluir que mesmo com uso restrito para a maioria da população, as armas continuam a fazer vítimas, e o uso intencional de armas de fogo é para acabar com a vida de outras pessoas.

Ao longo dos anos, a taxa dos homicídios não foi estática. De 1980 a 2003, houve um crescimento muito forte e contínuo, com uma taxa média de crescimento anual de 8,1%. Em 2003, o número total de mortes chegou a 36,1 mil, e aí desde então, diminuiu ligeiramente para cerca de 34.000. Depois disso, oscilou entre 26.000 pessoas de 2008 a 2012, e voltou a aumentar acentuadamente, atingindo o nível de 42.300 mortes por ano. (MAP, 2016, página 17).

A redução do crime e da violência não é resultado de restrições ao porte de armas. As medidas de combate à violência devem incluir uma melhor infraestrutura urbana, bem como investimentos governamentais em educação e segurança pública, para que os cidadãos se sintam incluídos na sociedade. Banir a circulação de armas significa que apenas pessoas que cumprem a lei podem desarmar, enquanto os bandidos permanecem armados e que consigam cometer crimes contra pessoas inocentes.

5.COMPARAÇÃO INTERNACIONAL

Uma das formas para se analisar a relação do desarmamento ao nível de criminalidade e da violência é analisando países com diferentes legislações armamentistas um exemplo de países assim é os Estados Unidos e a Inglaterra.

Levando em consideração não apenas as estatísticas de violência entre estes países e suas leis de armas, e sim outros fatores como os baixos índices de violência registrados na Inglaterra não são decorrência sobre leis de armas mais severas, pois já eram menores antes das restrições ao uso de armas, onde houve um aumento considerável após a entrada em vigor dessas leis.

Por outro lado, os índices de violência nos Estados Unidos vêm sofrendo uma redução significativa, mesmo em estados onde o uso e armas de fogo é permitido.

Segundo os indicies de violência os Estados Unidos tão em consideração níveis muito baixos em ralação ao porte de armas de sua população, que é uma das mais armadas do mundo.

Com uma estimativa de 300 milhões de armas nas mãos de sua população, ou seja, uma média de 1 arma por habitante, os Estados Unidos não são o país mais seguro do mundo, mas também estão longe de ser um dos mais violentos. [...] a própria Inglaterra supera os Estados Unidos em quantidade de vários tipos de crime, e as taxas de crimes violentos nos Estados Unidos vêm decrescendo cada vez mais, num movimento inversamente proporcional ao número de armas nas mãos da população. (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p. 62).

Esses dados mostram que a restrição de armas não reduz a criminalidade, muito pelo contrário, com a população tendo acesso a posse de armas, os crimes tendem a diminuir. Outro país a ser analisado por ter uma legislação permissiva quanto ao uso de armas de fogo e em contrapartida tem baixos índices de violência é a República Tcheca.

Mesmo tento a legislação muito flexível quanto ao porte e posse de armas de fogo, a República Tcheca vem reduzindo cada vez mais seus os índices de crimes violentos, sendo considerada pelo Escritório de Diplomática dos Estados Unidos como um dos países mais seguros para turistas americanos, segundo o seu relatório de crime e segurança de 2011. (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p. 60).

Alguns países com o algo índice de homicídios provocados por armas de fogo por se encontrarem em conflito com o governo ou entre facções criminosas ou também em grupos paramilitares. Porém no Brasil não existe nenhum conflito similar que explique

os altos índices de homicídios, o crescimento da violência segundo as pesquisas tem fatores regionais que precisam ser resolvidos com políticas públicas de combate à violência mais eficazes e não desarmar a população, sem oferecer uma segurança pública eficiente, tampouco políticas de prevenção da criminalidade como o acesso à educação de qualidade e a emprego que garantam a dignidade das pessoas.

Diferentemente do que acontece no Brasil, países como os Estados Unidos, Alemanha, Canadá, Suíça, Suécia e demais países que possuem uma maior facilidade na aquisição de porte de armas de fogo apresenta um baixo índice de Criminalidade.

Moraes (2012, p. 01), jornalista da BBC Brasil em Londres, no seu artigo:

Com menos armas, Brasil tem três vezes mais mortes a tiro que os EUA, traz que: Apesar do número bem inferior de armas de fogo em circulação entre a população do que nos Estados Unidos, o Brasil registrou, em 2010, 36 mil vítimas fatais por armas de fogo.

[...] Enquanto nos Estados Unidos a taxa de óbitos por arma de fogo é de 3,2 por 100 mil habitantes, no mesmo ano, em 2012, os brasileiros contavam com 19,3 mortos por 100 mil habitantes.

E conclui dizendo:

Na América do Sul, o Brasil só perde para a Venezuela, com 39 mortes por 100 mil habitantes (2009 – último dado) e para a Colômbia, com 27,1 mortes por 100 mil habitantes (2010).

É indiscutível que as políticas públicas adotadas para combater esses índices são ineficazes, o Brasil continua sendo um dos países mais violentos do mundo apesar de não registrar conflitos armados. A violência no Brasil se tornou rotina em alguns estados, pessoas são assaltadas e sofrem graves ameaças a luz do dia, relacionar a criminalidade e a violência unicamente ao porte e posse de armas é encontrar uma explicação simplista para um problema muito mais complexo que isso, está relacionado muito mais à falta de estrutura tanto social como de segurança.

5. INFLUÊNCIA DA MÍDIA

Os principais argumentos encontrados para o desarmamento da população são os fatos relatados pela imprensa, que levam a população acreditar que as armas de fogo servem somente para causar morte, essas reportagens mostram somente casos em que a reação do cidadão lhe causa um dano, e deixam de relatar os muitos casos em que crimes foram

impedidos por ter havido uma reação da vítima. As reportagens mostram somente casos em que as armas de fogo são utilizadas para a prática de um crime, não mencionam casos em que é necessário o uso de uma arma como forma de defesa.

O objeto da imprensa é sempre buscar a comoção das pessoas através de suas matérias de impacto, para aumentar sua audiência, essas matérias sempre dão conta das vezes em que pessoas são assassinadas em assaltos, crime passional, ou qualquer outro crime, deixam de relatar as ocasiões em que crimes deixaram de ser cometidos porque um cidadão armado acabou impedindo o bandido, casos em que, por estar armado e preparado para o uso da arma o cidadão conseguiu evitar que ocorresse um assalto ou até mesmo um sequestro por exemplo, esse fatos não causam impacto maior que uma morte causada por arma de fogo, por isso deixam de ser relatados, dando a impressão ao cidadão de que as armas são responsáveis apenas pelas mortes e não para a proteção das pessoas.

Essas reportagens , na maioria das vezes, são tendenciosas e enganosas, buscando demonizar o uso de armas de fogo como sendo estas as únicas responsáveis pela violência crescente nas cidades e no interior, porém quando se mostra apenas um lado dos fatos, essa reportagem se torna uma mentira, pois distorce a realidade, onde por muitas vezes crimes são cometido por outros instrumento ou apenas as próprias mãos.

O preconceito com as armas é gerado pelas informações tendenciosas e muitas vezes até com viés político que a mídia transmite de que armas são perigosas e servem apenas para tirar a vida.

A mídia quanto e as organizações não governamentais a favor do desarmamento pregam a mesma mentira, de que desarmando os cidadãos, os crimes praticados por armas de fogo diminuirão, como se para se praticar um crime bastasse estar de posse de uma arma de fogo, porém não velam em consideração que para que os crimes sejam praticados, é necessário a conduta do agente e, na maioria das vezes, os crimes são praticados por criminosos que não entregam suas armas e que cometem o crime muitas usando apenas a força física que nos casos das vítimas mulheres ocorre uma grande vantagem para o criminoso.

6.FATOR HUMANO

Desde o início da história da humanidade, existem relatos sobre os crimes de uma pessoa matar a outra. De acordo com a legislação moderna, esses assassinatos podem ser cometidos deliberadamente, com intenção de matar, ou não intencionais. Para configurar um crime como crime de homicídio é necessário um comportamento humano as armas em si não constituem crime; são frequentemente utilizadas para prevenir o crime.

Não importa o tipo de arma usada para ferir ou até matar uma pessoa, esse crime só pode ser cometido quando alguém usa a arma. Portanto, não são as armas que causam o aumento da criminalidade, pois para cometer um crime o sujeito deve ter inclinação criminosa.

Os criminosos têm maior probabilidade de cometer seus crimes quando não têm resistência das vítimas. As armas não são utilizadas apenas para o crime, mas também para prevenir a ocorrência de crimes porque os órgãos de segurança pública não podem garantir às pessoas uma vida pacífica e sem violência.

As autoridades públicas não podem oferecer à sociedade a proteção necessária para se sentir segura sem usar armas para proteger seus familiares. Portanto, quando os cidadãos são obrigados a entregar suas armas, também os privam do direito de se sentirem mais seguros em um mundo cada vez mais violento. Isso cria uma atmosfera de medo e insegurança em que a sociedade ficará refém de bandidos armados, e eles serão mais violentos e mais ousados a cada dia, sabendo que suas ações não encontrarão resistência mesmo que o uso de armas seja proibido ou restrito, o comportamento criminoso continua porque os criminosos não estão sujeitos a sanções legais.

Alguns autores veem a política de desarmamento como uma forma de controle governamental sobre o povo, pois ao restringir o direito das pessoas comuns ao porte de armas, as oportunidades dessas pessoas de resistir aos planos do governo também são limitadas. Foi o que aconteceu na Alemanha após o fim da Primeira Guerra Mundial: durante a implantação da República de Weimar, para cumprir o Tratado de Versalhes, foi editado um decreto para forçar o desarmamento do povo.

A Lei do Desarmamento da População, que foi promulgada em 07 de agosto de 1920 onde foi aprovada por comissário do Reich (Reischkomisar), onde se definiu o que era entendido como armas militares, portanto, sujeitas à apreensão. Fuzis Mauser com cartuchos de cinco tiros foram equiparados às granadas de mão. Ocorreram inúmeras invasões e buscas policiais, confiscando enormes quantidades de armas das mãos dos civis. (HALBROOK, 2017, p. 27).

A lei de armas foi implementada originalmente para controlar a população, não apenas para reduzir a violência, mas esta medida é ineficaz porque apenas restringe os cidadãos que cumprem a lei, e os insurgentes que insistem em quebrar a lei não se preocupam em descumpri-la.

Os fatos provaram que essas leis são completamente ineficazes no combate à escalada da violência. Os extremistas continuaram a se armar ilegalmente, e o conflito entre os nazistas e o Partido Comunista levou ao verdadeiro caos e forçou uma revisão das leis sobre armas.

O que é notável sobre as políticas de desarmamento (como o regime nazista) é que o objetivo não é reduzir a violência ou combater o crime, mas controlar melhor as pessoas desarmadas que são incapazes de responder ao governo e permanecem obedientes. A política de desarmamento também é um pré-requisito para a perseguição de certos grupos de pessoas.

Segundo o pensamento de Quintela e Barbosa, (2015, p. 14), “filosoficamente considerada, a meia verdade não passa de inteira mentira, mas habilmente esgrimida por quem a urde, pode passar por verdade íntegra.”.

Não se pode negar a lesividade das armas de fogo para se ocorrer crimes contra a vida, porém é necessário assinalar também a eficiência do uso de armas para a defesa, tanto para patrimônios como para a vida humana. Um criminoso que planeja executar um assalto vai preferir muito mais enfrentar um cidadão desarmado do que um que possa reagir ao seu ataque com uma arma letal. Porém, o que pode se perceber nas pesquisas retratam a violência é que as armas servem somente para praticar crimes.

Os meios de comunicação e as organizações não governamentais que apoiam o desarmamento propagam as mesmas mentiras, ou seja, desarmar os cidadãos dificilmente irá reduzir as taxas de crimes, como se possuir uma arma de fogo bastasse para cometer um crime, mas não levam em consideração a necessidade da conduta do agente, e na maioria dos casos, os crimes são cometidos por criminosos que não entregam suas armas.

Quando as pessoas estão desarmadas, ficam vulneráveis aos bandidos armados porque esses não cumprem a lei e sabem que não encontrarão resistência, por isso são mais capazes de cometer os seus crimes. Muitas pessoas foram até presas, mas posteriormente liberadas porque o sistema judicial também está desatualizado, tornando a impunidade um fator agravante nos índices de criminalidade, principalmente em crimes como roubo e furto.

7.REFERENDO POPULAR

O referendo popular foi realizado no dia 23 de outubro de 2005, havendo uma votação popular para se manifestar a respeito da proibição do comércio de armas no Brasil, como previsto no artigo 35 do Estatuto do desarmamento, dispõe que para que entrasse em vigor a proibição total de armas e sua comercialização, dependeria de aprovação da população mediante referendo, o resultado, da maioria de 63,94% dos votos válidos, se manifestou contrária a proibição, enquanto 36,06% a favor (TSE, 2018). O resultado mostrou que os

brasileiros, em sua maioria não concordam com a proibição prevista pelo estatuto.

Contrariamente àqueles que, sem pensar, sustentam que o resultado do

referendo teria sido inócuo, diante das incontáveis dificuldades e pressupostos previamente impostos pela lei para a aquisição de arma e munição, há de ser lembrada a importância e grandiosidade do ato de exercício da soberania popular. Segundo sustento, o resultado do referendo apresenta duas consequências importantíssimas, uma explícita ou expressa e outra implícita ou tácita, a saber: a) negação de vigência ao art. 35 do Estatuto do Desarmamento (consequência explícita ou expressa); b) revogação de todos os dispositivos legais que sejam incompatíveis com o resultado do referendo, isto é, daqueles que impossibilitem ou dificultem sobremaneira a aquisição e posse de arma e munição pelos cidadãos (consequência implícita ou tácita). (ALVARENGA, 2005, p. 01).

Mesmo com o referendo ter se manifestado com a maioria da população brasileira no sentido de não proibir a venda de armas e nem sua comercialização, exercendo o poder da soberania popular, o estatuto do desarmamento continua em vigor com inúmeras dificuldades para a aquisição de armas de fogo pela população.

8.CONCLUSÃO

Diante dos expostos, acredita-se que o movimento do desarmamento não tenha cumprido a sua proposta, os números atuais e os dados confirmam esta informação, pois o número de homicídios continua subindo, assim como o número de incidentes com armas de fogo. A explicação para esta situação é simples, restrinja o porte de armas e desarme apenas pessoas que descumprem a lei, e não as pessoas de bem realmente não deveriam estar indefesos.

O fato de o comércio ilegal de armas esta ativo também contribui para o aumento dessas proporções, o que se torna um círculo vicioso porque compra e venda de armas ilegais torna mais fácil para os criminosos deixando o cidadão de bem à mercê dos criminosos, porque não tem nada para se defender, privar esses cidadãos de seu direito inerente, ou seja, o direito à defesa.

Acontece que este é necessário sensibilizar as pessoas para os temas-chave em caso ele queria reduzir o crime, mas não houve tal resultado. Onde isso torna o Estatuto

do Desarmamento uma falha óbvia. Respeitar uma lei que trará maior segurança aos cenários de confronto do Brasil não há uma explicação coerente para o número de homicídios existentes.

Comparando países com regulamentações rígidas sobre o porte de armas com países com legislação mais flexível, pode-se perceber que a violência não está diretamente relacionada à liberação restrição ao porte de armas, pois em países com leis mais rígidas, a violência continua ou ocorre desse índice aumentar. Nos países liberais, a incidência de violência é baixa ou está diminuindo, então pode-se dizer que restringir o uso de armas para reduzir a violência torna-se ineficaz, porque desarmar as pessoas também é ineficaz. Os bandidos armados que retiraram a proteção efetiva de seus direitos se sentem mais seguros para cometer crimes porque sabem que o povo não tem armas e, portanto, não pode resistir.

Também ficou demonstrado que as armas não servem apenas para matar, servem para garantir a defesa pessoal de cada um, já que a segurança pública não consegue garantir a

segurança de todos, pois não consegue estar em todos os lugares ao mesmo tempo.

Considerando uma abrangência, e flexibilização maior para a posse e porte de armas, muitas armas deixariam de ser irregulares, e tendo um maior controle de quantas pessoas estão realmente armadas e que essas pessoas estariam aptas há terem acesso a essas armas.

Para garantir uma maior eficácia e deixar a população mais segura a essas mudanças poderiam ser adotadas penas mais rigorosas para crimes usados tanto armas de fogo legalizadas, e penas ainda maiores para armas ilegais, assim fazendo somente pessoas aptas a terem armas de fogo e inibindo cada vez mais os bandidos a terem alguma arma de fogo, assim tornando a população mais segura e com menos crimes violentos.

Além da população também precisar de defesa contra o seu próprio Estado, como dizia Lenin, "Uma pessoa armada pode controlar 100 desarmadas", assim o Estado podendo fazer uso de seu exército como força de manobra para governar com punhos de ferro, atropelando e esmagando qualquer um que tenha ideias contrárias aos seus regimes, como um exemplo a Coreia do Norte, sem chance de resistência e mesmo que se houvesse resistência não haveria chance de defesa. É isso que a história nos prova, mostrando que onde houve qualquer Estado totalitário o país sofreu uma forte repressão armamentista.

Assim podendo se concluir que e o lei sobre o controle das armar não quer dizer somente as armar, e sim o controle, e para a solução do problema da violência não basta apenas proibir as armas e sim ajustar a legislação para que possa haver um controle e compreensão das pessoas referente as essas armas, reeducando sua população, assim deixando as pessoas que se sentir ameaçadas ou com intuito de assegurar a segurança de si e sua família e sua liberdade de direito e de propriedade.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Dílio Procópio Drumond de. **Resultado do Referendo: Inteligência.**

Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em 17/07/2021.

BARBOSA, Bene. **Armas: defensores da venda de armas acusam governo de invadir liberdades individuais** - Bloco 4. Câmara Notícias, Brasília, 20 abr. 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em: 29/07/2021.

BRASIL. **Decreto 3665/200.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 11/07/2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. V.1.** Parte geral. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 18 de setembro de 2018.

FURTADO, Daniel Romero. **Armas de fogo: a legislação vigente e sua aplicabilidade na prática.** Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em 14/07/2021.

_____. **Lei 10826/2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15/07/2021.

Projeto de Lei n. 3.722, de 19 de abril de 2012. **Disciplina as normas sobre aquisição, posse, porte e circulação de armas de fogo e munições, cominando penalidades e dando providências correlatas.**

Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 20/06/2021.

QUINTELA, Flávio e BARBOSA, Bene. **Mentiram pra Mim Sobre O Desarmamento.** 1 ed. São Paulo: Vide editorial, 2015.

<https://www.unifacvest.edu.br/assets/uploads/files/arquivos/916c9-brasil,-marcos-w.-o-direito-constitucional-a-posse-de-arma-de-fogo-e-a-defesa-do-cidadao.-unifacvest,-2018..pdf>

SANTOS, C. V. L. O Fracasso do Estatuto do Desarmamento. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito - UNIT. Aracaju, 2015. Disponível em:
<http://openrit.grupotiradentes.com.br> Acesso em: 06 /05/ 2021.

TOSCHI, Aline Seabra. Da Inconstitucionalidade do Estatuto do Desarmamento pela omissão do estado em garantir a segurança pública e pela ausência de regulamentação do comércio de armas no Brasil. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: 14/08/2021.

A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

RENAN ARAUJO BARROS:
Advogado. Bacharel em Direito
pelo Centro Universitário
Internacional Signorelli -
UNISIGNORELLI.

Resumo: O presente artigo tem como ponto central a discussão em torno da possibilidade de execução da pena privativa de liberdade, denominada como "prisão pena", antes do trânsito em julgado, focando-se majoritariamente em sua execução após sentença condenatória proferida em grau de segunda instância, respeitando-se o duplo grau de jurisdição. Para o delineamento dos argumentos expostos na reflexão que se propõe no trabalho a seguir, será necessária a contraposição do tema central discutido diante do princípio da presunção de inocência, indispensável para o devido processo legal dentro da teoria garantista, e dos recursos concomitantes, bem como a revisitação dos principais entendimentos compreendidos e utilizados após a Constituição de 1988 e os julgados pretéritos e recentes da Suprema Corte Brasileira, objetivando, desta forma, compor uma linha do tempo que demonstre a evolução do raciocínio jurídico à luz das normativas vigentes até a contemporaneidade, incluindo, para fins de debate, Propostas de Emenda à Constituição (PEC) e Projeto de Lei com o intuito de modificar-se a legislação.

Palavras-chave: prisão pena. sentença. princípio da presunção de inocência. suprema corte brasileira. constituição.

Abstract: The following article has as its central point the discussion on the possibility of executing a lawful sentence that deprives of liberty, commonly called "prison penalty", before the sentence becomes definitive with the depletion of all appeals, focusing mainly on its execution after a conviction uttered at the second instance level, respecting the double degree of jurisdiction. In order to outline the arguments exposed in the reflection proposed in the article below, it will be necessary to counterpose the central theme discussed in the light of the principle of presumption of innocence, essential for due legal process within the garantist theory, and concomitant appeals, as well as revisiting the main understandings comprehended applied after the Constitution of 1988 and the past and recent judgments of the Brazilian Supreme Court, aiming, in this way, to compose a timeline that demonstrates the evolution of the legal reasoning in the light of current regulations, including, for debate purposes, Proposals for Amendment to the Constitution and Bill of Law with the goal of modifying the legislation.

Keywords: prison penalty. sentence. principle of presumption of innocence. brazilian supreme court. constitution.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. O Princípio da Presunção de Inocência. 2.1.1. Aspecto histórico. 2.1.2 Evolução constitucional e entendimento atual. 2.2. A Pena Privativa de Liberdade. 2.3 A Constitucionalidade. 2.3.1. Entendimentos pretéritos. 2.3.2 Repercussão e efeitos após o HC 126.292. 2.3.3. Caso Lula. 2.3.4. O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 e o entendimento atual. 2.3.5. Mudanças na lei constitucional e infraconstitucional. 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Primordialmente, é importante estabelecer que na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, Inciso LVII, erigiu-se a norma garantidora na qual foi redigida a necessidade do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para considerar um réu culpado e, conseqüentemente, executar a pena privativa de liberdade.

Neste passo, de forma concomitante, foi garantido por meio do princípio da presunção de inocência, positivado no artigo supracitado, o direito à ampla defesa e o contraditório, dentro do devido processo legal.

Não obstante, antes de prosseguir, é importante esclarecer o que se entende por trânsito em julgado, cujo conceito está previsto no parágrafo 3º, artigo 6º do Decreto Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. Na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pode ser observado o que segue:

“Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)”

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957).”

De forma didática, trânsito em julgado pode ser resumido pelo momento processual no qual, após proferida uma sentença, não existe mais a possibilidade de se interpor recursos.

O ordenamento jurídico-penal brasileiro, já há muitos anos tem convivido com os debates midiáticos a respeito da constitucionalidade da possibilidade do cumprimento efetivo da pena privativa de liberdade, comumente denominada como “prisão pena”, antes do trânsito em julgado, mais precisamente, logo após o proferimento de sentença condenatória em segunda instância, tendo o colegiado de Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) apresentado interpretações diferentes do texto legal em algumas ocasiões.

Todavia, o período compreendido entre outubro do ano de 1988, data na qual a Constituição foi promulgada, até o ano de 2009, o egrégio STF ainda não havia sido provocado a manifestar-se sobre a norma do artigo 5º, Inciso LVII da CF, tendo por praticamente duas décadas ficado a cargo do juiz titular de cada caso concreto a responsabilidade de determinar o início do cumprimento da pena privativa de liberdade após proferida a sentença condenatória.

Com efeito, no ano de 2009, após ser provocado a decidir por um julgamento de *Habeas Corpus*, o STF passou a adotar a interpretação de que o réu só poderia ser encarcerado após o trânsito em julgado, ou seja, depois do esgotamento de recursos a todas as instâncias superiores. Não obstante, após contínuos debates, no ano de 2016 o STF mudou seu entendimento para que um réu condenado em segunda instância já pudesse começar a cumprir a pena privativa de liberdade, podendo ser conduzido ao cárcere mesmo enquanto interpõe recursos as demais instâncias, conseqüentemente, antes do trânsito em julgado.

Por fim, no ano de 2019, por 6 votos a 5, o Supremo Tribunal Federal decidiu derrubar decisão anterior que dava a possibilidade da prisão em segunda instância, alterando novamente seu entendimento, este que havia sido adotado em 2016. Esta discussão continua até a data deste artigo científico, tendo o tema da discussão deixado de ser exclusividade da esfera jurídica e se encaminhado também ao meio legislativo, com deputados a favor e contra a prisão antes do trânsito em julgado.

Assim, ainda em 2019, foram apresentadas por deputados favoráveis ao tema Propostas de Emenda à Constituição, como a PEC 199/19 por exemplo, para modificar a própria Constituição Federal. Em contrapartida, outros deputados, estes contrários a PEC e que defendem o atual entendimento dos Ministros a respeito do texto constitucional, utilizam o argumento da defesa do princípio de presunção de inocência de todos os cidadãos e a manutenção de recursos especiais e extraordinários que permitam a correção de eventuais erros nos processos de julgamento, bem como o direito a ampla defesa e ao contraditório, cujo o qual sem o princípio supracitado não existiriam.

Diante de tal conjuntura, faz-se necessário esmiuçar as mudanças de interpretações a respeito da constitucionalidade do tema e os pontos nelas defendidos, com o intuito de compreender melhor o estado em que se encontra a atual jurisprudência.

Após promulgada Constituição Federal de 1988, foi positivado o princípio da presunção de inocência, o qual preconiza que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado, todavia, a lei deixou margem a interpretação sobre o trânsito em julgado, tendo o Supremo Tribunal Federal já mudado o entendimento a respeito do tema por três vezes, permitindo a execução da prisão pena antes do trânsito em julgado, mais precisamente após a condenação em segunda instância.

Posteriormente, alguns anos depois, o STF voltou atrás em seu entendimento. Todas essas mudanças de interpretações têm gerado certo caos no âmbito jurídico penal brasileiro, em especial após a última mudança que ocorreu em 2019 com o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, no qual retornou-se o entendimento da inconstitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.

No mesmo ano, foram realizadas as Propostas de Emenda Constitucional bem como projeto de Lei por deputados favoráveis ao tema com o intuito de conseguir mudar no próprio texto legal da Carta Magna o entendimento, de modo a permitir a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, trazendo ainda mais controvérsias, e com isso, cabem-se os seguintes questionamentos: quais foram as consequências dessas mudanças constantes de entendimentos a respeito do tema para sociedade, bem como de que forma o tema ainda afeta o sistema jurídico-penal brasileiro?

A análise científica do competente trabalho tem como objetivo geral promover uma abordagem jurídica voltada para a necessidade de compreender melhor o estado em que se encontra a jurisprudência da discussão a respeito da constitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado em contraste com o princípio da presunção de inocência que garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Desta forma, faz-se necessário colocar em pauta de forma destacada as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas quais alteraram o entendimento a respeito do tema algumas vezes, e que geraram efeitos que repercutiram no sistema jurídico-penal brasileiro.

Para tanto, o primeiro capítulo, sob o rótulo: O Princípio da Presunção de Inocência, inicia a pesquisa traçando comentários gerais sobre o aludido princípio, enfocando, em preliminar, seu conceito, na sequência, seu aspecto histórico, e no encerramento do presente capítulo, o preceito é compulsado com mais vagar, mediante o exame de sua abrangência nos dias atuais, como ocorreu uma evolução a forma em que se enxerga o princípio e o Direito propriamente dito a sua volta.

Na sequência, no segundo capítulo, sobre a Pena Privativa de Liberdade: abordagem sobre aspectos que caracterizam uma pena e as espécies de prisão no Brasil, comentando-se a Lei de Execuções Penais como forma reguladora do sistema, em seguida, análise das formas de regime e as formas em que se ocorrem a progressão e regressão de uma pena, finalizando-se o capítulo demonstrando a transformação da pena privativa de liberdade no Direito, que passa de acessório a punição para a forma final de punir, buscando, além disso, reintegrar o preso a sociedade.

A seguir, no capítulo final, sob a rubrica: A Constitucionalidade, pulamos da base necessária para análise do tema que foram criadas nos capítulos anteriores para a debate do tema propriamente dito, iniciando com o contraste entre as forças no quais versam sobre o tema, o Direito Constitucional e o Direito Penal, seguindo-se para discussão dos entendimentos pretéritos ao ano de 2019 pela Suprema Corte Brasileira a respeito do tema, analisando os casos de destaque e os *Habeas Corpus* julgados, mais precisamente esmiuçando-se o HC 126.292 e suas consequências para o sistema jurídico penal brasileiro, na sequência análise do caso do ex-presidente Lula e a repercussão de seu caso no meio jurídico, após isso, é adentrado o julgamento das ADCs 43, 44 e 54 que definiram o entendimento atual da Corte sobre o tema, estando em voga até a presente data de elaboração deste artigo científico, e, por fim, será analisada a possibilidade de um Projeto de Emenda Constitucional realizado por Deputados que buscam modificar a letra da Constituição de modo a modificar a novamente o entendimento do tema.

A presente pesquisa justifica-se em razão do ansioso desejo da sociedade em ver os réus que foram condenados à prisão em sentença penal condenatória de segunda instância terem a execução de suas penas privativas de liberdade iniciadas antes do trânsito em julgado, com o fim de buscar uma dita melhoria no sistema penal brasileiro.

A esse respeito, é também criticado o sistema recursal, pois, proporciona um julgamento longo e extenso, e que, é utilizado como artifício para retardar o início do cumprimento da pena, levando o processo até a última instância possível, esta sendo o STF, visando o esgotamento máximo dos recursos, e, conseqüentemente, retardando o trânsito em julgado.

Assim, diante desse contexto, o tema é debatido amplamente pelos maiores juristas do país, existindo ainda muita controvérsia e conflito a respeito de sua constitucionalidade, colocando-se em destaque o princípio da presunção de inocência, positivado na Constituição, que, para muitos operadores e doutrinadores do Direito, a execução provisória da pena privativa da liberdade feriria gravemente este princípio.

De outra sorte, a pesquisa também se afigura importante porque a constitucionalidade do tema atinge diretamente a segurança jurídica dos condenados, e, de certa forma, o cidadão comum no sistema penal, portanto, mister esclarecer se o tema poderia gerar efeitos negativos de repercussão geral e negativos ao sistema carcerário do país.

Para o enfrentamento da questão suscitada, a metodologia empregada na atual pesquisa se vale, essencialmente, do método bibliográfico, procedendo-se à investigação científica através de doutrinas, legislações, jurisprudência e demais fontes escritas. Assim também o histórico-evolutivo, mediante a investigação minuciosa das mudanças de entendimento ocorridas a respeito da possibilidade da execução da pena privativa de

liberdade antes do trânsito em julgado desde o período do firmamento do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, inaugurado por força de princípio constitucional, especificamente uma cláusula pétrea, e bem como pelo exegético-jurídico, para a análise hermenêutica das proposições constitucionais e infraconstitucionais a respeito da temática sugerida.

2. Desenvolvimento

2.1 O Princípio da Presunção de Inocência

É imperativo iniciar o presente trabalho por aquele que talvez seja o aspecto mais importante do tema que se apresentará nas próximas linhas, sendo este aspecto o princípio da presunção de inocência, conhecido também como estado de inocência, ou presunção da não culpabilidade, consagrado por diversos diplomas internacionais.

Este princípio constitucional é um instrumento legal que pode ser considerado o grande cerne da questão, pois é a partir dele que se iniciam as discussões a respeito da constitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.

O princípio da presunção de inocência se encontra positivado na forma de cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, no Art. 5º, LVII, a seguir:

“Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (EC nº 45/2004)

LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

É um princípio de cunho garantista, o qual visa a segurança jurídica ao réu *sub judice* de ter pleno direito a todos os meios recursais do devido processo legal.

Desta forma, por se tratar de uma norma definidora do direito e uma garantia fundamental, sua aplicação é imediata, conforme leciona Alexandre de Moraes (2009, p.118). O digníssimo Ministro, é um dos ferrenhos defensores do princípio em comento, considerando-o um princípio basilar do Estado de Direito.

Contudo, nota-se a necessidade de destacar que existe uma interpretação jurídica do texto Constitucional, na qual, de forma implícita, o mesmo não declararia a inocência do acusado, mas sim, demonstra o fato de ele não ser obrigatoriamente culpado pela

prática do ato que lhe é imputado.

Por se tratar de um princípio constitucional, é um instrumento que busca salvaguardar os direitos do réu dentro do ordenamento jurídico, sendo seu principal objetivo a proteção da dignidade da pessoa humana, e este princípio alcança este objetivo na forma em que limita o poder punitivo Estatal.

Destarte, fica clara a importância que circunda este princípio constitucional nos dias atuais, e a sua relevância imprescindível ao ordenamento processual penal em que se discutem formas de prevenção no âmbito social e a repressão punitivista à criminalidade.

2.1.1 Aspecto histórico

O princípio da presunção de inocência tem um passado já bem basificado, nos tempos do iluminismo francês, datando de 26 de agosto de 1789, período da Assembleia Constituinte da França revolucionária, que culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen*), que em seu artigo 9º estabelece que:

“Art. 9.º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

Edilson Mougenot Bonfim (2006, p.44), leciona que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de uma França inspirada nas razões iluministas de intelectuais como Voltaire e Rousseau, posteriormente serviu e foi reafirmada no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres (*American Declaration of the Rights and Duties of Man*), em 22 de maio de 1948 que diz:

“Artigo XXVI. Parte-se do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade. Direito a processo regular.”

Neste sentido, o grande processualista Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p.62) afirma em sua obra que, posteriormente, a mesma proclamação realizada pelos franceses 200 anos antes foi repetida em Paris, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (*The Universal Declaration of Human Rights*), em 10 de dezembro do ano de 1948, na Assembleia das Nações Unidas, preconizando em seu artigo 11º o seguinte:

“1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso."

Portanto, não obstante esse princípio só tenha sido positivado no ordenamento jurídico interno *ex vi* da Carta Magna de 05 de outubro de 1988, sua elaboração é antiquíssima e é estabelecida *in solido* no contexto histórico de vários países por meio de tratados e declarações diplomáticas, sendo considerado um direito fundamental e de aplicação imediata.

2.1.2 Evolução Constitucional e entendimento atual

O Direito é plenamente mutável e evolui com o aumentar das necessidades da sociedade contemporânea. Em razão disto, a Constituição Federal de 1988 foi redigida a modo de tentar atender todas essas necessidades, buscando um salto evolutivo minucioso, razão pela qual acabou se tornando um texto extenso.

Porém, abrangeu com sucesso diversos princípios fundamentais inerentes ao homem, e que, conseqüentemente se tornaram princípios constitucionais positivados na Carta Magna, tais como o princípio da presunção de inocência.

Bonfim (2006, p.44-45) sustenta que o termo "presunção de inocência" é utilizado de maneira vulgar, visto que a palavra presunção, em seu sentido técnico, leva a uma dedução lógica, no qual se liga um fato provado ou um indício a outro.

Na realidade, o que se teria é a consagração da não-culpabilidade, porque a Constituição Federal não afirma presumir a inocência, mas sim uma garantia de um "estado de inocência" ou de "não-culpabilidade", o que seria o equivalente a dizer que ninguém será considerado culpado até que transite em julgada sentença penal condenatória.

Nesta mesma linha de raciocínio, Batisti (2009, p.15), afirma que a Constituição Federal coloca em precedência os princípios fundamentais da república e os direitos e deveres individuais e coletivos, tendo pela primeira vez aparecido nas constituições a presunção de inocência.

Ainda que não se mencione a expressão tradicional "presunção de inocência", considera-se ter sido adotada uma espécie de linguagem inversa, ou malabarismo jurídico para alguns, sendo: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Afirma ainda que apesar de resistências ao enunciado legal, que foi adotado desde

cedo como um princípio constitucional, habitualmente não se encontram dentro do Direito indivíduos que se manifestem de qualquer maneira opositiva ao enunciado. Todavia, isto não ocorre quando se trata da população comum, que se encontra alheia a este mundo, e, de forma assustada, observa a crescente violência e aumento da criminalidade na sociedade. Assim, a própria população comum associa o princípio da presunção de inocência à criminalidade, que de forma simultânea, estaria juntamente com outros princípios constitucionais impedindo a repressão ao crime.

2.2 Capítulo 2 A Pena Privativa de Liberdade

Antes de se prosseguir ao cerne da discussão, é importante definir o que é a pena privativa de liberdade, prevista no artigo 32 do Código Penal, em que são definidas as espécies de pena, elencando a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos, que poderá ser imposta alternativamente a pena privativa de liberdade caso os requisitos sejam preenchidos, e a multa, em seus incisos I, II e III, respectivamente.

No ordenamento penal brasileiro, são previstos seis tipos de prisão, dentre elas a temporária, a prisão simples para contravenções penais, a preventiva que também pode ser preventiva para fins de extradição, a prisão em flagrante, a prisão para execução de pena e a prisão civil do não pagador de pensão alimentícia.

Neste passo, para o jurista Fernando Capez (2012, p. 357) as penas podem ser vulgarmente divididas em duas modalidades, penal e processual, descrevendo-as da seguinte forma:

“Prisão-pena ou prisão penal, sendo aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade.

Por outro lado, a Prisão sem pena ou prisão processual trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da futura execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos.”

Para fins do tema tratado neste trabalho de pesquisa, atentar-se-á apenas à prisão para execução da pena. Esta modalidade de prisão é regulamentada pela Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, que possibilita o sistema de progressão do regime de cumprimento de pena e trata dos direitos e deveres dos presos e das faltas disciplinares. No primeiro artigo da lei é informado seu objetivo, vejamos:

“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.”

A pena privativa de liberdade poderá ser das seguintes espécies, reclusão para crimes graves, detenção para crimes menos graves e prisão simples para contravenções penais, e, uma vez imposta, fica a cargo do juiz definir o regime inicial da pena, podendo ser o regime fechado, semiaberto ou aberto.

O juiz se terá como critério principal o quantitativo de pena aplicada ao condenado, conforme estabelece o artigo 110 da Lei nº 7210/1984, que diz:

“Art. 110. O Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal.”

Concomitantemente com o que é estabelecido no artigo 33, § 1º do Código Penal:

“Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.”

Para fins didáticos, o regime aberto consiste na hipótese em que o apenado teria liberdade durante ao dia, e durante a noite e aos feriados ser recolhido a uma casa de albergado ou recolhido a um local específico. O regime semiaberto é a possibilidade de o apenado ser transferido durante o dia do presídio para alguma colônia penal agrícola ou industrial e a noite retornar para penitenciária.

Destaca-se que nos últimos anos tem-se visto, nos regimes aberto e semiaberto, a substituição de casas de albergado e colônias penais para as prisões domiciliares com a

supervisão de tornozeleiras eletrônicas, visto que não existem tais locais em quantidade no Brasil e conseqüentemente o número de vagas é insuficiente.

Portanto, conforme Súmula Vinculante 56 do STF, a prisão domiciliar é concedida para que o condenado não seja prejudicado com um regime prisional mais danoso devido à falta de estabelecimento adequado.

O regime fechado, mais notadamente conhecido pelo cidadão comum como prisão propriamente dita, se trata da permanência do apenado na penitenciária por tempo integral, tendo a possibilidade de poder trabalhar internamente durante o dia e dormir à noite.

Importante frisar que é possível a progressão do regime de um preso do regime fechado para o semiaberto, pois, as penas privativas de liberdade são executadas de forma progressiva.

Para alcançarmos tal possibilidade são necessários os preenchimentos dos denominados "requisito objetivo" e "requisito subjetivo", o requisito objetivo é claro, este é definido apenas se baseando no cálculo da pena, se o período da pena é condizente de forma a contemplar o condenado ao preenchimento do requisito.

Todavia, quando nos referimos ao requisito subjetivo, este já é de mais incerta definição, pois, é necessária uma análise pessoal referente ao próprio apenado, observando o seu bom comportamento emitido pelo Diretor Prisional da penitenciária em que se encontra o preso.

A progressão de regime é regulada pelo artigo 32 do Código Penal, vejamos:

"§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto."

Não obstante, da mesma forma em que é possível a progressão do regime, é possível a regressão, o artigo 118 da Lei de Execuções Penais supracitada regula tais hipóteses de regressão, sendo as seguintes:

“Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.”

Assim como no caso da progressão de regime, existem requisitos a serem preenchidos quando se trata da regressão, tendo o condenado o direito aos princípios constitucionais da ampla defesa e ao contraditório, princípios estes que existem com o fim de preservar a dignidade do condenado e ao direito a um justo cumprimento de um tipo de pena que priva a liberdade.

Portanto, neste passo, o criminalista Luís Francisco Carvalho Filho (2002, p.20), é categórico ao afirmar que o cárcere proporcionado pela pena privativa de liberdade sempre existiu, porém, antes se tratava de um instrumento jurídico-penal estatal totalmente punitivista, com a função de reter criminosos e prisioneiros de guerra para o julgamento final, sendo os locais de cárcere, como as masmorras, por exemplo, ambientes insalubres, sem higiene, infectos, no qual a tortura física fazia parte do processo punitivo antes das sentenças que levavam muito comumente a pena de morte.

Somente após o século XVIII que a prisão privativa de liberdade se torna a principal forma de punir, e não apenas um acessório da punição, possuindo agora o fim de recuperar, ressocializar e reintegrar o preso ao meio social, nas palavras de Carvalho Filho (2002, p.21):

“A finalidade do encarceramento passa a ser isolar e recuperar o infrator. O cárcere infecto, capaz de fazer adoecer seus hóspedes e matá-los antes da hora, simples acessório de um processo punitivo

baseado no tormento físico, é substituído pela ideia de um estabelecimento público, severo, regulamentado, higiênico, intransponível, capaz de prevenir o delito e ressocializar quem o comete.”

É cristalino que a pena privativa de liberdade se encontra mais do que bem fundamentada no ordenamento penal brasileiro, sendo aplicada aos condenados na conformidade da Lei nº 7210/1984, o Código Penal e o Código de Processo Penal sem qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política, portanto, toda pessoa imputável que praticar um crime pode estar sujeita a pena privativa de liberdade.

2.3 A Constitucionalidade

Ao discutirmos a Constitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade antes de sentença transitada em julgado, são postos em análise duas forças do estudo do Direito, o Direito Constitucional e o Direito Penal.

O Direito Constitucional versa sobre a própria base de todo o Estado e de seu funcionamento, das garantias do cidadão, consagrando-se como a Lei Maior do país. O Direito Penal tem o fim de garantir a segurança da população, exercendo a proteção e cumprimento das leis e punição daqueles que praticarem crimes.

Isto posto, desde 1988, data na qual a Constituição foi promulgada, que vemos a Suprema Corte brasileira versar sobre o tema de maneira conflituosa e ambígua, com interpretações divergentes dentro do ciclo dos próprios Ministros que se manifestaram com decisões bem argumentadas e embasadas para a constitucionalidade ou não da execução da prisão.

O mais recente julgado da Suprema Corte brasileira, que tornou inconstitucional a execução para cumprimento da pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância, gerou um alvoroço nos operadores de direito, nos doutrinadores no meio acadêmico e do próprio legislativo, de formas contrárias e a favor, porém, a mais perceptível repercussão que é contrária a decisão se deu com a população comum, sendo considerado por muitos como uma forma de vitória da “impunidade” e da “injustiça”.

Contudo, ao se analisar o tema, deve-se realizar um estudo técnico-científico com o vigor da razoabilidade do Direito, embasando de forma lúcida, sem pré-julgamentos da validade do dispositivo que versa sobre o tema.

Todavia, antes de se adentrar ao conteúdo do último julgado, é necessária uma recapitulação referente aos entendimentos pretéritos do STF.

2.3.1 Entendimentos pretéritos

Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o entendimento inicial do STF permitia a possibilidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, este entendimento majoritário se deu devido ao julgamento de diversos *Habeas Corpus* que permitiram a execução, a exemplo do HC 68.726/DF (Pleno, j. 28.06.1991). Com isso, o STF editou as Súmulas 716 e 717, que versam:

“S. 716/STF: Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. (aprovada na sessão plenária de 24.09.2003)

S. 717/STF: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. (aprovada na sessão plenária de 24.09.2003).”

A edição das Súmulas permitiu aos juízes titulares de cada caso concreto fundamentar as execuções da prisão privativa de liberdade, contudo, os magistrados ainda divergiam em suas decisões, acontecendo o que ocorria anteriormente no qual ocorria uma espécie de “escolha” individual de cada magistrado, no qual um juiz poderia decidir pelo cumprimento imediato antes do trânsito em julgado e outro magistrado não entender desta maneira, mesmo se tratando de casos semelhantes.

Desta forma, como tudo indicava, o tema estava longe de ser pacificado e no ano de 2009, com o julgamento HC 84.078/MG (Pleno. Rel. Min. Eros Grau. j. 05.02.2009) o momento em que o STF se manifestou finalmente de forma clara e absoluta a respeito do tema, alterando sua jurisprudência.

Este julgamento é considerado o marco para o início dos debates conflituosos a respeito do tema, pois, nele houve o entendimento de que a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade feria o princípio da presunção de inocência, contrariando a própria Constituição em seu artigo 5º, LVII.

O caso deste *Habeas Corpus* se tratou de um crime ocorrido em 1991, no qual um fazendeiro foi condenado a sete anos e seis meses de prisão por tentativa de homicídio ao atirar 5 vezes contra um homem por motivo fútil. A repercussão se deu, pois, foi o caso em que foram impetrados “inúmeros” recursos, sendo um deles o citado *Habeas Corpus*, em que a defesa do fazendeiro arguiu pelo princípio da presunção de inocência, no qual o condenado não poderia ser efetivamente preso após a sentença condenatória em segunda instância antes do esgotamento de todos recursos, e, conseqüentemente, antes do trânsito em julgado.

A votação foi sete votos a quatro, tendo votado a favor de conceder o HC ao condenado os ministros Eros Grau, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes e contra os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Com essa decisão, estabeleceu-se um novo entendimento do STF, de que a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado era inconstitucional.

Destaca-se algo relevante sobre o caso, em 2014, sem ter seu último recurso impetrado julgado, o crime do fazendeiro prescreveu e com isso não foi cumprido um dia sequer da pena em sentença proferida em segunda instância.

Posteriormente, em 17 de fevereiro de 2016 ocorreu o julgamento do HC 126.292/SP, onde, o pleno do STF, decidiu sobre a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade a partir da confirmação de sentença proferida por Tribunal de Segundo Grau. Após negada a apelação ao Tribunal de Segunda instância, foi expedido mandado de prisão contra o condenado.

O *Habeas Corpus* foi impetrado em favor de paciente coautor condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão em regime fechado pelo crime de roubo majorado, que o impetrou após ter sua apelação ao Tribunal de Segunda instância negada e o Tribunal expedido mandado de prisão.

Votaram a favor do deferimento HC os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Melo e Ricardo Lewandowski e contra o deferimento os ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

O entendimento dos ministros vencedores era de que a presunção de inocência não impediria a prisão decorrente de acórdão que confirma sentença penal condenatória e sustentaram a decisão no argumento de que ao réu foi garantido o duplo grau de jurisdição, e de que somente o recurso de apelação teria o efeito suspensivo, não se aplicando ao recurso especial e extraordinário visto que não se prestam a rediscutir a matéria probatória, e que, portanto, não atingem o pressuposto da presunção de inocência ou a não-culpabilidade.

A partir desta decisão do STF, alterou-se o entendimento, ocorrendo um retorno ao que era a jurisprudência antes do julgamento do HC de 2009.

Este posicionamento gerou muita polêmica e promoveu alterações no sistema carcerário, levantando questões acerca da própria segurança jurídica que esta interpretação traria no Estado Democrático de Direito.

2.3.2 Repercussão e efeitos após o HC 126.292

Posterior ao julgamento HC 126.292, em maio de 2016 foram ajuizadas perante ao STF pelo Partido Ecológico Nacional (PEN, atual Patriota) e o Conselho Federal da OAB, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, respectivamente, que buscavam, em suma, reverter o entendimento da Suprema Corte a respeito do tema

Para fins didáticos, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) é um dispositivo impetrado no STF visando a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com os legitimados ativos para propor a ação dispostos no artigo 103 da Constituição Federal. As decisões definitivas sobre o mérito desta ação produzem os efeitos *ex tunc*, vinculante e repristinatório.

No julgamento mencionado, o cerne da discussão foi para declarar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, editado pela lei ordinária 12.403/11, onde os legisladores positivaram de forma concreta na esfera penal a garantia preexistente contida na Carta Magna de 1988 com o princípio da presunção de inocência, tendo o citado artigo disposto o que segue:

“Art. 283. 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.”

Na redação acima, definia-se de forma explícita de que a prisão do condenado só poderia ocorrer utilizando-se o instrumento da prisão temporária ou preventiva, não tendo sido abarcada a possibilidade da prisão para execução da pena.

O conflito maior se deu após o STF manter o posicionamento adotado no julgamento do HC 126.292/SP, indeferindo as medidas cautelares pleiteados pelo Partido Patriota e pela OAB nas ADCs 43 e 44, respectivamente, que pretendiam a suspensão das execuções provisórias de penas de privativas de liberdade e a libertação dos apenados presos antes do trânsito em julgado da condenação.

Um dos pontos sustentados pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto para manter a decisão do HC 126.292, foi de que ao mudar seu posicionamento anterior ao HC, o STF estaria inibindo uma interposição *ad eternum* de recursos com o mero fim de protelar a decisão e conseqüentemente o início do cumprimento da pena.

Esse posicionamento repercutiu de forma negativa no meio acadêmico, o renomado advogado e jurista Aury Lopes Júnior (2016), opinou de forma contrária a decisão do STF, a se ver:

“O Brasil recepcionou, sim, a presunção de inocência e, como ‘presunção, exige uma pré-ocupação nesse sentido durante o processo penal, um verdadeiro dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente. É a presunção de inocência um ‘dever de tratamento’ no terreno das prisões cautelares e a autorização, pelo STF, de uma famigerada execução antecipada da pena é exatamente tratar como culpado, equiparar a situação fática e jurídica do condenado. Não sem razão o artigo 5º, LVII determina (dever de tratamento) que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Significa uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou análoga a de culpado, antes do trânsito em julgado.”

Lênio Luiz Streck (2016) vai além e afirma que a decisão do STF nada mais foi do que ativismo judicial, pois, inexistente qualquer fundamento jurídico constitucional que sustente tal decisão.

O renomado jurista e político brasileiro, Fernando Capez (2015, p 224), já havia sido categoricamente contrário a este tipo de posicionamento, cita-se:

“(…) uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado, e, isto, sim, violaria o princípio da presunção da inocência. Sim, porque se o sujeito está preso sem que haja necessidade cautelar, na verdade estará apenas cumprindo antecipadamente a futura e possível pena privativa de liberdade.”

2.3.3 **Caso Lula**

Avançando no tempo, chega-se em 18 de abril 2018, data na qual o Partido Comunista do Brasil ingressou com a ADC 54, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio Mello, com o intuito de que fosse concedida a liminar tornando irregular a decisão pretérita que permitia a execução provisória automática da pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância.

É importante destacar que o intuito real do partido era buscar a liberdade do ex-presidente do país, Luís Inácio Lula da Silva, no caso midiático e de grande repercussão nacional em que o ex-presidente foi acusado pelo Ministério Público de receber propina da empresa OAS. Com a suposta vantagem teria realizado a aquisição de um triplex em Guarujá, em São Paulo, sendo percebido como ocultação de patrimônio pela Justiça.

Na data de 12 de julho de 2017 o juiz Sérgio Moro, grande nome da Operação Lava-

Jato no qual atuou contra o ex-presidente, condenou o mesmo a 9 anos e 6 meses de prisão pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro relacionado ao processo do triplex do Guarujá.

Em 4 de abril de 2018 o Tribunal Regional Federal da 4ª Região analisou a apelação da defesa do ex-presidente, tendo decidido não só por manter a condenação em primeira instância bem como majorar a pena inicial, que passou para 12 anos e um mês de prisão, com início em regime fechado.

Destarte, a defesa do ex-presidente impetrou o *Habeas Corpus* 152.752/PR ao Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de que os efeitos da condenação só se concretizassem após esgotados todos os recursos, tendo durante a sessão de julgamento do HC, a defesa arguido solicitando que fosse concedida medida liminar para garantir a liberdade do ex-presidente até que fossem julgadas as ADCs 43 e 44, quando os ministros deveriam rever a questão da execução antecipada e possibilidade de prisão após condenação em 2ª instância, porém, o pedido foi negado pela maioria dos ministros.

O HC impetrado pelo ex-presidente foi negado por 6 votos a 5, mantendo-se o posicionamento adotado no julgamento do HC 126.292, tendo votado contra o deferimento os ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luíz Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia; e a favor, os ministros Gilmar Mendes, Diaz Toffoli, Lewandowski, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello.

Logo após esta decisão de denegar o HC impetrado pela defesa do ex-presidente, em 05 de abril de 2018, o juiz federal Sérgio Moro decretou a prisão do ex-presidente Lula, dando o prazo até às 17h da sexta-feira seguinte para que o ex-presidente se entregasse.

Durante o voto do Ministro Gilmar mendes, o mesmo se manifestou a respeito da mudança do seu entendimento:

“Essas prisões automáticas em 2º grau, que depois se mostraram indevidas, fizeram-me repensar aquela conclusão a que se chegou no HC 126.292. Fiz essa mudança, como já demonstrei, por reflexão.”

Em 8 de março de 2021, o Ministro Luiz Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, decidiu que a 13ª Vara Federal de Curitiba, cujo o ex-juiz Sergio Moro era o titular, era incompetente para processar e julgar o ex-presidente Lula nos casos do triplex do Guarujá, do sítio de Atibaia, e em duas ações envolvendo o Instituto Lula, anulando assim as condenações e devolvendo ao ex-presidente seus direitos políticos, inclusive com a possibilidade do mesmo de disputar eleições. O Plenário do Supremo Tribunal Federal em 15 de abril de 2021, por 8 votos a 3, confirmou a decisão do ministro.

Ainda em 23 de março de 2021, em sessão da 2ª Turma do STF, por 3 votos a 2, o colegiado decidiu pela suspeição do ex-juiz Sérgio Moro. O Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou em sessão em 23 de junho de 2021, por 7 votos a 4, a decisão da 2ª Turma, levando à anulação do recebimento das denúncias contra o ex-presidente a exemplo das condenações referentes ao sítio de Atibaia e do caso do Triplex do Guarujá.

Diante destes fatos, o período de 580 dias de pena cumpridos na sede da Superintendência da Polícia Federal, em Curitiba, pelo ex-presidente perdeu seu sentido ao se concluir pela anulação de suas condenações, que respeitaram o duplo grau de jurisdição, contudo, não o esgotamento do trânsito em julgado, conforme preza o princípio da presunção de inocência, demonstrando já, num grande caso midiático um efeito negativo acarretado pela mudança da interpretação pelo Pleno do STF.

2.3.4 O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 e o entendimento atual

Retornando-se a ADC 54, está possui o mesmo objeto das ADCs 43 e 44, no qual o partido utiliza o argumento de que desde a jurisprudência adotada no HC 126.292, após confirmação da condenação em segunda instância às prisões se tornaram automáticas, tendo as três ADCs o pedido principal para que o STF declare a constitucionalidade do artigo 283 do CPP com efeito vinculante, ou seja, de observância obrigatória em todas as instâncias.

Devido ao fato das ADCs 43 e 44 estarem aguardando julgamento do mérito, decidiu-se em juntá-las por prevenção em 18 de abril de 2018 com a ADC 54, e o tema foi reaberto para o julgamento da Suprema Corte.

O julgamento que gerou o entendimento atual acerca da constitucionalidade da matéria se deu em 16 de outubro de 2019 com o STF iniciando a sessão de julgamento que levou várias horas, e após várias sessões de julgamento, o pleno da Suprema Corte decidiu em 7 de novembro de 2019 de que ninguém poderá ser preso para começar a execução da pena até o esgotamento de todos os recursos que possibilitassem o reexame da matéria, ressalvando-se apenas a possibilidade da prisão preventiva ou temporária.

Desta forma, os ministros argumentaram que a jurisprudência anterior feria o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, prezando-se o entendimento no qual ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado e que a execução provisória da pena privativa de liberdade, simultaneamente fere o princípio da presunção de inocência, portanto, votaram por declarar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, concretizando os ministros que a interpretação anterior do artigo 5º, LVII da CF que versa sobre o trânsito em julgado, bem como do dispositivo processual penal supracitado, resultou na denominada *fraudem legis* e com a decisão proferida teria sido reestabelecida a garantia fundamental do cidadão ser considerado inocente até o esgotamento dos recursos.

A decisão teve efeito *erga omnes* e vinculante, valendo de forma automática somente para os casos de presos condenados em segunda instância, e de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cerca de 5 mil presos foram beneficiados de maneira imediata pela mudança de entendimento, com exceção aos casos que se tratavam de prisão preventiva ou temporária. O ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, condenado na Operação Lava-Jato, foi um dos beneficiados pela decisão.

Para as demais instâncias do Judiciário a decisão não se deu de forma automática, coube a cada juiz analisar o caso concreto e a situação processual dos presos que poderiam ser beneficiados com a soltura, e houve o entendimento de que se o preso fosse perigoso, por exemplo, ele poderia ter a prisão preventiva decretada.

A Corte versou sobre a possibilidade dos recursos, concluindo que é necessária uma alteração na legislação para acelerar o fim dos processos, e decidindo por obedecer ao princípio da presunção de inocência, independente de que isso signifique que todo processo vá parar na Suprema Corte Brasileira.

A votação foi de 6 votos a 5 pela a constitucionalidade do artigo 283 do CPP e de que um réu só poderá ter a execução da pena após o trânsito em julgado.

Os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia votaram contra a constitucionalidade; e a favor, votaram os ministros Marco Aurélio Mello (relator do caso), Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, que finalizou dando o voto de minerva.

Nesta linha, se faz necessário destacar dois votos explicitamente contrários e de argumentos que podem ser considerados “espelhados”, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso e o do Ministro Diaz Toffoli.

O primeiro, votou a favor e reafirmou seu entendimento que teve no último julgado, e foi categórico ao dizer que a mudança da interpretação do STF sobre o tema, em 2016, repercutiu de forma a gerar uma possibilidade real de punição por crimes e possibilitou delações. O ministro afirmou em seu voto de que as absolvições após condenações em segunda instância são abaixo de 1%, apresentou dados e alegou que a medida não prejudica a camada da população mais humilde.

Na visão do ministro a decisão de 2º grau é de que, após a mesma já não haveria mais dúvida acerca da autoria e da materialidade delitiva, nem caberia mais discutir fatos e provas, nas palavras do ministro a execução da pena é uma exigência de ordem pública para a preservação da credibilidade da justiça.

Em contra partida, o ministro Diaz Toffoli votou contra e também reafirmou o entendimento pretérito que teve no julgado de 2016, ao proferir seu voto de minerva, o mesmo citou que é dever do Congresso alterar a letra da Lei que versa sobre as execuções penais, sendo enfático de que é dever do juiz respeitar o que é compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, e ao contrário do que disse o ministro Barroso, Toffoli foi firme ao dizer que em sua maioria os crimes no Brasil não são solucionados, citando que os homicídios que ocorrem não são resolvidos pela prisão em segunda instância, cite-se:

“É uma impunidade do sistema de investigação. E aqui, não há dúvida nenhuma, a vítima é a periferia, o pobre, o trabalhador indo para seu trabalho...Não é prisão após segunda instância que resolve esses problemas, que é panaceia para resolver a impunidade.”

Para o jurista Lenio Luiz Streck (2019), que atuou como *amicus curae* na decisão do STF supracitada e defendeu de forma veemente o princípio da presunção de inocência, afirmou o que segue:

“Vejam: quem é a favor da prisão em segunda instância deve provar que a frase “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” torna obrigatória a prisão em segunda instância e que o artigo 283 é inconstitucional.”

Na visão do jurista, qualquer entendimento diferente do que está positivado na constituição, seria ceder a denominada “voz das ruas”, advinda do clamor popular, o jurista é categórico ao afirmar que está voz, se existir, não possui autoridade, a autoridade é do Direito.

Contudo, faz-se necessário destacar que a defesa desse entendimento não é unânime no meio jurídico, um opositor a tal pensamento é o do advogado Dr. Roberto Beijato Júnior (2018), que defende a presunção da inocência como uma garantia da inversão do ônus da prova, ou seja, acabe a acusação provar a culpa do réu, em suas palavras:

“(...) o constituinte previu sim a presunção de inocência como um direito fundamental, contudo, tal direito fundamental fora previsto num cenário constitucional de absoluta excepcionalidade de acesso a Tribunais Superiores e à própria Corte Constitucional. Banalizar o acesso a tais tribunais - como se faz hodiernamente - é banalizar o próprio texto constitucional e, assim, lograr argumentos para defender o absolutismo de um direito que longe se encontra de sê-lo... Ainda que se discuta, doutrinariamente, a possível natureza de

fundamentalidade do direito ao duplo grau de jurisdição, por força da cláusula de abertura constante do parágrafo 2º, do art. 5º da Constituição, extraíndo-o da ampla defesa (inciso LV, do art. 5º), fato é que o nome bem diz, se trata de um direito ao duplo grau de jurisdição e, não de triplo ou quádruplo grau. Aferir as Cortes Superiores como uma terceira ou quarta instância se tornou uma excrecência brasileira.”

Em contrapartida, o renomado jurista Pedro Lenza (2019, p. 1259), vai na contra mão deste argumento, ao afirmar que o princípio da presunção de inocência garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Neste passo, é o caminho normal de que se ocorra a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência será sempre presumida, cabendo ao Ministério Público ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa e caso não o faça, o resultado da ação penal será de improcedência, escorando-se no referido princípio e de forma favorável a decisão que versou sobre a constitucionalidade do tema.

2.3.5 Mudanças na lei constitucional e infraconstitucional

Durante todo o imbróglio que as diversas mudanças no entendimento a respeito do tema causaram, e após uma considerável insatisfação popular, foi proposta o projeto de lei nº 166/2018, de autoria do Senador Lasier Martins do PSD/RS, que hoje tramita no Senado Federal, com o objetivo de pacificar o entendimento e evitar insegurança jurídica, tendo em vista tantas divergências e mudanças de posicionamento na Suprema Corte, começou a elaborar projeto de lei de nº 166/2018 para alterar o art. 283 do CPP, a principal mudança encontra-se no §3º que trará a seguinte previsão:

“A prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente decorrente de juízo de culpabilidade poderá ocorrer a partir da condenação em segundo grau, em instância única ou recursal.”

Simultaneamente, tramita na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) de nº 410/2018, de autoria do Deputado Federal Alex Manete do Cidadania/SP, com o objetivo de alterar o art. 5º, LVII para modificar o momento em que alguém pode vir a ser considerado culpado, afirmando o inciso de que ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso

Em 2019, o referido Deputado Federal Alex Manete, apresentou uma nova PEC, de nº 199/99, com o objetivo de acabar com os recursos extraordinário e especial ao STF e ao

STJ, previstos nos artigos 102 e 105 da Constituição. O motivo foi de que a PEC 410/18, foi alvo de altas críticas por deputados opositores por alterar o artigo 5º, inciso LVII que versa sobre o princípio de presunção de inocência, sendo uma garantia individual e considerada cláusula pétrea, ou seja, não pode ser alterada por emenda constitucional.

O Deputado Alex Manete (2019), justifica o motivo da proposta, cite-se:

“O Supremo Tribunal Federal já modificou quatro vezes esse entendimento. Atualmente, a pessoa pode postergar as suas condenações até o trâmite em julgado na quarta instância. Infelizmente, só ricos e poderosos conseguem postergar as suas condenações. O cidadão comum não consegue chegar às terceira e quarta instâncias. E sempre são instrumentos apenas postergatórios.”

O jurista José Roberto Batochio (2019) é categoricamente contra as ditas PEC, e afirma que desde 1988 que nenhum inciso que do artigo que versa sobre as garantias individuais sofreu alteração, e que a possibilidade de isto ocorrer reascenderia a discussão do tema na própria Suprema Corte, em suas palavras:

“(...) todo o título II é uma vasta e intocável cláusula pétrea. Causa espécie, portanto, que viceje no Congresso Nacional a ideia estapafúrdia de apresentação de uma proposta de emenda anuladora do inciso LVII do artigo 5º: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Quem coteja os 78 incisos e quatro parágrafos desse artigo constata que nenhum foi emendado desde 1988, mas apenas quatro regulamentados por exigência da própria Carta Magna... Se a cartada virar lei, o tema voltará a dividir o Supremo, pois certamente a corrente mais comprometida com a ordem constitucional arguirá a extravagância do novo dispositivo que já contaria com apoio de cinco ministros que votaram contra prisão somente após o trânsito em julgado da condenação.”

Até a data de elaboração do presente trabalho, ambas as propostas de alteração infraconstitucional e propostas de emenda constitucional estão seguindo o seu trâmite nas Casas Legislativas, não podendo ser garantida a aprovação ou não, bem como se não haverá manifestação do STF para versar a respeito da constitucionalidade das modificações de forma favorável ou não.

3. Considerações Finais

A constitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, foi, e, ainda é uma questão muito debatida, e que, de certa forma, atormenta o âmbito jurídico penal brasileiro, provando-se ser um conflito de complexa resolução, no qual as interpretações se divergiram em entendimento inúmeras vezes com o passar dos anos e com operadores do direito, juristas, magistrados e os próprios ministros defendendo interpretações divergentes.

Destaca-se que, apesar de até a presente data deste trabalho científico a interpretação atual estar solidificada após o julgamento das ADC's 43, 44 e 54 com o entendimento de que ninguém poderá ser preso para começar a execução da pena até o esgotamento de todos os recursos que possibilitem o reexame da matéria, ainda remanescem de forma ativa aqueles que são contrários a esta interpretação do pleno da Suprema Corte, com Deputados manifestamente contrários a este entendimento já tendo apresentado Propostas de Emendas Constitucionais para alterar o Artigo 5º, inciso LVII que versa sobre o princípio de presunção de inocência e Projeto de Lei para alterar o Artigo 283º do Código de Processo Penal.

A sociedade brasileira reagiu de forma distinta a todas as alterações de entendimento que ocorreram ao longo dos anos, com uma polarização que se mantém acerca da possibilidade do tema, porém, desta mesma forma, e diante de um contexto global do âmbito garantista, a defesa da não constitucionalidade do tema reflete diretamente na população comum, e não só naqueles que se encontram enfrentando um processo penal, e ocorre de maneira positiva quando os direitos e princípios fundamentais são defendidos e respeitados pelas autoridades máximas judiciárias do país, garantindo que um cidadão comum inocente que se encontre em uma situação no qual vá a julgo por um crime que não o cometeu, não seja submetido a uma prisão antes do encerramento do processo, assegurado a garantia máxima do princípio da presunção de inocência.

Em que pese a cristalina interpretação positiva a respeito do tema, existe a necessidade de se pôr em evidência a realidade fática social do outro lado do espectro, o lado negativo, no qual muitos indivíduos se beneficiaram da morosidade e atendimento ao devido processo legal que impede a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, mesmo que já exista uma condenação em segunda instância, ou seja, em que se respeite o duplo grau de jurisdição, como foram os casos dos próprios HCs que reacenderam o debate do tema nos anos anteriores, com os infratores não chegando a cumprir um dia sequer da pena na qual foram condenados.

Nesta perspectiva positiva e negativa, muito do grande conflito surgiu, e com este conflito, surgiram também as interpretações divergentes, contudo, apesar de não ser uma forma perfeita, e que, permite sim, que mais do que ocasionalmente alguns se beneficiem

do sistema penal para retardar o cumprimento ou sequer cumprir a pena, a Constituição deve ser respeitada, e principalmente, um princípio fundamental, de suma importância, considerado cláusula pétrea, e que gera uma interferência direta e radical na vida de todos os cidadãos, portanto, o mero risco de pôr em cheque a aplicação desse princípio para com um cidadão, inocente ou não, coloca em risco todos os cidadãos, não apenas aquele que está sendo julgado.

Portanto, mesmo que nos próximos anos o Pleno da Suprema Corte seja provocado a realizar um novo julgamento, reabrindo o tema e até mesmo alterando a interpretação, é sensato concluir que o entendimento atual é o que se encontra em mais proximidade de harmonia com o a Lei Maior do país, um entendimento garantista que visa a proteção do cidadão inocente e a proteção da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, a decisão é sólida e tem capacidade de ser duradoura, porém, sem um fortalecimento ao combate à desigualdade social e a criminalidade, e, sem uma melhora na educação da própria sociedade, no que tange a uma solução definitiva para um problema que é apenas suavizado através de decisões, esta, em verdade, nunca ocorrerá, e dificilmente será visto um encerramento final dos conflitos e debates acerca do tema.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATOCHIO, José Roberto. **PEC que altera artigo 5º e permite prisão após 2º grau é ideia estapafúrdia**. Consultor Jurídico, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-19/batochio-pec-permite-prisao-grau-ideia-estapafurdia> Acessado em 11 de maio 2021.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44-45.

BEJATO, Roberto Júnior. **Deixando a hipocrisia de lado: sobre a prisão após julgamento em segunda instância**. Migalhas, 23 ago. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/286065/deixando-a-hipocrisia-de-lado-sobre-a-prisao-apos-julgamento-em-segunda-instancia> Acessado em 11 de maio de 2021.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Artigo 5º, Inciso LVII. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. Último acesso em 11 de maio de 2021.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689** (1941). **Código de Processo Penal**, Artigo 283. Último acesso em 11 de maio de 2021.

BRASIL. **Decreto Lei nº 4.657** (1942). **Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro**, Artigo 6º. Último acesso em 11 de maio de 2021.

BRASIL. STF. **HC 68.726/1991**. Relator: Min. Néri Silva. 28 de junho de 1991. Último acesso em 11 de maio de 2021.

BRASIL. STF. **HC 84.078/2009**. Relator: Min. Edson Fachin. 05 de abril de 2009. Último acesso em 11 de maio de 2021.

BRASIL. STF. **HC 126.292**. Relator: Min. Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2016. Último acesso em 11 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210** (1984). **Lei de Execuções Penais**, Artigo 1º e Artigo 118º. Último acesso em 08 de abril de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19º Ed. SP: Editora Saraiva, 2012, p. 357

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 224.

CARVALHO FILHO, Luis Francisco. **A Prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002, p. 20-21.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico> Acessado em 08 de abril de 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** / Pedro Lenza. – Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1259.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 118.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Plenário do STF declara incompetência de Curitiba para julgar Lula**. Conjur, 15 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-15/stf-forma-maioria-declarar-incompetencia-curitiba-julgar-lula> Acessado em 18 de setembro de 2021.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Moro é suspeito para julgar Lula, decide Supremo Tribunal Federal por 7 votos a 4**. Conjur, 23 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-23/moro-suspeito-julgar-lula-decide-stf-votos> Acessado em 18 de setembro de 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Teori do STF contraria Teoria do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado> Acessado em 08 de abril de 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Lendas e mitos do senso comum sobre a presunção da inocência. 2019**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-21/streck-lendas-mitos-senso-comum-presuncao-inocencia> Acessado em 11 de maio de 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva. Vol. I. 2007, p. 62.

PRÓS E CONTRAS DO ATIVISMO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

DÁLETHE BORGES MESSIAS: Pós-Graduada em Direito Constitucional

FABÍOLA CASSEL FERRI

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade analisar os questionamentos que envolvem os aspectos positivos e negativos do ativismo judicial na efetivação do Estado Democrático de Direito, bem como se os seus reflexos propiciam mais benefícios ou malefícios à democracia, apontando a visão doutrinária, legislativa e jurisprudencial do ordenamento jurídico brasileiro. Visa apresentar conceitos e explicações sobre Neoconstitucionalismo, Estado Democrático de Direito, Princípio da separação dos Poderes, Poder estatal e limites à atuação jurisdicional, dentre outros. Tal discussão se faz necessária, haja vista as grandes controvérsias acerca da aceitação ou não de posturas ativistas do Poder Judiciário frente a omissões do Poder Legislativo e Executivo, assim como se tal conduta representaria uma afronta ao princípio da separação dos Poderes. Pretende ainda fazer uma análise de caso de algumas situações práticas de ativismo judicial no Brasil. Após diversas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, conclui-se que, de modo geral, o ativismo judicial apresenta mais benefícios do que malefícios ao Estado Democrático de Direito, não representando risco à democracia, devendo as intervenções judiciais, no entanto, serem feitas de modo moderado apenas com o objetivo de concretizar preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Estado Democrático de Direito; Democracia.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the questions that involve the positive and negative aspects of judicial activism in the implementation of the Democratic State of Law, as well as whether its reflexes provide more benefits or harm to democracy, pointing to the doctrinal, legislative and jurisprudential Brazilian legal system. It aims to present concepts and explanations about Neo-constitutionalism, Democratic State of Law, Principle of separation of Powers, State power and limits to the jurisdictional action, among others. Such a discussion is necessary in view of the great controversies about whether or not the activist positions of the Judiciary are opposed to the omissions of the Legislative and Executive Power, as well as whether such conduct would represent an affront to the

principle of separation of Powers. It also intends to make a case analysis of some practical situations of judicial activism in Brazil. After several bibliographical and jurisprudential researches, it is concluded that, in general, judicial activism presents more benefits than harm to the Democratic State of Law, and does not represent a risk to democracy, and judicial interventions, however, must be done in a moderate way only with the purpose of concretizing constitutional precepts.

Keywords: Judicial Activism; Democratic State of Law; Democracy.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 CONCEITUAÇÕES E EXPLANAÇÕES INICIAIS RELEVANTES. 1.1 Neoconstitucionalismo. 1.2 Estado Democrático de Direito. 1.3 Princípio da separação dos poderes. 1.4 Poder estatal e limites à atuação jurisdicional. 2 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL. 2.1 Supremacia da Constituição. 2.2 Métodos de interpretação constitucional. 2.2.1 Método jurídico ou hermenêutico clássico. 2.2.2 Método tópico-problemático. 2.2.3 Método hermenêutico-concretizador. 2.2.4 Método científico-espiritual. 2.2.5 Método da comparação constitucional. 2.2.6 Método normativo-estruturante. 2.3 Princípios da interpretação constitucional. 2.3.1 Princípio da unidade da Constituição. 2.3.2 Princípio da concordância prática ou da harmonização. 2.3.3 Princípio do efeito integrador. 2.3.4 Princípio da justeza ou da conformidade funcional. 2.3.5 Princípio da máxima efetividade. 2.3.6 Princípio da força normativa da constituição. 2.3.7 Princípio da proporcionalidade/razoabilidade. 2.3.8 Princípio da interpretação conforme a Constituição. 2.4 Mutações Constitucionais. 3 ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 3.1 Origem e definição. 3.2 Características do Ativismo Judicial. 3.3 Diferença entre Ativismo Judicial e Judicialização da Política. 3.4 Aspectos positivos e negativos do Ativismo Judicial. 3.4.1 Pontos negativos. 3.4.2 Pontos positivos. 3.5 Casos práticos de ativismo judicial no Brasil. 3.5.1 A intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. 3.5.2 Execução provisória da pena após condenação em segunda instância. 3.5.3 Descriminalização do aborto realizado até o terceiro trimestre de gestação. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um tema que sempre gera discussões na seara jurídica, tendo em vista que há aqueles que consideram que o Poder Judiciário pode agir mesmo fora de suas competências precípua, diante da inércia dos outros poderes, enquanto há outros que defendem que o princípio da separação dos poderes reza pela atuação independente e harmônica de cada poder, sendo vedada sobreposição de um poder sobre o outro.

O conceito de tripartição dos poderes remonta à Grécia Antiga, com Aristóteles, em “A Política”, tempos depois passa por Locke, que retoma a ideia da tripartição dos poderes no “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”, sendo mais contemporaneamente aceito o modelo proposto por Montesquieu, segundo o qual, em linhas gerais, não caberia a poder algum concentrar os atos de legislar, administrar e julgar, haja vista a tendência humana de abuso de poder quando este não contém limites.

A separação dos poderes é parte essencial de uma Constituição democrática, nesse sentido, o neoconstitucionalismo, enquanto elemento fortalecedor do poder judiciário, desfaz sobremaneira o entendimento tradicional do princípio da separação de poderes, flexibilizando os até então limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cedendo espaço a outras posturas mais tendentes ao ativismo judicial frente a sociedade.

A sociedade é a destinatária direta da atuação de cada um dos poderes. No caso deste trabalho, em que se trata da atuação ativista do judiciário, vê-se a relevância do estudo dos prós e contras do ativismo judicial. Não há indevida pretensão alguma de esgotar o tema em apreço, mas apenas de dar continuidade ao estudo, dadas, dentre outras razões, as mudanças pelas quais sempre passa o modelo atual de separação de poderes, bem como a assunção, cada vez mais consistente, de um papel mais ativista por parte do Poder Judiciário.

Dividido em quatro partes subsequentes, do presente trabalho, uma obrigatoriedade da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional da Faculdade Damásio, constará (com as necessárias subdivisões), além desta “Introdução”: “Conceituações e explicações iniciais relevantes”, “Interpretação e aplicação da norma constitucional”, “Ativismo Judicial e o Estado Democrático de Direito” e as “Considerações Finais”.

A pesquisa feita para a elaboração e execução deste trabalho se orientou para a tentativa de resposta ao problema lançado, “O ativismo judicial traz mais benefícios ou malefícios à efetivação do Estado Democrático de Direito?”.

A busca acima referida está ligada também ao objetivo trazido pelo pré-projeto deste trabalho, qual seja: analisar os prós e contras do ativismo judicial na efetivação do Estado Democrático de Direito. Para tal fim, seguiu-se na pesquisa pela base teórica, através de uma análise textual de autores do Direito brasileiro.

Tanto na primeira parte do trabalho, em que se tratou do Neoconstitucionalismo, do Estado Democrático de Direito, do Princípio da Separação dos Poderes e do Poder estatal e Limites à atuação jurisdicional, quanto nas partes seguintes, em que foram trazidas informações pertinentes aos métodos de interpretação e aplicação da norma constitucional, passando-se ao tema do ativismo judicial e o Estado Democrático de

Direito, foi feita revisão de literatura por meio da qual se apresentaram os temas relacionados aos conceitos políticos e jurídicos afins.

É importante lembrar que, após a breve apresentação dos pressupostos teóricos que embasam a pesquisa bibliográfica, os resultados alcançados vêm conforme a confirmação (ou não confirmação) da hipótese levantada.

Toda a cadeia teórica estudada à época do pré-projeto que ensejou o presente trabalho encaminhava para a hipótese de que a postura mais proativa do Poder Judiciário pode influenciar no exercício das funções dos demais Poderes e representar um certo risco ao Estado Democrático de Direito e a separação de poderes.

Quanto à confirmação (ou não) da hipótese citada anteriormente, pede-se ao leitor que acompanhe o texto. Mais à frente constará a resposta à questão.

1 CONCEITUAÇÕES E EXPLANAÇÕES INICIAIS RELEVANTES

Não é possível falar de ativismo judicial sem antes discorrer sobre elementos, termos e princípios que contribuiriam sobremaneira para o surgimento e propagação do ativismo judicial, dentre eles, destacam-se o neoconstitucionalismo, o Estado Democrático de Direito, o princípio da separação de poderes e as limitações do Poder Judiciário.

1.1 Neoconstitucionalismo

Para entender o que é neoconstitucionalismo, faz-se necessário saber o que seria o constitucionalismo propriamente dito. A doutrina o relaciona aos movimentos históricos, políticos e sociais que contribuiriam para que os Estados instituíssem normas de organização do Estado e limitação do poder estatal, a partir da previsão de direitos e garantias fundamentais.⁶⁰

Já o neoconstitucionalismo, também conhecido como constitucionalismo pós-moderno, constitucionalismo contemporâneo, constitucionalismo principialista, novo Direito Constitucional, constitucionalismo do pós-guerra ou pós-positivismo, está ligado a eficácia e efetividade das normas constitucionais, em que se busca a aplicação da Constituição à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

O neoconstitucionalismo, portanto, - a partir (1) da compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia, (2) da incorporação nos textos associados à promoção

⁶⁰ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 56.

da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do bem-estar social, assim como de diversos temas do direito infraconstitucional e (3) da eficácia expansiva dos valores constitucionais que se irradiam por todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas constitucionais necessários a garantir as condições de existência mínima e digna das pessoas [...]61

Esse movimento surgiu como uma nova forma de pensar o direito constitucional a partir da Segunda Guerra Mundial, no qual se priorizou a tutela dos direitos fundamentais, assim como bem explanado por Sarmento citado por Raupp

Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumular-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.62

Importante destacar os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes sobre o tema

O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por ser representantes. A esse conjunto de fatores

61 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 36.

62 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 77 *apud* RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: Características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 71/72.

vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo.⁶³

Esse período também foi marcado pela transição do Estado Legislativo de Direito para Estado Constitucional de Direito, no qual a Constituição passa a ser a principal norma do ordenamento jurídico, servindo como instrumento de validação das demais leis e atos normativos, que devem ser compatíveis com a constituição formal e materialmente, como bem ressaltado por Cunha Júnior

O neoconstitucionalismo destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da força normativa da Constituição, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa. ⁶⁴

No mesmo sentido, Tassinari ainda destaca que

O período posterior à Segunda Guerra Mundial foi considerado um marco para o Direito no mundo todo. Isso porque, para que fossem superadas as atrocidades cometidas durante a existência dos regimes totalitários, era necessário que se rompesse com toda a estrutura legislativa que lhes atribuía legitimidade através do argumento de obediência a um formalismo rigoroso, de mera observação do procedimento adequado para a criação das leis. Deste modo, o fim desta Guerra impulsionou um rearranjo institucional que visava à garantia de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, configurando-se, assim, a transição do que se conhecia por Estado Legislativo para Estado Constitucional de Direito. ⁶⁵

Cabe ressaltar algumas das principais características do neoconstitucionalismo apresentadas por Sarmento citado por Raupp, dentre as quais,

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53.

⁶⁴ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 35.

⁶⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 40.

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou 'estilos' mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. 66

O nobre Ministro Luís Roberto Barroso, ressalta ainda os principais marcos histórico, filosófico e teórico do movimento

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. 67

Outro ponto a ser observado relacionado ao neoconstitucionalismo é a mudança de paradigma das normas constitucionais, que deixam de ter um cunho meramente formal de organização e limitação do poder estatal e passam a priorizar a carga

66 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 73-74 *apud* RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: Características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 75/76.

67 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 11/12.

valorativa e o sentido axiológico das normas, como bem destacado por Cunha Júnior, “o discurso jurídico, antes associado a uma concepção formal e procedimentalista, evolui para alcançar uma vertente substancialista preocupada com a realização dos valores constitucionais”⁶⁸.

1.2 Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, caput⁶⁹, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, surgiu como meio de fornecer proteção jurídica aos direitos e garantias fundamentais, que foram suprimidos pelo sistema autoritarista que se instalou no Brasil de 1964 a 1985 (Ditadura Militar), além de possibilitar a ampliação e efetivação desses direitos.

O Ministro Alexandre de Moraes ressalta a importância dada por Canotilho ao Estado Constitucional (Estado com qualidades), destacando que o Estado de direito e Estado democrático são as duas grandes qualidades do Estado Constitucional.⁷⁰

Mais à frente o autor destaca as principais características do Estado de Direito, que possui como objeto central a supremacia da lei

(1) primazia da lei; (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo.⁷¹

Quanto ao Estado Democrático, o nobre Ministro afirma que este visa “afastar a tendência humana ao autoritarismo e à concentração de poder” exigindo-se a “integral

⁶⁸ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 36.

⁶⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:”

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2008, p. 4/5.

⁷¹ Ibid., p. 5.

participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir o respeito à soberania popular”⁷².

O constitucionalista José Afonso da Silva acrescenta que os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito devem ser analisados como termos complementares e não como conceitos isolados.

A configuração do Estado democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.⁷³

O mesmo autor aduz ainda que a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito “consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”⁷⁴, de modo a resguardar os direitos e garantias fundamentais que foram ignorados durante o período de Ditadura Militar.

O doutrinador Bernardo Gonçalves Fernandes analisa o Estado Democrático de Direito como um novo paradigma, diferente dos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social

Na realidade, o Estado Democrático de Direito é muito mais que um princípio, configurando-se em verdadeiro paradigma – isto é, pano de fundo de silêncio – que compõe e dota de sentido as práticas jurídicas contemporâneas. Vem representando, principalmente, uma vertente distinta dos paradigmas anteriores do Estado Liberal e do Estado Social. Aqui a concepção de direito não se limita a um mero formalismo como no primeiro paradigma, nem descamba para uma materialização totalizante como no segundo. A perspectiva assumida pelo direito caminha para a procedimentalização e, por isso mesmo, a ideia de democracia não é ideal, mas configura-se pela existência

72 Ibid., p. 6.

73 SILVA, José Afonso. “O Estado Democrático de Direito”. in Revista de direito administrativo, 173: 15-34, Rio de Janeiro: Jul./Set. 1988, pg. 21.

74 Ibid., p. 24.

de procedimentos ao longo de todo o processo decisório estatal, permitindo e sendo poroso à participação dos atingidos, ou seja, da sociedade.⁷⁵

O Ministro Luís Roberto Barroso enfatiza o relevante papel da Constituição de 1988 na transição do Estado brasileiro de um sistema autoritário para um Estado Democrático de Direito

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.⁷⁶

Observa-se que a Constituição da República de 1988 contribuiu sobremaneira para a instituição do Estado Democrático de Direito e conseqüentemente pela garantia da participação popular na vida política do país, tutela jurídica dos direitos e garantias fundamentais, além da primazia das leis e da Constituição.

1.3 Princípio da separação dos poderes

O princípio da separação dos poderes surgiu com a intenção de evitar a concentração excessiva de poder nas mãos de uma só pessoa ou órgão, objetivando atribuir a diferentes órgãos (Executivo, Legislativo e Judiciário) funções estatais distintas, de modo a garantir que a direção do Estado ocorra de maneira equilibrada e que cada poder estatal possa exercer controle sobre os demais, evitando-se o autoritarismo.

Nesse sentido, Sousa

Locke e Montesquieu podem ser considerados os principais representantes do liberalismo clássico cujas teorias estão voltadas para a defesa de direitos negativos por um Estado mínimo, que

75 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** – 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 296.

76 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 3, abr./jun. 2005.

apenas deveria intervir para assegurar o exercício dos direitos liberais individuais com o consentimento dos governos. Seu objetivo era o de limitar o poder estatal subdividindo-o em funções para tutelar as liberdades negativas.⁷⁷

Na teoria das separações dos poderes, ganhou destaque, inicialmente, a teoria bipartite desenvolvida “sob o pano de fundo da teoria contratualista de Locke formulada em 1688-89, estava em pauta a formação da monarquia constitucional ou parlamentarista que estatui a divisão dos poderes estatais e a limitação da monarquia pelo Parlamento”⁷⁸.

Seguindo essa linha, Bobbio citado por Sousa, explica que

A monarquia constitucional é um sistema política baseado, ao mesmo tempo, na dupla distinção entre as duas partes do poder, o parlamento e o rei, e entre duas funções do Estado, a legislativa e a executiva, bem como na correspondência quase perfeita entre essas duas distinções – o poder legislativo emana do povo representado no parlamento; o poder executivo é delegado ao rei pelo parlamento.⁷⁹

Observa-se que a teoria bipartite não atribuía independência funcional ao Poder Judiciário em relação aos outros poderes, sendo que a função típica de aplicar a lei ao caso concreto era exercida pelo Poder Executivo ou Legislativo.

Ademais, Bobbio ressalta que Locke não propõe “separação e equilíbrio entre os poderes, mas sim, separação e subordinação entre eles”⁸⁰, estando ausente o que posteriormente ficou conhecido como sistema de freios e contrapesos.

Na teoria tripartite, de Montesquieu, além do Poder Executivo e Legislativo, já previsto na teoria bipartite de John Locke, acrescentou-se função típica ao Poder Judiciário, além de prever o controle de um poder sobre o outro no sistema chamado de freios e contrapesos ou *check in balance*.

77 SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 17.

78 SOUSA, op. cit., p. 19.

79 BOBBIO, Norberto. A Teoria das formas de Governo. 2. ed. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 105 *apud* SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 19.

80 BOBBIO, Norberto. Locke e direito natural. 2. ed. Tradução Sérgio Bath. Universidade de Brasília: Brasília 1997, p. 223 *apud* SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 27

Todo homem que tem Poder é levado a abusar dele; vai até encontrar os limites. Por isso é necessário a divisão dos poderes, para que cada poder impeça ou freie o outro; impeça o abuso de poder por parte deste. [...] Para formar um Governo Moderado, precisa combinar os poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro para pô-lo em condições de resistir a um outro.⁸¹

Apesar da inclusão do Poder Judiciário na teoria tripartite, este não tinha autonomia para exercer qualquer influência nas decisões políticas, estando restrito a garantir o fiel cumprimento das leis sem autonomia para questioná-las ou determinar a suspensão de sua execução.

Esta foi a fórmula encontrada por Montesquieu para garantir a separação entre o Direito e a Política já que o Poder Judiciário deveria ser um órgão politicamente neutro, que primasse, sobretudo, pela segurança jurídica, a partir da aplicação retroativa da lei ao caso concreto. Assim, não se poderia atribuir ao julgador uma função interpretativo-criativa já que lhe era vedada a criação de direito novo de forma prospectiva, o que colidiria diretamente com o exercício da função típica do legislador político, corrompendo-se a teoria defendida por Montesquieu que não confere ao poder judicial qualquer tipo de autonomia decisória nesse sentido.⁸²

Observa-se que a atuação do Judiciário, nesse contexto, era um tanto quanto limitada, além de não lhe ser conferida a possibilidade de exercer o controle sobre os demais poderes, pois este deveria assumir o papel de órgão neutro.

No Brasil, tamanha foi a relevância que a Constituição de 1988 deu a tal princípio que, além de prevê-lo de forma expressa em seu art. 2º⁸³, o incluiu no rol de cláusulas

81 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Trad, MOTA, Pedro Vieira. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 24-25 *apud* SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 30.

82 SOUSA, op. cit., p. 31-32.

83 "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

pétreas⁸⁴, vedando qualquer alteração constitucional tendente a suprimir ou abolir a separação dos poderes.

1.4 Poder estatal e limites à atuação jurisdicional

A palavra “poder” é originada do latim *possum*, que significa “ser capaz de”, possuindo diversas definições, dentre elas, “Poder é o direito de deliberar, agir, mandar e, dependendo do contexto, exercer sua autoridade, soberania, a posse de um domínio, da influência ou da força”⁸⁵.

Ao falarmos de “poder”, impossível não vir a mente a frase clássica de Maquiavel “Dê o poder ao homem, e descobrirá quem ele realmente é”. Assim, observa-se que o poder está relacionado à capacidade que alguém tem de influenciar/persuadir o outro, e a forma como essa influência/persuasão é exercida diz muito sobre o caráter e personalidade do detentor de poder.

No que se refere ao Poder do Estado, vale destacar os preceitos de Dalmo de Abreu Dallari

[...] o *poder* é um elemento essencial ou uma nota características do Estado. Sendo o Estado uma sociedade, não pode existir sem um poder, tendo este na sociedade estatal certas peculiaridades que o qualificam, das quais a mais importante é a soberania. Não há, também, uma distinção muito nítida entre poder de império e soberania no âmbito interno, enquanto que outros entendem como poder de império o que se exerce sobre pessoas.⁸⁶

Mas a frente o autor, fazendo uma leitura dos ensinamentos de Jellinek, esclarece que há dois tipos de poder: o poder dominante e o poder não-dominante, sendo que este não dispõe de força para obrigar com seus próprios meios à execução de suas ordens. Já o poder dominante, pertencente ao Estado, é classificado como originário e irresistível, originário porque o Estado detém um poder próprio, do qual derivam os demais, e irresistível pois permite exercer coação para que se cumpram as ordens dadas.⁸⁷

⁸⁴ “Art. 60. §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III – a separação dos Poderes;”

⁸⁵ Significados <<https://www.significados.com.br/poder/>>

⁸⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu, 1931 – Elementos de teoria geral do Estado – 25. ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 111.

⁸⁷ Ibid., p. 111.

Dallari, de outro lado, chama a atenção para uma discussão no que se refere a classificação do Poder estatal como poder político ou poder jurídico

Enquanto que uma corrente doutrinária pretende caracterizar o poder do Estado como *poder político*, incondicionado e preocupado em assegurar sua eficácia, sem qualquer limitação, uma diretriz oposta qualifica-o como *poder jurídico*, nascido do direito e exercido exclusivamente para a consecução de fins jurídicos. A mais alta expressão desta corrente doutrinária é, sem dúvida alguma, Hans Kelsen. Embora em sua concepção o Estado seja uma realidade normativa, observa ele que, não raro, o 'ordenado' desloca a ordenação, e o objeto desta se torna autônomo perante a própria ordem. Foi por esse caminho que o Estado deixou de ser concebido como uma ordem da conduta humana, uma ordenação de homens, para ser visto como os próprios homens que coexistem, submetidos a certa regulação. Dessa forma o Estado foi deslocado do reino do normativo para o do natural e causal, surgindo uma conceituação que permite falar-se em elementos constitutivos. Embora contrário a esta orientação, Kelsen reconhece que ela é absolutamente predominante, procurando, então, através dela, demonstrar a permanente presença do jurídico nos três elementos constitutivos geralmente enumerados, que são: o território, o povo e o poder (autoridade).⁸⁸

Extrai-se que o poder político do Estado se sobressai ao seu poder jurídico, já que o primeiro revela o sentido de que o Estado é o próprio povo que coexiste, no entanto, o poder jurídico revela-se, na medida em que o Estado se submete a certas normas e regulações.

Seguindo a discussão sobre os Poderes do Estado, tem-se que o Judiciário é um desdobramento do Poder estatal, possuindo dentre as suas funções típicas a capacidade de dizer o direito diante do caso concreto, também conhecida como jurisdição.

Nessa linha, a função jurisdicional está intimamente ligada com a definitividade das decisões e com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme destacado pelo doutrinador e atual Presidente da República, Michel Temer

A *definitividade* é traço marcante da jurisdição. Deriva do preceito insculpido no art. 5º, XXXV, da CF, segundo o qual 'a lei não excluirá

88 DALLARI, op. cit., p. 112.

da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Por força dele é que a solução de litígios, pela Administração, por mais capazes que sejam os seus tribunais, não é definitiva. Qualquer do povo, qualquer órgão público, qualquer tribunal administrativo poderá 'dizer o direito' que deve ser aplicado à dirimência de uma controvérsia.⁸⁹

Mais à frente o autor ainda ressalta que "A *definitividade* das suas decisões e a possibilidade de utilizar toda a *força institucional do Estado* tipificam o exercício da função primordial do Poder Judiciário: a jurisdição", ponderando que tal particularidade é atribuída em especial ao Poder Judiciário.

Dessa forma, observa-se que o poder é necessário para que não se instale um sistema de anarquismo e desordem social, no entanto, para que aquele que detém o poder não venha a abusar dele, são necessários mecanismos de controle do poder. Por isso, mostra-se extremamente relevante que haja limites a atuação de todos os poderes, inclusive o Poder Judiciário.

2 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL

As normas constitucionais não podem ser interpretadas com base na letra fria da lei, é necessário que o intérprete tenha uma visão da Constituição como um todo e considere todos os princípios, implícitos ou explícitos, nela contidos para que, dessa forma, possa extrair o verdadeiro sentido axiológico da norma.

2.1 Supremacia da Constituição

O princípio da supremacia da Constituição faz referência à posição de superioridade que a esta constituição, assim considerada como norma fundamental do Estado, assume sobre as demais leis, servindo como instrumento de validação de todas as normas e atos normativos expedidos.

Nathalia Masson leciona que "em virtude de a Constituição ocupar o ápice da estrutura normativa em nosso ordenamento, todas as demais normas e atos do Poder Público somente serão considerados válidos quando em conformidade com ela"⁹⁰.

89 TEMER, MICHEL. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 172.

90 MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional** – 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 60.

Outro fator preponderante para que a constituição seja superior às demais normas é que ela é o documento inaugural do ordenamento jurídico, decorrente do poder constituinte originário, como destacado por Gilmar Mendes

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta.⁹¹

Tal princípio guarda relação com a concepção jurídica de constituição, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino assim preceituam

Em sentido jurídico, a Constituição é compreendida de uma perspectiva estritamente formal, apresentando-se como pura norma jurídica, como norma fundamental do Estado e da vida jurídica de um país, paradigma de validade de todo o ordenamento jurídico e instituidora da estrutura primacial desse Estado. A Constituição consiste, pois num sistema de normas jurídicas.

O pensador mais associado à visão jurídica de Constituição é o austríaco Hans Kelsen, que desenvolveu a denominada Teoria Pura do Direito. ⁹²

Hans Kelsen chama a atenção ainda para o sentido jurídico-positivo da Constituição, segundo o qual a “constituição corresponde à norma positiva suprema, conjunto de normas que regulam a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau”⁹³.

Já no sentido lógico-jurídico, o conceito de Constituição, por sua vez, possui o seu “fundamento de validade na norma hipotética fundamental, situada no plano lógico, e não no jurídico, caracterizando-se como fundamento de validade de todo o sistema,

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 106.

⁹² PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado** – 3. ed., rev. e atualizada – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 7.

⁹³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 8.

determinando-se a obediência a tudo o que for posto pelo Poder Constituinte Originário”⁹⁴.

Observa-se que por vezes a Constituição é chamada de norma fundamental, sendo relevante fazer menção aos ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes, sobre o assunto

[...] Lei Fundamental não se limita às *disposições singulares do direito constitucional escrito*. De um lado, essa ideia abrange todos os princípios constantes do texto constitucional. Por outro, esse conceito abarca, igualmente, todos os princípios derivados da Constituição enquanto unidade, tais como o princípio da democracia, o princípio federativo, o princípio da fidelidade federativa, o princípio do Estado de Direito, o princípio da ordem democrática e liberal e o princípio do estado social. ⁹⁵

Ademais, a supremacia da constituição é decorrente da sua forma rígida, definida pelo Ministro Alexandre de Moraes⁹⁶ como “as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas”.

Dessa forma, o princípio da supremacia da constituição enseja a posição hierarquicamente superior da Carta Magna em relação às demais normas e aos atos normativos do ordenamento jurídico que devem ser compatíveis com aquela formal e materialmente, além de servir de fundamento de validade da legislação constitucional – decorrente do poder constituinte derivado reformador – ou infraconstitucional.

2.2 Métodos de interpretação constitucional

A doutrina e jurisprudência desenvolveram um conjunto de métodos utilizados para auxiliar no processo de interpretação das normas constitucionais, dos quais, segundo a visão de Canotilho citado por Lenza, destacam-se: o método jurídico, o método tópic-

⁹⁴ LENZA, Pedro. op. cit., p. 75.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125.

⁹⁶ MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 10.

problemático, o método hermenêutico-concretizador, o método científico-espiritual, o método normativo-estruturante e o método da comparação constitucional⁹⁷.

2.2.1 Método jurídico ou hermenêutico clássico

Para o método jurídico, a Constituição é considerada como uma lei, desse modo, devem ser aplicados os métodos tradicionais de hermenêutica utilizados nas demais normas jurídicas, dentre os quais, o doutrinador Pedro Lenza destaca

Elemento genético: busca investigar as origens dos conceitos utilizados pelo legislador; **elemento gramatical ou filológico:** também chamado de literal ou semântico, a análise se realiza de modo textual e literal; **elemento lógico:** procura a harmonia lógica das normas constitucionais; **elemento sistemático:** busca a análise do todo; **elemento histórico:** analisa o projeto de lei, a sua justificativa, exposição de motivos, pareceres, discussões, as condições culturais e psicológicas que resultaram na elaboração da norma; **elemento teleológico ou sociológico:** busca a finalidade da norma; **elemento popular:** a análise se implementa partindo da participação da massa, dos "corpos intermediários", dos partidos políticos, sindicatos, valendo-se de instrumentos como o plebiscito, referendo, *recall*, veto popular etc; **elemento doutrinário:** parte da interpretação feita pela doutrina; **elemento evolutivo:** segue a linha da mutação constitucional.⁹⁸

Esse método prioriza o texto constitucional, atribuindo ao intérprete a função de desvendar o verdadeiro significado e sentido na norma constitucional.

2.2.2 Método tópico-problemático

O método tópico-problemático objetiva solucionar determinado caso concreto por meio da aplicação da norma constitucional. A interpretação da Constituição é realizada de forma mais aberta, diante do caráter prático do método.

⁹⁷ CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional e teoria da Constituição, 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 212-213 *apud* LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 153.

⁹⁸ LENZA, Pedro. *op. cit.*, p. 153-154.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino elucidam algumas premissas do referido método

(1) a interpretação constitucional deve ter um caráter prático, buscando resolver problemas concretos; (2) as normas constitucionais têm caráter fragmentário (não abrangem todas as situações passíveis de ocorrer na realidade social, mas só as mais relevantes) e indeterminado (possuem elevado grau de abstração e generalidade); (3) as normas constitucionais são abertas, por isso, não podem ser aplicadas mediante simples operações de subsunção (enquadramento direto de casos concretos nas hipóteses nelas descritas), o que implica deva ser dada preferência à discussão do problema.⁹⁹

2.2.3 Método hermenêutico-concretizador

Em sentido oposto ao método explicado anteriormente, o método hermenêutico-concretizador parte da norma para o caso concreto, possuindo uma carga de subjetivismo que permite que o intérprete utilize das suas pré-compreensões sobre o assunto na análise da norma constitucional.

Pedro Lenza faz alusão a três pressupostos interpretativos desse método: pressupostos subjetivos (utilização das pré-compreensões sobre o tema); pressupostos objetivos (atuação como mediador entre a norma e a situação concreta) e círculo hermenêutico (“movimento de ir e vir” do subjetivo para o objetivo).¹⁰⁰

2.2.4 Método científico-espiritual

Segundo o método científico-espiritual a interpretação da Constituição deve considerar a realidade social, mostrando-se como um processo dinâmico, tendo em vista que acompanha as diversas mudanças vividas pela sociedade.

O Ministro Gilmar Mendes¹⁰¹, acrescenta que no método científico-espiritual “Enxerga-se a Constituição como um sistema cultural e de valores de um povo, cabendo à interpretação aproximar-se desses valores subjacentes à Constituição”, ressalta, no entanto, que esses valores “estão sujeitos a flutuações, tornando a interpretação da Constituição

⁹⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 67.

¹⁰⁰ LENZA, Pedro. op. cit., p. 154.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 90.

fundamentalmente elástica e flexível, submetendo a força de decisões fundamentais às vicissitudes da realidade cambiante”.

2.2.5 Método da comparação constitucional

Esse método de interpretação permite a comparação entre diversas constituições de outros ordenamentos jurídicos, de modo a abstrair novas formas de solução de problemas aplicadas ao caso concreto.

Nesse sentido, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino

A interpretação comparativa pretende captar a evolução de institutos jurídicos, normas e conceitos nos vários ordenamentos jurídicos, identificando suas semelhanças e diferenças, com o intuito de esclarecer o significado que deve ser atribuído a determinados enunciados linguísticos utilizados na formulação de normas constitucionais.¹⁰²

2.2.6 Método normativo-estruturante

Para o método normativo-estruturante, a norma constitucional reflete apenas uma parte da realidade social, que para ser concretizada depende da atuação jurisdicional e administrativa, além da legislativa.

Lenza esclarece que “o teor literal da norma (elemento literal da doutrina clássica), que será considerado pelo intérprete, deve ser analisado à luz da concretização da norma em sua realidade social”.¹⁰³

2.3 Princípios da interpretação constitucional

Além dos métodos de interpretação constitucional, no processo de interpretação do texto constitucional, faz-se necessário estudar os princípios de interpretação constitucional, desenvolvidos por Konrad Hesse, Canotilho e, posteriormente, por outros autores brasileiros.

Dentre os princípios de interpretação constitucional, destacam-se: unidade da constituição, concordância prática, justeza, efeito integrador, máxima efetividade, força

¹⁰² PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 69.

¹⁰³ LENZA, Pedro. op. cit., p. 155.

normativa da Constituição, interpretação conforme a Constituição e proporcionalidade/razoabilidade.

2.3.1 Princípio da unidade da Constituição

O princípio da unidade preceitua que as normas constitucionais devem ser analisadas como um sistema unitário de regras e princípios, interpretando a Constituição como um todo e não de forma isolada.

Desse modo, a constituição “visa conferir um caráter ordenado e sistematizado para as disposições constitucionais”, além de ser “um agrupamento de preceitos integrados, alinhavados pelo ideal de unidade”, evitando-se que o texto constitucional se torne em “um conjunto caótico de normas desconectadas e esparsas”¹⁰⁴.

2.3.2 Princípio da concordância prática ou da harmonização

Esse princípio preconiza que diante de conflitos entre princípios, estes devem ser tratados de forma igualitária e harmônica, impedindo que um se coloque em posição hierarquicamente superior aos demais e reafirmando a ideia de que não existe princípio absoluto.

Pedro Lenza aduz que “os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque”¹⁰⁵.

2.3.3 Princípio do efeito integrador

Com relação ao princípio do efeito integrador, o Ministro Alexandre de Moraes leciona que “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política”¹⁰⁶.

2.3.4 Princípio da justeza ou da conformidade funcional

Também conhecido como correção, conformidade ou exatidão funcional, esse princípio apregoa que o STF, assim considerado como intérprete máximo da Constituição, não deve atuar como legislador positivo, em observância ao princípio da separação dos poderes e respeito às funções constitucionais estabelecidas pela Magna Carta.

¹⁰⁴ MASSON, Nathalia. op. cit., p. 62.

¹⁰⁵ LENZA, Pedro. op. cit., p. 157.

¹⁰⁶ MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 15.

A doutrinadora Natalia Masson ainda acrescenta que

[...] a origem deste princípio na Alemanha é, justamente, o combate ao ativismo judicial, numa clara tentativa de conter a participação mais intensa do Tribunal Constitucional nos debates político-jurídicos, ao argumento de que o campo político deve se manter reservado ao legislador.¹⁰⁷

2.3.5 Princípio da máxima efetividade

Também conhecido como princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, o princípio da máxima efetividade visa atribuir à norma o sentido que tenha maior efetividade social para esta norma e, por conseguinte, maior eficácia.

Desse modo, Gilmar Mendes esclarece que

A eficácia da norma deve ser compreendida como a sua aptidão para produzir os efeitos que lhes são próprios. Esse princípio, na realidade, vem sancionado, entre nós, no §1º do art. 5º da Constituição, que proclama a aplicação imediata das normas definidoras programáticas podem levar à inconstitucionalidade de leis que lhes sejam opostas é, igualmente, expressão desse princípio.¹⁰⁸

Observa-se que o referido princípio possui maior aplicabilidade nas normas constitucionais programáticas e na concretização dos direitos fundamentais.

2.3.6 Princípio da força normativa da constituição

O princípio da força normativa da constituição, idealizado por Konrad Hesse, enuncia que o intérprete deve tentar extrair a máxima aplicabilidade da norma constitucional.

Canotilho, citado por Pedro Lenza, ensina que

[...] na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às

¹⁰⁷ MASSON, Nathalia. op. cit., p. 65.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 94.

soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a 'atualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.¹⁰⁹

2.3.7 Princípio da proporcionalidade/razoabilidade

O princípio da proporcionalidade e razoabilidade está relacionado ao controle de legalidade dos atos administrativos discricionários, que possibilita a análise do mérito dos atos administrativos ficando restrito, nesses casos, à aferição dos princípios da razoabilidade, da moralidade e da eficiência.

Para aplicação desse princípio é necessária a implementação de três elementos, conforme explanado por Pedro Lenza

Necessidade: por alguns denominada **exigibilidade**, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa; **adequação:** também chamado de **pertinência** ou **idoneidade**, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido; **proporcionalidade em sentido estrito:** sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.¹¹⁰

O princípio em questão ganha maior destaque diante da aparente colisão entre princípios e valores constitucionalizados.

2.3.8 Princípio da interpretação conforme a Constituição

Esse princípio ensina que diante de normas polissêmicas ou plurissignificativas, assim entendidas como aquelas para as quais pode se atribuir mais de um significado, deve-se priorizar a interpretação do modo mais compatível com a Constituição e seus preceitos, ou seja, conforme a Constituição.

Nesse sentido, leciona o Ministro Alexandre de Moraes

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos

109 CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional e teoria da Constituição, 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 229 *apud* LENZA, Pedro. op. cit. p. 158.

110 LENZA, Pedro. op. cit., p. 159.

editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico. 111

Observa-se, dessa forma, que o princípio da interpretação conforme a constituição guarda relação com os conceitos de controle de constitucionalidade, já que as interpretações que forem incompatíveis com as normas constitucionais poderão ser declaradas inconstitucionais.

Ademais, importante frisar que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, há certos limites impostos ao princípio em questão, para evitar que o intérprete atue como legislador positivo

É que até mesmo a técnica de interpretação conforme tem limites. Ela significa, sim, a recusa de incidência a um determinado sentido desse ou daquele preceito da lei interpretada, por incompatibilidade com a Constituição Federal, mas sob a condição de que semelhante operação não acarrete indeterminabilidade de sentido da parte remanescente da lei em causa. É dizer, a técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursão do intérprete em legiferação por conta própria. (p. 62)112

Seguindo a mesma linha, além dos limites impostos ao princípio da interpretação conforme a constituição, nos termos dos ensinamentos de Nathalia Masson, há certas regras que devem ser respeitadas quando de sua aplicação, quais sejam

(i) primeiro, se o texto do dispositivo é unívoco, isto é, não tolera interpretação múltiplas, não há que se falar em interpretação conforme. [...]

111 MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 16.

112 ADPF 130 / DF, Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJe nº 208, Divulgação 05-11-2009, Publicação 06-11-2009, Ementário nº 2381-1.

(ii) segundo, não são aceitáveis violações à literalidade do texto, afinal o intérprete encontra seu limite de atuação no perímetro que envolve as possibilidades hermenêuticas do texto, não podendo, jamais, atuar como legislador positivo, criando norma nova a partir da tarefa interpretativa. Tampouco está o intérprete autorizado a ferir a finalidade inequivocamente pretendida e desejada pelo legislador, haja vista os objetivos da lei terem de ser considerados. Em outras palavras: a vontade do juiz-intérprete não pode simplesmente substituir a do legislador, de forma que a interpretação funcione como um princípio de autolimitação judiciária¹¹³.

A doutrina pátria subdivide o princípio da interpretação conforme três tipos: interpretação conforme com redução do texto, interpretação conforme sem redução do texto, conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade e interpretação conforme sem redução do texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade¹¹⁴

- a) Interpretação conforme com redução do texto: nessa hipótese ocorrerá a declaração de inconstitucionalidade de parte do texto ou expressão, que, a partir dessa exclusão, permitirá uma interpretação compatível com o texto constitucional;
- b) Interpretação conforme sem redução do texto, conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade: nessa situação a norma só será considerada constitucional se interpretada de uma determinada forma, ou seja, o Supremo Tribunal Federal especifica qual a interpretação está em conformidade com a Constituição Federal;
- c) Interpretação conforme sem redução do texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade: aplica-se aos casos em que o STF limita o alcance da norma, excluindo as interpretações que não possuem compatibilidade com a Carta Magna.

Nota-se que a interpretação conforme a Constituição prioriza sempre a compatibilidade da norma analisada com o texto constitucional, excluindo-se ou incluindo-se interpretações que garantam a constitucionalidade da norma, seja com ou sem redução de texto.

113 MASSON, Nathalia. op. cit., p. 61.

114 MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 17/18.

2.4 Mutação Constitucional

A mutação constitucional é mais um auxílio que o intérprete possui no processo de interpretação das normas, pelo qual, considerando que vivemos em uma sociedade dinâmica, que sofre interferências da atual situação econômica, política, histórica e ideológica do Estado e que a norma fundamental deve refletir a realidade da sociedade, o intérprete deverá interpretar a Constituição como um todo, de forma sistêmica, visando extrair o real sentido do texto constitucional, sem contrariar a intenção do legislador constituinte.

Sobre a mutação constitucional, importante destacar os preceitos elencados pelo Ministro Gilmar Mendes

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional¹¹⁵.

Assim, de regra, a Constituição Federal, classificada como uma constituição rígida, exige que para ser alterada seja observado um processo de alteração mais dificultoso do que o processo de alteração das demais normas infraconstitucionais, conforme disposto no art. 60¹¹⁶ da Constituição. No entanto, para que a Constituição não

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 132.

¹¹⁶ "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

seja uma simples “folha de papel”, como expressado Pedro Lenza¹¹⁷ ao referenciar Ferdinand Lassale, mas reflita a efetiva realidade social de um Estado, é necessário que a norma constitucional acompanhe o processo de transformação da sociedade e admita interpretações que representem o real sentido da norma, sem contrair o objetivo do legislador constituinte e as demais normas e princípios constitucionais.

Extraí-se, dessa forma, que, no processo de interpretação constitucional, há diversos métodos e princípios que devem ser observados, com o intuito de garantir a supremacia da Constituição, dar máxima efetividade às normas constitucionais, bem como limitar a atuação dos intérpretes de modo a garantir o equilíbrio e harmonia entre os Poderes da República.

3 ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O ativismo judicial remonta em uma mudança de paradigma, pelo qual o Poder Judiciário deixa de ser um mero coadjuvante ou apenas aplicador das leis, exercendo um papel secundário, como idealizado pela teoria da tripartição dos Poderes, de Montesquieu, e passa a atuar como verdadeiro guardião e defensor das normas constitucionais, agindo de forma mais proativa em relação aos demais Poderes, na busca pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

3.1 Origem e definição

O ativismo judicial possui uma relação muito forte com o controle de constitucionalidade e o princípio da supremacia da constituição, fazendo crer que tais institutos desempenham um papel fundamental no surgimento do ativismo judicial, como ressaltado a seguir

No período do pós-guerra, o surgimento de várias constituições, a constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais, a criação de Tribunais Constitucionais e o desenvolvimento de modelos de controle de constitucionalidade contribuíram para que se disseminasse a superioridade normativa da Constituição, que teve origem no *judicial review*.¹¹⁸

Os autores explicam que o *judicial review* ocorre quando se atribui ao Poder Judiciário “o exercício do controle de constitucionalidade concreto com fito de rever os

[...]”

117 LENZA, Pedro. op. cit., p. 73.

118 SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. op. cit., p. 43.

atos legislativos do Congresso que estivessem em desconformidade com a Constituição, assumindo uma função nitidamente contramajoritária”¹¹⁹.

Vale salientar que o *judicial review* está relacionado ao controle difuso de constitucionalidade que possui como origem histórica o caso *Marbury v. Madison*, no qual a corte norte-americana decidiu que, diante de um conflito entre uma lei em um caso concreto e a Constituição, esta deve prevalecer por ser hierarquicamente superior.

A doutrinadora Tassinari ressalta três pontos que demonstram como a atuação do Poder Judiciário nos Estados Unidos são relevantes para os estudos do ativismo judicial, a saber

Primeiro, porque foi no seio da tradição jurídica estadunidense que surgiram as discussões sobre ativismo judicial; *segundo*, porque, em face da insurgência do constitucionalismo democrático no Brasil e a consequente mudança produzida no que diz respeito ao papel assumido pela jurisdição, a doutrina brasileira passou a incorporar a expressão ativismo judicial, algumas vezes acompanhada (senão fundamentada) pelos aportes teóricos norte-americanos; *terceiro* [...], porque, diante de tudo isso, importa analisar quais as possibilidades de realizar esta transposição de teorias ao Direito Brasileiro.¹²⁰

Assim sendo, pode-se inferir que os Estados Unidos exerceram forte influência no surgimento da postura mais proativa do Poder Judiciário, sendo, inclusive, o primeiro país a utilizar a expressão “ativismo judicial”¹²¹.

No entanto, o termo *ativismo judicial*, ao contrário do que se possa imaginar, não foi utilizado pela primeira vez em um contexto jurídico, mas a partir da publicação de uma matéria do historiador Arthur Schlesinger na revista *Fortune*, cujo objetivo era fazer uma análise do perfil dos juízes da corte norte-americana de 1947

A própria nomenclatura *judicial activism* surgiu num contexto não-técnico, objeto de um magro artigo numa revista leiga de atualidades, a *Fortune*, ‘entre propagandas de Whisky e Aqua Velva’. O autor, Arthur Schlesinger Jr, respeitável jurista, dedica-se a descrever as profundas divisões ideológicas entre os nove membros

¹¹⁹ Ibid., p. 37.

¹²⁰ TASSINARI, Clarissa. op.cit., p. 65/66.

¹²¹ Ibid., p. 65.

da Suprema Corte americana em 1947. Não estava motivado por nenhum propósito de declinar alguma teoria do papel do Judiciário; ao contrário, a matéria se concentrava em revelar as antipatias que os juízes nutriam uns pelos outros e as suas divergências pessoais [...]. Tratava-se, pois, de um relato de mexericos com o evidente intuito de cativas um público leigo [...]122

O autor Keenan D. Kmiec¹²³, citado por Tassinari, ressalta que ativistas judiciais eram “aqueles juízes cuja atuação revelava-se comprometida com a realização de políticas de bem-estar (Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge)”, lado outro, os “campeões do auto-comedimento” ou autocontenção, eram àqueles juízes que “entendiam que os objetivos sociais não deveriam apenas ser alcançados pelo Judiciário, mas também pelos outros Poderes”, incluindo-se, nessa classificação, os juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert. H. Jackson.

No Brasil, pode-se destacar o relevante papel que a Constituição Federal de 1988 teve no processo de afirmação do ativismo judicial. A Carta Magna auxiliou na redemocratização da República, marcando o êxodo de um período de Ditadura Militar e autoritarismo, apresentando como missão precípua assegurar direitos e garantias fundamentais, trazendo mecanismo que buscassem efetivar tais direitos.

Além disso, a atribuição de garantias aos membros do Poder Judiciário, bem como a previsão de uma atuação mais presente do Ministério Público e da Defensoria Pública, contribuíram muito sobremaneira para que a atividade jurisdicional passasse a ter uma postura mais proativa com relação aos demais Poderes, na tentativa de concretizar os princípios e direitos constitucionais.

3.2 Características do Ativismo Judicial

Preceitua-se que o ativismo judicial objetiva extrair o máximo das potencialidades da norma constitucional, sem invadir, todavia, a competência legiferante do Poder Legislativo.

122 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 389 *apud* RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: Características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 49/50.

123 Kmiec, Keenan D. The origin and the current meaning of “judicial activism”. *California Law Review*, vol. 92., n. 5, p. 1441-1477.2004 *apud* TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 66.

No entanto, para se classificar uma decisão como ativista, não há critérios objetivos e unânimes predefinidos, tratando-se na verdade de uma construção jurisprudencial, conforme demonstrado pelo Ministro Luís Barroso

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.¹²⁴

Observa-se que, segundo esse entendimento, uma decisão poderá ser considerada como ativista: se ocorrer a aplicação direta da Constituição a situações que não estejam expressamente contempladas em seu texto; diante da declaração de inconstitucionalidade de normas emanadas do Poder Legislativo, utilizando-se de critérios menos rígidos do que o de costume ou ainda no caso de imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, quando for verificada inércia do legislador ou políticas públicas insuficientes.

Lado outro, não há como se falar em ativismo judicial sem fazer referência à autocontenção judicial, que seria o oposto do ativismo judicial, assim considerada como a postura na qual o Poder Judiciário busca reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. p. 10/11.

O Ministro Barroso traz como característica da autocontenção a possibilidade de “abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos”.¹²⁵

A autocontenção judicial preponderou até a promulgação da Constituição de 1988, revelando-se como uma forma de restringir o alcance da Constituição, em detrimento das instâncias tipicamente políticas.

Importante ressaltar ainda que os conceitos de ativismo judicial e autocontenção não se confundem com termos liberalismo e conservadorismo, ou seja, juízes liberais podem adotar posturas ativistas ou autorrestritivas e vice-versa, levando em consideração o tipo de demanda que estão julgando.¹²⁶

Fazendo um paralelo com o contexto histórico brasileiro, percebe-se que a postura de autocontenção predominou até a entrada em vigor da chamada Constituição Cidadã, momento pelo qual, sob influência do novo paradigma de garantia dos direitos fundamentais, se passasse a observar uma ação mais proativa do Poder Judiciário.

3.3 Diferença entre Ativismo Judicial e Judicialização da Política

A judicialização da política e o ativismo judicial apesar de referirem-se a conceitos distintos, possuem uma linha de diferenciação muito tênue, sendo comum a utilização de um conceito em lugar do outro, mesmo porque os referidos termos são contemporâneos entre si. Nesse sentido, vale registrar os ensinamentos trazidos por Isabella Saldanha e Magno Federici

O enorme desprestígio do Poder Legislativo, como órgão eficaz para canalizar e expressar a vontade dos cidadãos diante do *déficit* da democracia representativa implicou a modificação das regras do jogo democrático, de forma que o diálogo travado na arena política se estendeu para a arena judicial. Na verdade, a crise que assola a democracia representativa – tanto pela retratação do espaço de tomada de decisões políticas, em razão da dificuldade de obtenção de consenso para a formação de uma maioria parlamentar em temas complexos quanto pela falta de interesse da maioria dos parlamentares em deliberar sobre eles – representou um incentivo

¹²⁵ Ibid., p. 11.

¹²⁶ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR; Jorge Ferraz de. **Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil**. p. 28. *in* Revista de informação legislativa, v. 51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014.

para o protagonismo assumido pela jurisdição constitucional brasileira.¹²⁷

Depreende-se que o protagonismo do Poder Judiciário está associado a uma maior retração do Poder Legislativo, de modo a revelar uma crise na democracia representativa que apresenta dificuldade em expressar a vontade popular. Além disso, a omissão dos parlamentares em enfrentar temas complexos faz com que os cidadãos busquem a tutela jurisdicional do Estado para resolver tais demandas.

Quanto ao fenômeno da judicialização da política, importante destacar o posicionamento de Clarissa Tassinari

[...] a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa). Isto é, esta questão está ligada a uma análise contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido. 128

Desse modo, a judicialização da política há de ser considerada como um reflexo da sociedade contemporânea, que espera que o Poder Judiciário solucione as suas demandas, relacionadas, nesse caso, à inércia dos Poderes Legislativo e Executivo.

O ativismo judicial, por sua vez, faz alusão à postura mais proativa do Poder Judiciário na interpretação das normas constitucionais, que, na tentativa de efetivar direitos fundamentais emite ordens que exigem uma conduta ativa ou omissiva dos demais poderes.

Tassinari ressalta dificuldades em estabelecer um conceito definido e fechado para o termo ativismo judicial, mas assevera que há algumas perspectivas de abordagens que devem ser destacadas

a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como

127 SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 52.

128 TASSINARI, Clarissa. op.cit., p. 32.

sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso configuraria muito mais judicialização); c) como abertura à discricionariedade do ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outros. 129

O Ministro Luís Roberto Barroso, por outro lado, traz a seguinte diferenciação entre o ativismo judicial e a judicialização da política

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. 130

Assim sendo, assevera-se que a judicialização da política é uma consequência lógica do ordenamento jurídico adotado atualmente, em que a Constituição se revela em posição de superioridade às demais normas. Já o ativismo judicial permite que demandas antes a cargo apenas dos Poderes Legislativo e Executivo, hoje sejam discutidas em sede do Poder Judiciário, com o objetivo de efetivar direitos fundamentais.

3.4 Aspectos positivos e negativos do Ativismo Judicial

Conforme explanado em momento anterior, a ideia de ativismo judicial está associada a atuação mais proativa do Poder Judiciário na tutela de preceitos constitucionais e efetivação de direitos fundamentais, diante da omissão dos demais Poderes da República em executar aquilo que a doutrina chama de funções típicas, como por exemplo, a função administrativa do Poder Executivo e a função legiferante do Poder Legislativo.

129 Ibid., p. 33.

130 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** p. 6.

Nesse interim, formam-se duas correntes: aqueles que defendem a postura ativista do Poder Judiciário e, de outro lado, os que consideram que tal comportamento mostra-se incompatível com o ordenamento jurídico vigente.

3.4.1 Pontos negativos

A ilegitimidade é o primeiro argumento utilizado pelos doutrinadores e juristas que são contrários ao ativismo judicial exercido por membros do Poder Judiciário, já que estes não foram escolhidos pelo povo e, por tanto, não poderiam agir em seu nome.

Compactuando desse posicionamento, o Ministro da Suprema Corte Americana, Antonin Scalia, conhecido por adotar uma conduta extremamente conservadora, em uma entrevista oferecida à Revista Justiça & Cidadania, ao ser questionado sobre o papel do juiz na interpretação do texto constitucional foi categórico em afirmar que

Eu não acredito nisso. Você não pode ter uma democracia sem a palavra escrita. O único jeito da sociedade ter sua vontade reconhecida é através da palavra escrita, que ela adotou em estatutos ou na Constituição, através de seus representantes no Legislativo. Se você quer manter a democracia, o trabalho do juiz é dar à lei uma justa interpretação, ser fiel ao que o povo escolheu, e não ao que o magistrado pensa ser a “melhor ideia” para um caso específico. Esse não é o papel do juiz! Muitas vezes eu chego a conclusões, que considero, sinceramente, idiotas, mas não é meu trabalho julgar se essas decisões são inteligentes ou não, esse trabalho é do Congresso. Meu trabalho é dar uma justa e honesta interpretação à Constituição dos EUA.¹³¹

Seguindo esse raciocínio, a função do juiz está limitada a interpretar e executar fielmente os preceitos legais, em respeito ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista que os integrantes do Poder Legislativo são imbuídos de Poder constituído pela Carta Magna para representar o povo e, por conseguinte, as leis são reflexos da vontade da popular, criadas por meio de seus representantes.

Na mesma entrevista, ao ser indagado se o ativismo judicial contribuía para a democracia, o Ministro foi ainda mais radical, arguindo que

¹³¹ O Executivo não pode interferir no judiciário – entrevista exclusiva: Antonin Scalia, Ministro da Suprema Corte Americana. Revista Justiça & Cidadania, Rio de Janeiro, 16 de fev. 2016.

Os juízes sabem o que é melhor para a sociedade? Os juízes são o segmento mais aristocrata da sociedade! Eles não são os homens do povo. Se você quer saber o que o povo quer e pensa, vá para o Legislativo e não para um Tribunal! A única coisa que os juízes sabem é o que eles acham que é melhor para o povo.¹³²

A possível ofensa ao princípio constitucional da separação dos Poderes é outra justificativa para manifestar-se contrariamente ao ativismo judicial. Segundo essa tese, o Poder Judiciário não pode interferir na esfera de atuação dos demais Poderes e vice-versa, pois isso representaria um risco a própria República.

Dessa forma, deve-se respeitar a independência dos Poderes de modo a garantir o equilíbrio e harmonia entre eles. Não sendo possível que o Poder Judiciário, por exemplo, intervenha nas atribuições destinadas ao Poder Executivo e Legislativo, como nos casos de implementação de políticas públicas ou interpretação de leis infraconstitucionais conforme a constituição, que mudam o sentido na norma sem alterar a literalidade do texto.

Nesse diapasão, Lênio Streck pondera que as convicções pessoais dos magistrados não podem interferir em suas decisões jurídicas

O cidadão tem sempre o direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor, mas simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição. Cada juiz tem convicções pessoais e ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a decisão se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou convicções pessoais. A moral ou a política não corrigem o Direito. Juiz nenhum pode pensar assim. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. Aí sim estará assegurada a integridade do Direito.¹³³

Depreende-se que a intenção, nesse caso, é de conferir às decisões judiciais o máximo de objetivismo, no qual a lei seja aplicada de forma igualitária a todos, sem possibilidade de interpretações subjetivas do aplicador do direito, visando evitar um cenário de insegurança jurídica.

132 Ibid.

133 PINHEIRO, Aline. Justiça lotérica - Ativismo judicial *não é bom para a democracia*. – entrevistado: Lênio Luiz Streck, Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Revista Consultor Jurídico, 15 de mar. 2009.

Aqueles que são contrários ao ativismo judicial alegam ainda que aceitar que o Poder Judiciário vá além de suas atribuições precípua previamente constituídas, acaba por contribuir para a morosidade da justiça e atolamento de processos, já que se torna mais cômodo buscar a tutela jurisdicional e esperar que o juiz decida a sua lide, do que tentar solucionar o problema por outros meios.

3.4.2 Pontos positivos

Há também aqueles que consideram o ativismo judicial benéfico para a sociedade, pois esta seria uma forma de efetivar os preceitos constitucionais e direitos fundamentais, diante da omissão Executiva e Legislativa.

Ademais, não se pode admitir a ofensa a preceitos constitucionais com o simples argumento de que os membros do Poder Judiciário não foram eleitos pelo povo, e por isso estar-se-ia desrespeitando a vontade popular e, conseqüentemente, a democracia.

Sobre isso, insta consignar que dentre as funções do Poder Judiciário está zelar pelos direitos humanos e direitos das minorias, haja vista que uma democracia não deve representar apenas a vontade da maioria, mas o respeito a todas as classes.

Dessa forma, para os defensores desse posicionamento, o ativismo judicial contribui, na verdade, para reafirmar o Estado Democrático de Direito, na medida em que combate a inércia e omissão estatal, por meio da concretização de direitos fundamentais.

Outrossim, não se trata de ofensa ao princípio da separação dos Poderes, isto porque, a teoria desenvolvida por Montesquieu também previu o sistema *checks and balances*, mais conhecido como freios e contrapesos. Admitir que os Poderes da República exerçam controle entre si, objetiva garantir que nenhum dos Poderes abuse de suas funções, observando o que a Constituição no art. 2º chama poderes independentes e harmônicos entre si.

Além disso, essa função de fiscalização não é exclusividade do Poder Judiciário, cabe ao Poder Legislativo, por exemplo, exercer o controle político-administrativo e o financeiro-orçamentário do Estado, podendo para tanto questionar atos do Poder Executivo ou mesmo reprová-los, se eivadas de ilegalidade. O Executivo, por sua vez, pode exercer o poder de veto de leis ou ainda editar medidas provisórias, nos casos de relevância e urgência.

Importante ressaltar que, quando provocado, o Poder Judiciário não pode eximir-se de julgar, sendo obrigado a conferir tutela a lesão ou ameaça a direito, em

decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição.

Outro ponto relevante está no fato de que o magistrado não pode ser visto, exclusivamente, como aplicador do direito, isto seria uma forma de engessar a Justiça, além de inviabilizar que a Constituição acompanhe as transformações sociais. Nesse sentido, deve-se levar em consideração que a nossa Lei Maior é chamada de Constituição Cidadã, já que foi promulgada em um período pós ditadura, cuja principal preocupação era resguardar o máximo de direitos possíveis, tendo em vista os longos anos de supressão de direitos vividos pelo povo brasileiro.

A própria Carta Magna¹³⁴ permite uma elasticidade quando o assunto é a tutela dos direitos e garantias constitucionais, admitindo-se a proteção de outros direitos fundamentais, ainda que não expressos, decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição, além dos previstos em tratados internacionais que o Brasil seja parte.

Ressalte-se que possibilitar aos magistrados uma maior flexibilidade na interpretação da Constituição e aplicação da lei ao caso concreto, não dá ensejo a manifestações meramente subjetivas, já que subsiste a obrigatoriedade de observar o princípio da motivação das decisões judiciais, devendo estas serem pautadas nas leis ou princípios constitucionais, expressos ou implícitos.

O Ministro Luís Roberto Barroso aduz sobre algumas objeções ao ativismo judicial

Três objeções podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil. Nenhuma delas infirma a importância de tal atuação, mas todas merecem consideração séria. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.¹³⁵

134 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

135 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 10.

O autor ainda destaca que, quando bem exercida, a jurisdição constitucional, assim entendida como uma postura ativista, representa mais uma garantia do que um risco a legitimidade democrática, ponderando, no entanto, que “A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo”¹³⁶.

No que se refere a politização indevida da justiça o Ministro evidencia alguns pontos que devem ser observados pelo magistrado quando no exercício da atividade jurisdicional

(i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das majorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.¹³⁷

Observa-se que o magistrado deve priorizar por manter a sua imparcialidade, evitando que manifestações meramente políticas interfiram no julgamento das lides, sem, contudo, perder a sensibilidade de adequar as suas decisões às necessidades sociais, não agindo apenas como coadjuvante e aplicador da norma, mas como verdadeiro protagonista na tutela dos preceitos constitucionais.

Quanto aos limites de atuação do Poder Judiciário o Ministro faz referência ao controle recíproco que os Poderes exercem entre si, em observância ao princípio da separação de Poderes, bem como ao sistema de freios e contrapesos, discorrido em momento anterior do presente trabalho.

3.5 Casos práticos de ativismo judicial no Brasil

¹³⁶ Ibid., p. 12.

¹³⁷ Ibid., p. 14/15.

Muitos são os exemplos de ativismo judicial na jurisprudência brasileira, todavia selecionou-se três temas para serem abordados com mais detalhes. O primeiro deles, a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, foi escolhido considerando ser um dos principais pontos de questionamento e controvérsia no que se refere a conduta ativista no Poder Judiciário.

Os outros dois assuntos, Execução provisória da pena após condenação em segundo instância e a Descriminalização do aborto realizado até o terceiro trimestre de gestação, foram selecionados em razão de se tratar de temas recentes, que ainda levantam discussões acaloradas e divide opiniões.

3.5.1 A intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas

Apesar de ser um tema complexo e abrangente, que demandaria um trabalho científico exclusivamente para abordar tal assunto, não é possível falar em ativismo judicial sem fazer referência a implementação de políticas públicas realizadas pelo Poder Judiciário.

Como políticas públicas podemos entender um conjunto de ações positivas desenvolvidas pelo Estado, que objetivam atender as necessidades da população. De regra, a implementação de políticas públicas, é uma ordem constitucional direcionada aos Poderes Legislativo e Executivo, de modo que, ao primeiro cabe definir sobre a destinação e aplicação dos recursos, e ao segundo a execução e implementação de projetos tendentes a concretizar os preceitos constitucionais, como direitos fundamentais, sociais, dentre outros.

Observa-se então que a função típica de executar e elaborar as políticas públicas foi atribuída ao Poder Executivo e Legislativo, no entanto, não raramente nos deparamos com posturas omissivas da administração pública em atender os anseios sociais, colocando em risco a vida das pessoas. Nesse contexto, subsidiariamente, permite-se que o Poder Judiciário, atue na implementação de políticas públicas, visando salvaguardar os direitos fundamentais estabelecidos pela Carta Magna.

Nesse sentido, no bojo da ADPF nº 45/2004 o tema sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas foi enfrentado com maestria

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA **INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA

AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).138

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello, relator da ação de descumprimento de preceito fundamental, destaca que, em regra, são competentes para formular e executar políticas públicas os detentores de mandato eletivo, todavia, tal assertiva não pode ser vista de modo absoluto, de modo que, diante da falibilidade estatal em efetivar os direitos fundamentais, torna-se plenamente possível a intervenção do Poder Judiciário

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.139

138 ADPF 45 MC/DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO.

139 ADPF 45 MC/DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO.

Em outra situação, o STF admitiu, mais uma vez, que o Poder Judiciário adentrasse na órbita de atuação da Administração Pública, impondo a esta obrigação de fazer, no sentido de realizar obras e reformas emergenciais em presídios, diante da comprovada ineficiência administrativa em garantir direitos fundamentais mínimos aos detentos, como a sua integridade física e moral, evidenciando que este é um entendimento pacífico adotado pela Suprema Corte do país

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. **INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.** RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - **É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.** II - **Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.** III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. 140 (*grifo nosso*)

Depreende-se que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, sendo de implementação obrigatória, não cabendo a alegação de insuficiência orçamentária ou financeira, como forma de eximir-se da responsabilidade de salvaguardar os direitos da pessoa humana.

Vale ressaltar, que não se trata de ofensa ao princípio da separação de poderes, já que a própria constituição preceitua que os Poderes da República são independentes e

140 RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

harmônicos entre si, o que permite a fiscalização mútua, bem como a adoção de medidas necessárias, na iminência de condutas que coloquem em risco o Estado Democrático de Direito, a exemplo, da afronta aos direitos fundamentais.

Ademais, a reserva do possível é um dos principais argumentos utilizados pela Administração Pública, como justificava para não concretizar os direitos sociais e implementar as políticas públicas. Todavia, o Estado não pode se esquivar de atender as pretensões e necessidades sociais, arguindo, puramente, a incapacidade econômico-financeira, caso isso fosse possível, estar-se-ia contribuindo para a aplicação irresponsável de recursos públicos, sem a necessária priorização dos gastos na efetivação dos direitos fundamentais e garantia das condições mínimas de existência.

Nesse sentido, a doutrinadora Ana Paula de Barcellos, assevera que

(...) a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.¹⁴¹

Nota-se que deve, o cerne da questão não é o gasto imoderado de recursos públicos para a implementação de políticas públicas, na verdade, deve haver um sopesamento de princípios, no qual a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial,

¹⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 245-246.

irá prevalecer em detrimento da reserva do possível, ou seja, o argumento de contenção dos recursos públicos só poderá ser alegado, depois de garantido o mínimo existencial.

Seguindo o mesmo raciocínio, no voto da ADI nº 3768, a Ministra Carmem Lúcia, disserta acerca do mínimo existencial como sendo

[...] o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais [...] que garantem que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, que não podem atuar no sentido de lhe negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação, de densidade que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado.¹⁴²

Assim, embora, com regra, o Estado possa agir com certa discricionariedade na alocação e destinação dos recursos, excepcionadas as imposições constitucionais de destinação específica de algumas verbas, o mínimo existencial também é uma limitação estatal que necessariamente deve ser observada, antes da alegação de reserva do possível.

É importante ponderar que a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas deve ser vista como uma exceção à regra, devendo ser levada a efeito apenas nos casos de latente afronta aos preceitos constitucionais, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia do mínimo existencial.

Dessa forma, nas situações de omissões injustificadas da Administração Pública, nasce para o Poder Judiciário o poder-dever de intervir na esfera de atuação dos demais poderes, com o fito de concretizar os direitos fundamentais, mesmo que para isso seja necessário efetivar a implementação de políticas públicas. Tal disposição guarda relação com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que preceitua que a lei não excluirá de sua apreciação lesão ou ameaça de direito. Isto porque, as pessoas que buscam a tutela jurisdicional, nesse contexto, tiveram algum direito fundamental social como, saúde, educação, trabalho, dentre outros, ameaçados ou até mesmo lesionados.

3.5.2 Execução provisória da pena após condenação em segunda instância

¹⁴² ADI 3768, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-04 PP-00597 RTJ VOL-00202-03 PP-01096

A possibilidade de prisão pena antes do trânsito em julgado, trata-se de posicionamento adotado pela jurisprudência pátria desde a promulgação da Constituição de 1988 até o ano de 2009, quando o Supremo Tribunal Federal passou a fazer uma leitura mais literal do art. 5º, LVII¹⁴³, da Carta Magna, considerando tal dispositivo uma regra de caráter absoluto que impedia a execução da pena antes da apreciação dos Recursos Especiais e Recursos Extraordinários.

A partir de fevereiro de 2016 no julgamento do HC 126292, a Suprema Corte voltou a posicionar-se no sentido de que a execução provisória da pena na esfera penal após a condenação em segunda instância, não ofende o princípio da presunção de inocência, conforme ementa a seguir

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. **A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.** 2. Habeas corpus denegado.¹⁴⁴ **(grifo nosso)**

No que se refere a essa mudança de jurisprudência do STF, relacionada à admissão da execução da pena após a condenação em segunda instância, o Ministro Barroso, em seu voto, faz uma explanação a respeito do assunto, ressaltando que ocorreu o processo de mutação constitucional, assim entendido como

[...] mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo

¹⁴³ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"

¹⁴⁴ HC 126292, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente. (...) A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser. (...) A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro.¹⁴⁵

Observa-se, desse modo, que a possibilidade da prisão pena após a condenação em segundo grau passou por dois processos de mutação constitucional, alteração da interpretação sem modificação formal da norma. O primeiro no ano de 2009, quando a execução provisória do acórdão penal antes do trânsito em julgado passou a ser inadmissível, e o segundo quando o STF tornou a considerar tal hipótese plenamente possível.

Frise-se, que embora este seja o atual entendimento do STF, a admissão da execução da pena após condenação em segunda instância ainda é um tema controvertido, que divide opiniões entre doutrinadores e juristas do país, além de reacender a discussão acerca das práticas ativistas realizadas pelo Poder Judiciário.

Aqueles que se posicionam contrariamente à aceitação da prisão pena antes do trânsito em julgado, justificam que se trata de uma questão de inconstitucionalidade, haja vista que ofende o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, também conhecido como presunção de inocência.

Outro argumento de tal corrente é que fere o direito fundamental de defesa, já que ao admitir o início da execução da pena antes de esgotar todas as possibilidades de recursos previstas pelo sistema processual brasileiro, estar-se-ia dificultando o exercício do direito de defesa pela parte.

Ademais, segundo os defensores desse posicionamento, seria uma situação de cumprimento ilegal de penal, considerando que a pena ainda pode ser reduzida ou extinta pelos tribunais superiores.

¹⁴⁵ HC 126292, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. (*Inteiro teor do acórdão – p. 32*)

Outrossim, pontuam que a antecipação dessas prisões causaria um aumento considerável na população carcerária, o que geraria um problema de ordem social e o agravamento da crise do sistema penitenciário decorrentes da superlotação.

Lado outro, aqueles que defendem o início da execução da pena após a condenação em segunda instância, rebatem que não há violação ao direito fundamental de defesa e tão pouco ao princípio do duplo grau de jurisdição, já que a decisão judicial continuará sendo obrigatoriamente revista por uma instância superior.

Sobre esse assunto, o nobre Ministro Luís Roberto Barroso, destaca em seu voto, no julgamento do HC que deu ensejo a mudança de entendimento, que a prisão pena antes do trânsito em julgado, fundamenta-se pela conjunção de três fundamentos jurídicos, a saber

[...] (i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecurribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988; (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144); (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.¹⁴⁶

Segundo o Ministro, não haveria ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, já que a ordem emanada pela Carta Magna é a garantia da não culpabilidade anterior ao trânsito em julgado, e não a vedação da prisão antes de

¹⁴⁶ HC 126292, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. (*Inteiro teor do acórdão – p. 27/28*)

esgotados todos os recursos. Ademais, o pressuposto de validade para a decretação da prisão é a existência de ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária competente, não se exigindo, necessariamente, o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Além disso, pela natureza de princípio e diante da inexistência de princípio absoluto, este pode ser relativizado no caso de aparente colisão de princípios, sendo possível que a efetividade da lei penal, também prevista na constituição, prevaleça sobre aquele.

Outro argumento utilizado é que o sistema processual vigente é defasado e admite uma infinidade de recursos meramente protelatórios, o que contribui para a morosidade da justiça e, conseqüentemente, diversos casos de impunidade.

Isso se dá, já que a grande quantidade de recursos disponíveis faz com que as sentenças se tornem sem efeito, diante do risco da prescrição da pena ou cumprimento tardio desta, a exemplo, do que aconteceu com o ex-senador Luís Estevão condenado em 1992 por desviar R\$ 169 milhões de uma obra, sendo preso apenas em 2016, após o trânsito em julgado. E depois de apresentar mais de 30 recursos aos tribunais superiores, tendo o seu processo perdurado por vinte e quatro anos.

Outro caso é o do ex-jogador Edmundo que, apesar de condenado por atropelar e matar três pessoas dirigindo em alta velocidade na Lagoa Rodrigo de Freitas, saiu totalmente impune, já que após a interposição de 21 recursos, ao longo de doze anos depois da condenação, o crime prescreveu.

Nesse sentido, o Ministro Barroso ressalta ainda a existência de três fundamentos pragmáticos acerca da possibilidade de execução da pena após a condenação em segunda instância, quais sejam

[...] (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice

de acolhimento. 4. Denegação da ordem. Fixação da seguinte tese: **“A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade”**.¹⁴⁷ (*grifo nosso*)

Frise-se ainda que, os Tribunais Superiores não reveem provas e questões de fato, atendo-se apenas às questões de direito. Outrossim, conforme pesquisa realizada pela assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, “(...) o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. (...) em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões”.

3.5.3 Descriminalização do aborto realizado até o terceiro trimestre de gestação

A descriminalização do aborto efetivado até o terceiro trimestre de gestação, também é um tema sensível que provocou uma grande reação no mundo jurídico e político, bem como, o questionamento mais uma vez, se o Poder Judiciário não estaria legislando.

Ressalte-se que a referida decisão foi tomada pela Primeira Turma do STF, em sede de controle de constitucionalidade difuso, portanto, não possui efeito vinculante e *erga omnes*. Todavia, gerou um precedente na Suprema Corte sobre o assunto, senão vejamos

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm

¹⁴⁷ HC 126292, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. (*Inteiro teor do acórdão – p. 28*)

trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. **Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.** 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento

da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.¹⁴⁸ (*grifo nosso*)

Os argumentos utilizados pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Rosa Weber, para fazer interpretação conforme à constituição, de modo a não mais considerar como figura típica o aborto quando realizado no primeiro trimestre de gestação foram possíveis violações aos seguintes direitos: a) direitos sexuais e reprodutivos da mulher, já que esta não pode ser coagida pelo Estado a manter uma gestação indesejada; b) a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; c) a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; d) a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

Além disso, os defensores dessa corrente alegam que o aborto clandestino continua a matar inúmeras mulheres, principalmente as de baixa renda, que se submetem a procedimentos mais baratos, realizados por pessoas sem quaisquer preparos e em lugares inapropriados, que colocam em risco a vida gestante.

Outrossim, sustentam que fere o princípio da proporcionalidade, já que a penalização do aborto não inibe a prática da conduta, mas tão somente impede que este seja praticado de forma segura, bem como, consideram que há meios mais eficazes e menos lesivos para se evitar gestações indesejadas, como por exemplo, educação sexual, distribuição de contraceptivos, dentre outros, além de, ponderar que é uma medida desproporcional em sentido estrito, pois gera custos sociais, tais como, problemas de saúde pública e mortes, superiores aos benefícios que produz.

Contrariamente, aqueles que são desfavoráveis à prática do aborto, mesmo quando realizada até o terceiro trimestre de gestação, apresentam como principal argumento o fato de que tal conduta fere o direito à vida do nascituro.

O Direito a vida está previsto no *caput*¹⁴⁹ do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, assim como no artigo 6º do Decreto nº 592¹⁵⁰ de 1992, que incorporou o Pacto

¹⁴⁸ HC 124306, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017

¹⁴⁹ “ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

¹⁵⁰ “Art. 6

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no artigo 4º do Pacto de San José da Costa Rica¹⁵¹, de 1969, que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 678 de 1992.

Senão bastasse isso, o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria concepcionista, ressaltando que a leitura do art. 2º¹⁵² do Código Civil de 2002, não tem um caráter meramente patrimonial, sendo resguardado ao nascituro a titularidade de direitos da personalidade, dentre os quais o principal deles é o direito à vida

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil - que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento -, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”.

¹⁵¹ “Art. 4 Direito a vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse decreto deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

¹⁵² “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658). 3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. **4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.** 5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. 6. Recurso especial provido. 153 (*grifo nosso*)

Outro ponto abordado pelos nobres ministros é que na esfera penal o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) encontra-se disposto no título referente a "crimes contra a pessoa", que está inserido no capítulo de "crimes contra a pessoa", o que demonstra a clara intenção do legislador infraconstitucional em conceder a devida proteção a vida humana ainda em formação.

Vale destacar que, a prática do aborto, ainda que realizado de forma legalizada oferece riscos a saúde da mulher, "procedimentos clínicos para interrupção da gravidez

153 REsp 1415727/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 29/09/2014.

contêm riscos tanto em situações ilegais quanto legais”, além disso, “As consequências de uma curetagem, por exemplo, vão desde infecções, até perfurações uterinas, infertilidade em gravidezes posteriores e morte”, conforme relatado pela ginecologista-obstetra e coordenadora de assuntos bioéticos e científicos do Movimento Brasil sem Aborto, Luciana Lopes Lemos¹⁵⁴.

A depressão e ansiedade também são consequências sofridas por mulheres que se submetem a interrupção de uma gravidez, sendo tais sintomas mais frequentes em mulheres que provocaram o aborto do que naquelas que sofreram aborto espontâneo.

Insta salientar que, aqueles que são contra a descriminalização do aborto no primeiro trimestre sustentam ainda uma latente afronta ao principal eixo axiológico da Constituição da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que se trata de uma vida humana em formação, sujeito de direitos, que não pode ser considerada apenas como uma parte do corpo da mulher, que poderia dispor livremente sobre a vida do nascituro em favor dos seus desejos e vontades.

Há ainda diversos outros exemplos de ativismo judicial na jurisprudência brasileira, nos quais o Poder Judiciário agirá de forma mais proativa intervindo em questões que, de regra, seriam da competência do Poder Executivo e Legislativo. Todavia, diante da omissão desses Poderes e objetivando concretizar os direitos fundamentais, o Poder Judiciário passa a atuar e opinar em demandas que estariam fora de suas atribuições precípua.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, observa-se que a admissibilidade ou não de uma postura mais proativa do Poder Judiciário com relação aos demais Poderes da República é um tema cercado de bastante controvérsia jurídica e doutrinária, havendo aqueles que apoiam tal conduta, e outros que se manifestam contrariamente ao ativismo judicial.

Durante o desenvolvimento do presente trabalho científico, buscou-se resposta para a seguinte problemática, “O ativismo judicial traz mais benefícios ou malefícios à efetivação do Estado Democrático de Direito?”.

O referencial teórico levantado, inicialmente, em fase de pré-projeto apontava para a hipótese de que a postura mais proativa do Poder Judiciário poderia influenciar no exercício das funções dos demais Poderes e representar um certo risco ao Estado Democrático de Direito e a separação de poderes.

¹⁵⁴ <http://www.generonumero.media/debate-sobre-aborto-mobiliza-opinioes-pro-e-contra/>

Todavia, no decorrer da pesquisa e aprofundamento dos estudos, a partir da análise dos aspectos positivos e negativos do ativismo judicial, bem como do estudo de caso de algumas situações práticas de aplicabilidade de condutas ativistas na jurisprudência pátria, percebeu-se que, na verdade, o ativismo judicial pode ser benéfico à República, sem representar risco à democracia ou ao Estado Democrático de Direito.

Dentre os principais pontos positivos do ativismo judicial, destaca-se que este visa concretizar direitos fundamentais, em especial aqueles relacionados aos direitos sociais, quando são alvos de omissão ou inércia por parte do Poder Legislativo ou Executivo.

Além disso, o Poder Judiciário possui entre suas atribuições o poder/dever de defender e salvaguardar a Constituição da República, dando efetividade não só as suas disposições normativas, mas também a todos os preceitos principiológicos dela decorrentes, previstos de forma expressa ou implícita.

Nesse sentido, importante ressaltar que o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição preceitua que a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, confirmando a responsabilidade do Judiciário na tutela dos direitos fundamentais.

Outro ponto relevante é que o magistrado não pode ser visto apenas como aplicador do Direito, sem possibilidade de dar a Constituição interpretação que reflita a realidade da sociedade contemporânea, pois se isso fosse possível estar-se-ia engessando o sistema judiciário e dificultando a concretização de direitos.

Entretanto, essa questão deve ser vista com reservas, de modo a não dar margem ao subjetivismo imoderado, como exemplo, pode-se citar a decisão da primeira turma do STF que se manifestou a favor da descriminalização do aborto quando realizado no primeiro trimestre de gestação.

Embora seja uma decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade e não produza efeitos *erga omnes* e vinculantes, trata-se de um importante precedente que pode influenciar decisões posteriores. No caso em comento observa-se que o Judiciário excede um pouco de suas atribuições ao exercer a postura de legislador positivo, função esta típica do Poder Legislativo.

No entanto, esse tipo de posicionamento não é a regra, no geral, ao assumir uma postura mais proativa o Poder Judiciário combate omissões dos demais Poderes da República e concretiza direitos e preceitos constitucionais como, por exemplo, na implementação de políticas públicas.

Portanto, o ativismo judicial, quando bem utilizado, não ameaça a democracia, pelo contrário, reafirma a instituição do Estado Democrático de Direito, no entanto, a aplicação das práticas ativistas, como tudo na vida, deve ser realizada de forma moderada, sempre com o intuito precípua de concretizar os direitos fundamentais, evitando-se abusos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática** Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

BOBBIO, Norberto. A Teoria das formas de Governo. 2. ed. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 105 *apud* SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 19.

BOBBIO, Norberto. Locke e direito natural. 2. ed. Tradução Sérgio Bath. Universidade de Brasília: Brasília 1997, p. 223 *apud* SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 27.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 389 *apud* RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: Características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos.** 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 49/50.

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 06 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 22 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 06 de novembro de 1992. Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1415727/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 29/09/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1415727&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 130 / DF, Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJe nº 208, Divulgação 05-11-2009, Publicação 06-11-2009, Ementário nº 2381-1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 124306, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DESCRIMINALIZACAO+DO+ABORTO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yaatnwzt>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 580252, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&pagina=9&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zv2k93o>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016. Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28592581%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zwhlgcv>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 45 MC/DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2845%2EPROC%2E%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/y7oesjgb>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3768, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-04 PP-00597 RTJ VOL-00202-03 PP-01096 Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+3768%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y83hrvzf>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional e teoria da Constituição, 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 229 *apud* LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu, 1931 – Elementos de teoria geral do Estado – 25. ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 111.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** – 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

KMIEC, Keenan D. The origin and the current meaning of “judicial activism”. *California Law Review*, vol. 92., n. 5, p. 1441-1477.2004 *apud* TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 66.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Nathalia. Manual de direito constitucional – 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Trad, MOTA, Pedro Vieira. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 24-25 *apud* SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 30.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

O Executivo não pode interferir no judiciário – entrevista exclusiva: Antonin Scalia, Ministro da Suprema Corte Americana. Revista Justiça & Cidadania, Rio de Janeiro, 16 de fev. 2016. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/o-executivo-nao-pode-interferir-no-judiciario-2/>>. Acesso em: 01 de mar. 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado** – 3. ed., rev. e atualizada – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

PINHEIRO, Aline. Justiça lotérica - Ativismo judicial *não é bom para a democracia*. – entrevistado: Lênio Luiz Streck, Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Revista Consultor Jurídico, 15 de mar. 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR; Jorge Ferraz de. **Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil**. p. 28. *in* Revista de informação legislativa, v. 51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509926>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013 *apud* RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: Características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SIGNIFICADOS. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/poder/>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

SILVA, José Afonso. "O Estado Democrático de Direito". *in* Revista de direito administrativo, 173: 15-34, Rio de Janeiro: Jul./Set. 1988, pg. 21. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEMER, MICHEL. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. – São Paulo: Malheiros, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. 1ª Reimpressão (2012), p. 20 *apud* RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: Características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 51.

CONSTRUÇÃO E EFEITOS DE UMA SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL NO BRASIL

CAIO PEDRA PRATA:
Discente em Ciências
Contábeis pelo Centro
Universitário UNIVERSO
Goiânia.

DEUSDETE PINHEIRO¹⁵⁵
AROLD LENZA JUNIOR
(orientadores)

RESUMO: Inicialmente, este artigo propõe-se a apresentar a evolução histórica do direito societário brasileiro, a fim de atestar sua importância na construção e desenvolvimento das atividades empresariais que hoje norteiam o ordenamento jurídico pátrio. Junto a isso, um comparativo entre os modelos societários existentes e mais utilizados pelo empresário iniciante foram realizados, os prós e contras da figura da EIRELI, bem como a ampla e categórica legislação da sociedade limitada, formaram base para uma nova vertente dessa classe. Produto da lei 13.784/2019, a sociedade limitada unipessoal juntou o melhor dos dois mundos e preencheu as lacunas que se encontravam abertas, indicando assim a possível extinção da empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI. Seguindo um método teórico, de exploração das obras doutrinárias, além de artigos e da própria legislação nacional, este trabalho busca demonstrar os benefícios do apoio legislativo aos anseios populares, assim como os novos caminhos que se abriram.

Palavras-chave: Direito Societário Brasileiro, EIRELI, Legislação, SLU.

1. INTRODUÇÃO

Transitando sobre a pequena história do Direito Societário Brasileiro, o presente artigo busca a realização de um estudo ponderado acerca de sua evolução e origem, além dos módulos legislativos que conduzem o tema, e sobre como se relacionam com o advento da Lei nº 13.784/2019, mais conhecida como Lei da Liberdade Econômica, que abriu novos horizontes aos empresários e estudiosos do direito nacional.

Dispostos em linha cronológica, os desenvolvimentos legislativos abriram as portas de um cenário cada vez mais ideal e confortável aos empreendedores, que apesar do lacônico incentivo por parte da legislação da EIRELI, ainda se viam órfãos de privilégios que realmente estimulassem o empreendedorismo individual. A garantia da limitação de

responsabilidade societária, junto à uma constituição híbrida que permitisse a adesão de um ou mais sócios, compunham alguns dos interesses pretendidos. Sem, claro, barreiras como a obrigatoriedade de capital social não inferior a 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente no país, como é o caso da EIRELI.

Com isso, após alguns anos de debate e afim de sanar os obstáculos, apenas dois parágrafos foram suficientes para contemplar os interesses empresariais. O advento da Sociedade Limitada Unipessoal (SLU) agora como realidade, é apresentada de maneira comparativa junto aos dados e pesquisas que compõem o novo cenário.

De maneira objetiva, o presente artigo busca analisar os caminhos que conduziram as mudanças, além de inspirar novos questionamentos que norteiam o Direito Societário.

2.ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Em meio a uma história um tanto quanto conturbada, as necessárias relações comerciais se iniciaram e tomaram forma ao longo do progresso. A princípio, o direito comercial era aplicado sob três Ordenações Portuguesas (Ordenações Filipinas, Ordenações Manuelinas, Ordenações Afonsinas), que, apesar de sua implementação gradativa, seguindo os avanços e modernizações da época, não eram firmadas a partir dos interesses nacionais.

Com o crescimento eminente da nação brasileira, e antes mesmo da proclamação de sua independência, em 1808 dá-se o início do Direito Comercial Brasileiro com a abertura dos portos às nações amigas. Mas foi só em 1850 que se teve a instituição do Código Comercial Brasileiro, que definiu um instrumento burocrático exclusivo para os interesses mercantis.

No entanto, o tempo demonstrou que a influência francesa na constituição do novo Código ainda não contemplava todo o cuidado que os chamados atos de comércio careciam. Prestação de serviços, negociações imobiliárias e atividades rurais foram esquecidas, e assim, novamente fez-se necessário rever os conceitos e a própria jurisprudência.

Ramos (2014) relata que, sobretudo após a Revolução Industrial, diversas outras atividades econômicas relevantes surgiram, e que muitas delas não se encaixavam nos conceitos de "ato de comércio". Diante disso, a noção de Direito Comercial se tornava obsoleta e o reconhecimento jurídico brasileiro se aproximava cada vez mais ao sistema italiano, que já destacava as vantagens da teoria da empresa.

Tudo isso demonstra claramente que, em nosso ordenamento jurídico, a passagem da teoria dos atos de comércio para a teoria da

empresa não foi algo que aconteceu de repente, simplesmente em razão de uma alteração legislativa, como alguns desavisados podem pensar. Foi o resultado de um processo lento e gradual, que se consolidou, conforme será visto no tópico seguinte, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. (RAMOS, 2014, p. 39).

O Código Civil de 2002 surge estabelecendo uma nova visão, em que suspende a ideia do comerciante e uma sociedade comercial, e traz a figura do empresário e da sociedade empresária. Esta mudança por mais terminológica que seja, expôs um aspecto moderno quanto a empresarialidade, a qual se refere “ao processo de criação e desenvolvimento de projetos empresariais incluindo o empresário como fator fundamental desse processo.” (DINIS & USSMAN, 2005, p. 97)

Desse modo, de maneira enfática o novo Código abandona a teoria dos atos de comércio, e adota a teoria da empresa, dizendo agora que, o então empresário é “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 966 do Código Civil).

A evolução do direito comercial no Brasil

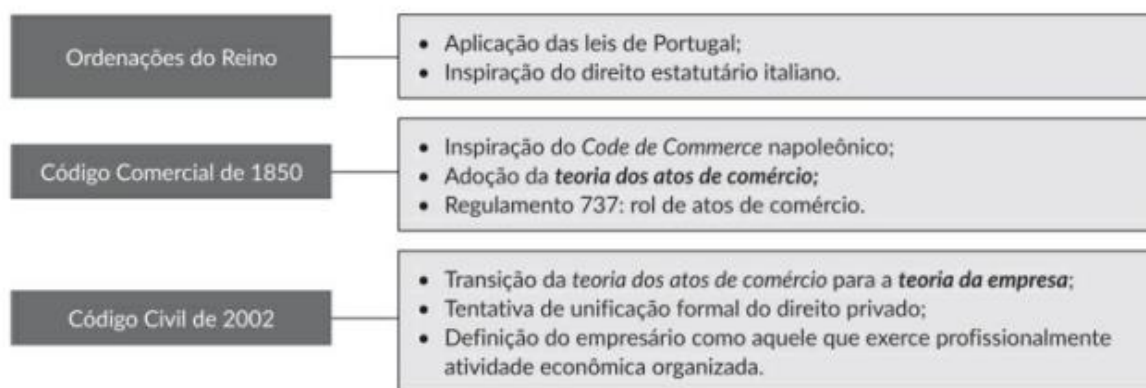


Figura 1: A evolução do direito comercial no Brasil (RAMOS, 2014, p. 41)

2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO SOCIETÁRIO

Adiante, com o então empresário fomentando o desenvolvimento e exploração do mercado, algumas diretrizes práticas foram traçadas a fim de nortear sua execução.

Visando contemplar a coletividade, o princípio da função social busca ressaltar o papel da sociedade empresária enquanto prestadora de serviço coletivo, em outras

palavras, “se estabelece que a função das empresas é atender, prioritariamente, às necessidades básicas das pessoas.” (TELES, 2012, p. 3)

Outro princípio exposto é o da preservação da empresa, onde as atividades econômicas da entidade precisam ser conservadas, pois a abolição de um ofício não afetaria somente o empresário, mas também os colaboradores e aqueles que usufruem do bem ou serviço.

A solução para diversos conflitos de interesse é dada a partir desse princípio, uma vez que é necessário combinar a solução do conflito societário sem comprometer a atividade empresarial, pois a continuidade do empreendimento atinge os trabalhadores, os consumidores, o fisco e inclusive a comunidade. (ABDALLA, 2015, p. 6)

Tem-se também, a presença do princípio da autonomia patrimonial, a qual personifica-se a sociedade empresária e afasta a responsabilidade individual dos sócios das obrigações contraídas pela pessoa jurídica. Deste modo, o artigo 1.024 do Código Civil garante a segurança necessária aos associados, na qual, mesmo em caso de falência, só responderão com bens pessoais em condições muito específicas.

Por fim, o princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, busca estimular o empreendedorismo por meio da limitação de perdas.

Se o insucesso de certa empresa pudesse sacrificar a totalidade do patrimônio dos empreendedores e investidores (pondo em risco o seu conforto e de sua família, as reservas para futura educação dos filhos e sossego na velhice), é natural que eles se mostrariam mais reticentes em participar dela. (COELHO, 2011, p. 184)

A ideia é balancear o risco da exploração empresarial beneficiando o investidor, e conseqüentemente, a sociedade, haja vista que os “bens úteis” à vida produzem-se nas empresas.

2.2 ESPÉCIES E CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES

Atualmente, as sociedades encontram-se presentes no Código Civil brasileiro, bem como em diversas leis dispersas em nossa legislação. Acerca das espécies, tem-se as Sociedades Simples e as Sociedades Empresárias.

A Sociedade Simples (Antiga Sociedade Civil) é a sociedade constituída entre duas ou mais pessoas, que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços,

para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (art. 981 do Código Civil).

São sociedades formadas por pessoas que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (§ único do art. 966).

Por sua vez, as Sociedades Empresárias (Antiga Sociedade Comercial) são aquelas que exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, sendo também sujeitas a inscrição na Junta Comercial do respectivo Estado.

Posto isso, as Sociedades ainda são classificadas segundo diversos critérios, alguns deles são:

Quadro 1 - Classificação das Sociedades

Quanto à personalidade	Personificadas	São pessoas jurídicas, pois tem registro válido no cartório competente.
	Não Personificadas	Não tem o registro no cartório competente desta forma, não são pessoas jurídicas
Quanto à responsabilidade	Ilimitada	Os sócios respondem com seu patrimônio particular por todas as dívidas da sociedade, desde que esta não tenha patrimônio.
	Limitada	Os sócios somente respondem pelo valor do capital que se propuseram a integralizar na sociedade, independentemente de a sociedade ter patrimônio ou não.
	Mista	São sociedades que tem sócios com responsabilidade limitada e com responsabilidade ilimitada.
Quanto à forma do capital	Capital Fixo	Precisa alterar o ato de constituição – contrato social ou estatuto social – para modificar o valor do capital.
	Capital Variável	A alteração do capital independe de alteração do ato constitutivo.
Quanto à importância da pessoa	Da Pessoa	As pessoas são mais importantes para a sociedade do que o capital, isso significa que para ingresso de novos sócios ou para alteração dos sócios depende do consentimento dos demais sócios.
	De Capital	O capital é mais importante que a qualidade dos sócios, isso significa que o ingresso de novos sócios ou a alteração destes independem do consentimento dos demais sócios.

Fonte: <https://direito.legal/direito-privado/resumo-de-sociedade/>. Acesso em: 18 set. 2021

Por fim, vale ressaltar que ao conceituar empresário, o Código Civil não se refere apenas à pessoa física que explora atividade econômica, mas também à pessoa jurídica. Sendo assim, o empresário pode ser tanto individual quanto uma sociedade empresária.

3 SOCIEDADES BASE

3.1 SOCIEDADE LIMITADA

Dentre as sociedades empresárias constantes no Novo Código Civil, destaca-se a Sociedade Limitada. Suas resoluções favoráveis aos pequenos e médios empreendimentos resultam em sua ampla utilização em território nacional, dentre elas podemos citar a contratualidade e a limitação da responsabilidade dos sócios.

No Brasil, a burocracia e a alta carga tributária tornam sócios quase indispensáveis dentro da realidade de muitos microempreendedores, além disso, segundo o IBGE (2017), seis em cada dez empresas fecham em cinco anos de atividade, o que mostra a clara necessidade de se tomar boas decisões desde a constituição do empreendimento. Diante disso, a facilidade na hora de firmar um vínculo societário, além de garantir direitos e deveres justos aos sócios, faz-se necessário dentro do Código Civil, e é exatamente isso que a Sociedade Limitada trás.

Segundo o art. 1.052 do Código Civil, “na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”, sendo assim, salvo em situações atípicas, os bens pessoais dos sócios estão assegurados diante o capital devidamente integralizado.

Se o capital social estiver totalmente integralizado, não se deve executar eventual dívida social pendente nos bens dos sócios (salvo em situações excepcionais, como no caso de desconsideração da personalidade jurídica, por exemplo); se, porém, o capital social não estava totalmente integralizado, pode-se executar eventual dívida social pendente nos bens dos sócios, mas apenas até o limite da integralização. E mais: como essa responsabilidade dos sócios pela integralização do capital social é solidária, qualquer sócio pode ser executado por eventual dívida social pendente, mesmo aquele que já tenha integralizado suas quotas. (CARVALHO, 2021, p. 78)

Ademais, vale lembrar que não há capital mínimo para sua constituição, e que as principais normas e disposições são definidas no contrato, dando mais liberdade aos empresários. Outro privilégio de direito é o de poder nomear um não sócio à posição de administrador da empresa, o que traz uma carta na manga às pequenas empresas menos estruturadas.

3.2 EIRELI

Até sua constituição em 2011, pessoas físicas que pretendiam abrir empresas sem nem um sócio careciam de um aparato legal que permitisse o risco.

Diferente das sociedades, o empresário individual não se apodera do princípio da autonomia patrimonial, isto é, responde diretamente com seus bens por eventuais dívidas contraídas durante o exercício de seu empreendimento. Além disso, possui responsabilidade ilimitada no que se refere aos débitos decorrentes da atividade.

Diante disso, torna-se comum a instituição de empresas limitadas compostas por um sócio que detinha 99% das quotas, e outro com 1%, demonstrando assim, a real finalidade de somente possuir as benesses deste tipo de sociedade.

Com isso, afim de impedir a criação de mais sociedades fictícias, ao passo em que ampara os empreendedores com o benefício da limitação da responsabilidade patrimonial, nasce a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

A criação e a regulamentação da EIRELI têm por finalidade permitir que uma única pessoa, sem associação com terceiros, exerça atividade empresarial por meio de uma pessoa jurídica, separando do patrimônio desta o seu próprio patrimônio pessoal de pessoa física. Uma vez protegido o patrimônio pessoal por meio da "responsabilidade limitada", tornou-se viável a constituição de uma sociedade unipessoal (FINKELSTEIN, p.83, 2016)

No entanto, a fim de limitar fraudes, o legislador impôs limitações à sua abertura, como: capital não inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país, além de exigir apenas uma constituição desta modalidade por pessoa, conforme o *caput* e § 2, art. 980-A do CC/2002:

A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência)

Apesar da nova barreira e da dificuldade que a mesma gerou, no levantamento abaixo, realizado pela Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, observa-se que ano após ano, as constituições de EIRELIS se manteve crescente, contudo, ainda se mostra longe de alcançar a sociedade limitada.



Figura 2: Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, 2020.

4 SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL

Ao longo dos anos, o cenário limitado de opções societárias moldou as empresas brasileiras ao regime de adequação, visto que, nem uma sociedade atendia plenamente seus anseios, seja de maneira financeira ou societária.

Desde sua implementação, as EIRELIS conseguiram amparar boa parte das sociedades fictícias que se encontravam nas limitadas à procura de uma legislação individual, no entanto, essa dicotomia encontrou dificuldades em contemplar o pequeno empresário, principalmente aqueles cuja atividade se encontrava embrionária. De nada adiantava o benefício da limitação diante da obrigação de integralização de capital social mínimo de 100 salários mínimos.

Com isso, a demanda por um modelo que unisse as vantagens de ambas, deixou de ser um sonho para se tornar um objetivo concreto, alcançado somente em 2019, via sanção presidencial.

A Lei da Liberdade Econômica (nº 13.874 de 20 de setembro de 2019), como é chamada, apresentou-se como um norte rumo ao livre exercício da atividade econômica, visando de maneira enfática levar segurança, ao passo em que promove benefícios e desburocratizações relevantes ao empresariado.

Diversas inclusões e alterações foram realizadas, e dentre elas, dois parágrafos ao art. 1.052 do Código Civil ganharam destaque, já que finalmente eram apresentados aos brasileiros a nova modalidade de sociedade empresária limitada, a qual não requisitava mais a obrigatoriedade de dois ou mais sócios para sua constituição e funcionamento.

§ 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Em comparação com as EIRELIS, a sociedade limitada unipessoal se difere em alguns aspectos importantes, sendo o principal deles, a não obrigatoriedade de capital mínimo de 100 salários mínimos, o que na prática inviabilizava grande parte dos novos empreendimentos que necessitavam de um valor expressivo logo na sua constituição, além de ser uma enorme barreira ao crescimento das pequenas e médias empresas já constituídas, porém não integralizadas.

A possibilidade de se constituir mais de uma sociedade limitada unipessoal, também se apresentou como um avanço em comparação com a EIRELI, que não permitia tal benefício, possibilitando assim, o progresso tanto do empreendedor, quanto da economia brasileira.

Como visto, a dominação do cenário empresarial brasileiro tem se tornado inevitável. Sem perder as regalias de suas inspirações, a sociedade limitada unipessoal confere aquilo que era aclamado pelos empresários de maneira simples e prática, popularizando cada dia mais suas benesses e inutilizando gradualmente sua concorrente direta.

5 EXTINÇÃO DA EIRELI

Apesar das novidades e benefícios tragos à época, o grande entrave na constituição da EIRELI nunca deixou de ser alvo de críticas, visto que, para boa parte das empresas o sonho de uma sociedade limitada unipessoal continuava impossível mesmo após sua criação.

Com o advento das sociedades limitadas unipessoais, o privilégio da limitação da responsabilidade, junto a possibilidade de se manter apenas um sócio, deixou de ser exclusividade da EIRELI, e com isso, ao menos em tese, uma menor incidência, rumo a revogação, é esperada por parte dos empresários e estudiosos do direito societário.

6 CONCLUSÃO

Ao decorrer da história e do desenvolvimento do Direito Societário Brasileiro, diversas mudanças foram realizadas a fim de se alcançar um estágio ideal de condições para o devido rendimento das empresas. Até 2002, as necessidades empresariais permaneceram distantes das legislações existentes, de modo que, mesmo com as primeiras

noções de Direito Comercial, institucionalizadas em 1850, apenas com o Código Civil teve-se acesso à grande parte dos avanços já implementados em outros países.

No entanto, ao passo em que as sociedades empresariais progrediam, algumas questões ainda não contemplavam os anseios dos empresários. Dessa forma, a criação da Sociedade Limitada Unipessoal, representou um grande passo rumo ao estágio ideal. Com mudanças precisas, é certo dizer que nunca foi tão favorável ao empresário que flertava com a EIRELI, poder progredir com seu sonho de abrir uma empresa unipessoal sem as barreiras impostas pela mesma.

Diante disso, a procura pela sociedade unipessoal passou a crescer exponencialmente enquanto sua concorrente direta se encontrava em absoluta queda. Foi quando em 26 de agosto de 2021, a Lei nº 14.195 apresentou, dentre outros assuntos, o claro objetivo de se extinguir a figura da EIRELI. O art. 41 que trata diretamente dessa questão, revela que “as empresas individuais de responsabilidade limitada existentes na data da entrada em vigor desta Lei serão transformadas em sociedades limitadas unipessoais independentemente de qualquer alteração em seu ato constitutivo”.

Desde a criação de uma e extinção da outra, pode-se dizer que pouquíssimo tempo foi necessário para a constatação do óbvio. A solução de um dos problemas mais debatidos do direito empresarial, mostra que o Brasil apesar de caminhar à passos curtos, está cada vez mais perto de um padrão qualitativo de normas societárias. A inevitável extinção da EIRELI em detrimento de seus ônus, concebe ao ordenamento jurídico pátrio novos caminhos a serem debatidos, perpetuando assim os esforços legislativos na busca pela solução de cada interesse, seja ele coletivo ou individual.

7 REFERÊNCIAS

ALVARENGA, I. P. EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA: UMA ANÁLISE À LUZ DA SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL. p. 58, 2020.

CAMELO, R. A. M. CALAÇA, G. P. F. O AVANÇO DAS SOCIEDADES EMPRESARIAIS UNIPESSOAIS NO BRASIL. p. 25, [s.d.].

CARVALHO, Daniel. Direito Empresarial. 2º edição. Brasília: CP Iuris, 2021.

COELHO, F. U. A sociedade unipessoal no direito brasileiro. LEX, 2020. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_26983953_a_sociedade_unipessoal_no_direito_brasileiro>. Acesso em: 3 set. 2021.

COELHO, F. U. Manual de direito comercial. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIS, A.; USSMAN, A. M. Empresarialidade e empresário: Revisão da literatura. p. 20, [s.d.].

FAQUIM, D. G. A.; HARO, G. P. B. DE. CRIAÇÃO DA FIGURA DA SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL – FIM DA EIRELI? ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA - ISSN 21-76-8498, v. 15, n. 15, 7 out. 2019.

GANTOIS, S. M.; SANT'ANNA, L. Sociedade Limitada e EIRELI: uma análise sobre a divisão dos resultados. *Scientia Iuris*, v. 25, n. 1, p. 68, 31 mar. 2021.

LEILA. Resumo de Sociedade Direito Legal, 14 fev. 2019. Disponível em: <<https://direito.legal/direito-privado/resumo-de-sociedade/>>. Acesso em: 18 set. 2021

LISBOA, A. L. DE C. A (in)utilização de EIRELI como consequência da criação da sociedade limitada unipessoal. *Revista Estudantil Manus Iuris*, v. 1, n. 2, p. 36–47, 2020.

MARCHESI, W. P. Sociedade Limitada Unipessoal. p. 61, 2016.

MORAIS, P. S. D. CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO. p. 23, [s.d.].

RAMOS, A. L. S. C. Direito empresarial esquematizado (4a. ed.). [s.l.] Grupo Gen - Método, 2014.

RIBEIRO, M. C. P. PRIMEIRAS ANOTAÇÕES ACERCA DA NOVA SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL. p. 23, [s.d.].

RODRIGUES, E. F. O direito societário e a estruturação do poder econômico. Master—[s.l.] Universidade de Brasília, 31 mar. 2016.

Seis em cada dez empresas fecham em cinco anos de atividade, aponta IBGE. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/seis-em-cada-dez-empresas-fecham-em-cinco-anos-de-atividade-aponta-ibge/>>. Acesso em: 19 out. 2021.

TELES, G. F. S. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. p. 7, [s.d.].

IMPACTOS DA COVID-19 NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

RAMON DA SILVA BOMJARDIM:

Graduando em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul Do Maranhão – UNISULMA

LIDIANNE KELLY NASCIMENTO RODRIGUES DE AGUIAR LOPES

(orientadora)

RESUMO: A pandemia da COVID-19 evidenciou problemas não apenas no campo da saúde, como também no cotidiano da humanidade. Na medida em que órgãos reguladores impunham a necessidade de conter o contágio do vírus, através de isolamento social, uso de máscaras e outras medidas que se fizeram necessárias, não podemos desconsiderar os impactos financeiros e econômicos, que foram significativos tanto na economia quanto nas relações trabalhistas. Assim, o presente artigo tem como objetivo geral analisar o impacto da pandemia do Covid-19 nas relações de trabalho. Utilizou-se da pesquisa documental, para desenvolvimento dos objetivos específicos, analisando aspectos gerais da Pandemia do Covid-19, os reflexos do isolamento social no Direito do Trabalho, com ênfase nos impactos da pandemia da Covid-19 nas relações de trabalho. Concluiu-se através da pesquisa documental e bibliográfica, a ocorrência de mudanças, como a suspensão do contrato de trabalho, possibilidade de antecipação de férias individual e coletiva e a maior utilização e regulamentação do trabalho em *home office*.

Palavras – Chave: Pandemia. Trabalho. Impactos. Direitos.

ABSTRACT: The COVID-19 pandemic has highlighted problems not only in the field of health, but also in the daily life of humanity. As regulatory bodies imposed the need to contain the contagion of the virus, through social isolation, use of masks and other measures that were necessary, we cannot disregard the financial and economic impacts, which were significant both in the economy and in relationships. labor. Thus, this article has the general objective of analyzing the impact of the Covid-19 pandemic on labor relations. Documentary research was used to develop specific objectives, analyzing general aspects of the Covid-19 Pandemic, the reflexes of social isolation in Labor Law, with an emphasis on the impacts of the Covid-19 pandemic on labor relations. It was concluded through documentary and bibliographic research, the occurrence of changes, such as the suspension of the employment contract, the possibility of anticipation of individual and collective vacations and the greater use and regulation of work at home office.

Key – Words: Pandemic. Job. Impacts. Rights.

1. INTRODUÇÃO

Em 30 de janeiro de 2020, o mundo foi surpreendido com o surto do novo Coronavírus, que foi declarado como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) pela OMS - Organização Mundial da Saúde. É a sexta vez na história que uma ESPII é declarada mundialmente (OPAS, 2020). Segundo o Ministério da Saúde (2020), a COVID-19 foi identificada na cidade de Wuhan, na China, em dezembro de 2019.

A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta um espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves (BRASIL, 2020). Os principais sintomas são: tosse, febre, coriza, dor na garganta, dificuldade para respirar, perda de olfato (anosmia), cansaço, falta de apetite, entre outros. A contaminação é feita através de pessoa contaminada para outra pessoa através de gotículas de saliva, espirro, tosse, objetos ou superfícies contaminadas e toque de aperto de mãos contaminadas. As recomendações mais importantes para a prevenção da COVID-19 são: lavar as mãos com água e sabão, uso da máscara e manter o distanciamento social (BRASIL, 2020).

No cenário mundial até o dia 08 de junho de 2021, foram confirmados 173.271.769 casos e 3.733.980 mortes. No Brasil, mais de 16.947.062 de casos foram confirmados, e as mortes chegaram a mais de 473.404 (OMS, 2020). A pandemia da COVID-19 trouxe uma crise global em vários setores, e no turismo não foi diferente. Esse setor é caracterizado pela sua grande sensibilidade a oscilações de externalidades, como taxas de câmbio, mudanças meteorológicas e geológicas, instabilidade política e riscos epidêmicos. Segundo estudo do IBGE (2021), o índice de atividades turísticas despencou 36,7% em 2020, com relação ao ano de 2019.

Com o surgimento do vírus, muitos países entraram em isolamento social, fechando as fronteiras e parando suas atividades comerciais. Devido ao impedimento das pessoas viajarem, o turismo foi o mais afetado com a pandemia, e as atividades relacionadas sofreram uma pausa repentina, precisando elaborar estratégias imediatas. O desemprego aumentou e muitas empresas - não somente desse ramo - declararam falência. No caso do Brasil, as perdas econômicas no biênio 2020-2021, foram estimadas em 21,5% na produção total do período, segundo estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas (2020). Considerando as escalas de análise e a taxa de dependência econômica, os impactos nas economias locais e regionais, por exemplo, podem ser muito mais expressivos (CRUZ, 2020).

Devido ao isolamento e distanciamento social, a vida dos indivíduos sofreu mudanças drásticas, sendo uma das mais conhecidas as relações de trabalho, onde todas as formas de serviço não essenciais tiveram que fechar temporariamente. Com isso, de

acordo com o disposto na Consolidação da Lei Trabalhista (CLT) e suas alterações pela Lei nº13.467/17, em decorrência do coronavírus, o governo Federal editou a lei 13.979/20, para regular e orientar empregadores e trabalhadores em tempos de crise (ROUBICEK, 2020). Dessa forma, portanto, os efeitos da pandemia extrapolam o âmbito da saúde, atingindo as mais diversas áreas da sociedade, como as relações de trabalho, mencionado acima, provocando, desta maneira, diversas mudanças drásticas nas relações humanas, algumas das quais ocorrerem de imediato e outras ocorrerão no futuro.

De qualquer forma, o coronavírus e seu impacto social e econômico continuam preocupantes. Ao mesmo tempo, a promoção do isolamento social tem um grande impacto positivo nas empresas, como a apresentações de novas formas de negócios, como o trabalho remoto, mas também acarretou em dimensões negativas como o baixo faturamento e o desemprego (BOMFIM, 2020; ROUBICEK, 2020). Assim, a pesquisa é relevante, visto que os efeitos da Covid-19 são muitos, além do impacto social, como muitas mortes registradas, tem-se também um impacto enorme no Produto Interno Bruto, não só no Brasil, mas em todos os países e como consequência a este fato, têm-se grandes grupos de pessoas ausentes do trabalho por complicações do contágio, recessão econômica, e desemprego (BRASIL, 2020).

Diante isso, o objetivo geral da pesquisa consiste em discutir o contexto da pandemia do Covid-19, identificando os principais impactos causados por ela nas relações de trabalho no Brasil. Os objetivos específicos consistem em compreender de que modo a pandemia atingiu as relações de trabalho, discutindo o contexto pandêmico; entender as demandas relacionadas a saúde e segurança do trabalhador; explicar os princípios do direito do Trabalho pontuando a Liberdade sindical exteriorizada pela Organização Internacional do Trabalho.

A pergunta problema que rege a pesquisa consiste em: "Quais os impactos que a pandemia da Covid-19 causou nas relações de trabalho?". Estima-se que a pandemia teve impactos enormes em todos os setores de serviços, sendo que um dos maiores desafios foi controlar as multidões e o grande contingente de pessoas nas redondezas, como bares, restaurantes e, transporte público, por exemplo. Com isso, portanto, muitos setores e empresários tiveram que se reinventar, e a principal forma de trabalho foi o Home Office e/ou teletrabalho, que é o tipo de trabalho em que o funcionário exerce suas funções em casa. Além destas modalidades de trabalho, muitas empresas estão se redescobrando, principalmente pela forma de entrega, que, em tempos de crise, bares e restaurantes trabalharam assim, haja vista que, não podia abrir para o público.

O trabalho trata-se de uma revisão de literatura com natureza bibliográfica, fará uso de uma pesquisa qualitativa que tem objetivo de desmistificar um fato real, identificar o problema e cunhar alternativas que ajudem na melhora da situação abordada. A busca pelo material teórico foi desenvolvida por meio de informações em bibliotecas virtuais, tais

como, Google Acadêmico e Scielo. Foram incluídos artigos científicos que abordassem o tema proposto, publicados no século XXI, excerto documentos oficiais, nos idiomas português e inglês. Produções não disponíveis gratuitamente na íntegra e de forma virtual foram excluídas. Ademais, o caráter científico do presente exposto terá como base argumentos de autoridade, uma vez que, para melhor abordar essa temática.

A análise das informações foi realizada por meio de leitura exploratória e analítica do material encontrado. Para aplicação dos artigos, inicialmente, foi realizada uma triagem dos títulos relacionados ao tema em questão. Esta seleção se baseia nos títulos da abordagem como ideia principal, ao final da busca, foram excluídos os títulos repetidos e artigos que não eram relacionados ao assunto e os que não se aplicam ao tema escolhido. Em seguida foi feita a leitura detalhada dos resumos dos artigos a fim de selecionar aqueles que abordassem exclusivamente o presente tema.

O tipo de estudo consagra-se uma revisão narrativa, onde o sujeito tem como base trabalhos e fontes atuais e importantes sobre a temática. Mattos (2015) ressalta que as revisões narrativas buscam descrever ou discutir o estado atual do tema pesquisado. O estudo não apresenta detalhes as fontes consultadas ou metodologia utilizada para buscar as fontes de referência. Os pesquisadores selecionam os trabalhos consultados de acordo com o ponto de vista teórico e o contexto do tema abordado.

Sendo uma pesquisa tem caráter bibliográfico, sua coleta de dados ocorreu através de livros, artigos de jornais e revistas sobre o tema, “[...] a pesquisa bibliográfica é o estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, isto é, material acessível ao público em geral” (VERGARA, 2005, p. 48). Ainda segundo o mesmo “[...] os sujeitos de uma pesquisa são aqueles que fornecerão os dados que o autor necessita para fazer a pesquisa” (IDEM, 2005, p.53). Sendo assim, ocorreu por meio de base de dados da biblioteca virtual SCIELO (*Scientific Electronic Library Online*) e demais informações eletrônicas de respaldo no território nacional.

A análise de dados foi realizada em três etapas: a pré análise, a exploração do material e o tratamento dos dados, inferência e interpretação. Assim, ocorreu de modo qualitativo, onde desenvolveu-se com base em materiais prontos, constituídos principalmente de livros e artigos científicos (GIL, 2008). Seus aspectos éticos consistem em científicos, respeitando pesquisadores e materiais de estudo, referenciando e apresentando autorias. Pontua-se que os aspectos éticos caracterizam o fato de que não haverá discriminação na seleção dos indivíduos nem a exposição a riscos desnecessários aos mesmos.

A covid-19 teve muitos impactos nas relações de trabalho. De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT) (2020), estudiosos de todo o mundo

questionam se as nações proporcionaram respostas precisas ao impacto da crise e se as pessoas mais vulneráveis estão devidamente apoiadas. De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT) (2020), os impactos causados não são apenas uma crise global de saúde, como muitos argumentam, mas também uma severa crise do mercado de trabalho e econômica, da qual impactou principalmente as pessoas mais vulneráveis. Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT) (2020, p. 01), "cerca de 25 milhões de empregos podem ser perdidos em todo o mundo devido ao coronavírus". Daí a necessidade de as nações agirem rapidamente para que esta crise provocada não assumisse maiores proporções, como a adoção do teletrabalho.

Mudanças da crise produzida pela Covid-19, que já ocorreram, que ocorrem e ocorrerão no futuro, estão em todas os âmbitos e níveis sociais, na indústria, na produção, em recursos humanos (empresas públicas e privadas) nas atividades profissionais, formais e informais, que constituem uma atmosfera de ansiedade e incerteza de todos e em relacionamentos interpessoais profissionais, sociais e familiares (BRASIL, 2020). Ademais, um dos principais efeitos causado pela pandemia no mundo do trabalho é a questão das relações de trabalho, pois as medidas para conter a disseminação da Covid-19 incluíram o isolamento e o distanciamento social, com o consequente fechamento temporário de empresas (BOMFIM, 2020).

2.IMPACTOS DA PANDEMIA

Esta pandemia desencadeou uma crise econômica sem precedentes em um curto período de tempo, e alguns cientistas até a chamam de "recessão global". Para as pessoas historicamente vulneráveis, esta crise parece ser ainda mais séria. Segundo dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2020), cerca de 700 mil pessoas passaram a fazer parte das estatísticas de desemprego do Brasil na primeira quinzena de junho, elevando a taxa de desemprego para 12,9%. Ademais, dados apurados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) mostraram que a taxa de desemprego do país atingiu 13,7% na quarta semana de julho - uma das maiores taxas de desemprego - equivalente a 12,9 milhões de indivíduos (PNAD, 2020).

O aumento do número de desempregados, e o consequente aumento da população informal, obrigou o governo a implementar medidas nacionais que podem ajudar essas pessoas, protegê-las da fome e da pobreza e reduzir a desigualdade social (que já era elevada antes da pandemia).

A crise da saúde expôs as fragilidades da economia brasileira, cuja estrutura instável se baseia principalmente no emprego informal, especializado na produção de commodities de exportação. De acordo com os dados divulgados em 1º de setembro de 2020, o produto interno bruto (PIB) do Brasil no segundo trimestre de 2020 caiu 9,7% em relação ao primeiro trimestre. Isso confirma que o país entrou em recessão técnica, o que é reflexo da

forte desaceleração econômica de março a abril de 2020. Em comparação com o período de 2019, caiu 11,4%.

De acordo com um relatório da consultoria Marsh & McLennan Companies (2020), embora a taxa de mortalidade das epidemias modernas seja menor do que a das epidemias antigas (intimamente relacionadas aos avanços da medicina e da ciência), essas crises de saúde estão tendo um impacto significativo sobre a economia. Principalmente em países que ainda estão emergindo. Pandemias causam perda de trabalho por licença médica ou morte; redução da produtividade por medo de infecção e alienação de pessoas e famílias; interrupção, atrasos e mudanças nas operações logísticas de empresas fornecedoras; além de reduzir consumidores por meio de medidas mais rígidas por parte dos governos.

As crises financeiras podem ser evitadas ou atenuadas por meio de bons programas de governo, incluindo o fornecimento de garantias de empréstimos, aumento da liquidez, concessão de empréstimos a empresas (especialmente micro e pequenas empresas) e outras medidas para proteger empreendedores e trabalhadores.

3 PRINCÍPIOS TRABALHISTAS E A APLICAÇÃO NA PANDEMIA

O conceito de trabalho não é unânime, ou seja, é um conceito aberto, vivo e dinâmico. Trabalho é algo que transforma as pessoas e transforma todo o seu ambiente (MACHADO, 2017). Deve ser entendido como algo mais do que uma atividade que traz retornos financeiros significativos. O Brasil passa por um momento de análise das relações de trabalho, pois muitas são as dúvidas sobre os direitos dos empregados e empregadores nesse cenário de paralisação dos meios de produção e de crise econômica que daí decorre (CAVALCANTE et al., 2020).

O direito do trabalho, como ramo autônomo da ciência jurídica, remonta ao contexto da revolução industrial inglesa do século XVIII. No entanto, como esforço para cumprir tarefas economicamente apreciáveis, tem origem longínqua na história da humanidade, passando pela Antiguidade clássica, Idade Média e Idade Moderna (DELGADO, 2016). Na antiguidade clássica, no mundo greco-romano, o trabalho, assim como aqueles que o realizavam, ficavam reduzido a coisas que serviam de base para o estabelecimento do regime escravista. O escravo era encarregado do trabalho material, enquanto o trabalho intelectual era tarefa dos homens livres. No registro desse tipo de relação, o escravo perdia a posse do próprio corpo e não considerado ser humano nem possuía direitos. Além disso, em Roma era possível vislumbrar, um regime de trabalho livre, destinado a escravos libertos e aos pobres (MACHADO, 2017).

No início da Idade Média, o trabalho escravo sofreu um declínio significativo e o trabalho material passou a ser executado pelo servo, na instituição da servidão. Do ponto

de vista material, as condições do trabalho escravo e as da instituição da servidão dificilmente diferiam, exceto pela questão da liberdade que assistia o servo (DELGADO, 2016).

Por fim, a revolução industrial inglesa, como já foi referido, originou o direito do trabalho pelo fato de que neste período surgiram péssimas condições de trabalho, juntamente com a excessiva jornada de trabalho, a exploração da mão-de-obra feminina e de menores, em busca do lucro e como consequência dos excessos da autonomia liberal. Nesse cenário foi necessário buscar melhorias nas condições de trabalho e assim nasceram os primeiros sindicatos, que, com a pressão por eles exercida, influenciados pelos ideais de justiça social da Igreja Católica, o Estado começou a intervir na economia e a legislar sobre medidas de proteção contra abusos do empregador, surgindo, posteriormente, os princípios do direito do Trabalho (DELGADO, 2016).

No que tange aos princípios do direito do Trabalho, os mesmos são preceitos que orientam determinado domínio, jurídico ou não. Serão abordados nesta sessão os seguintes: **Princípio da Proteção, Princípio da Irrenunciabilidade, Princípio da Primazia da Realidade e o Princípio da Continuidade da relação de emprego. A frente explica-se cada um, com base em documentos oficiais. De início, pontua-se o Princípio da Proteção, que** constitui a própria essência do direito do trabalho e visa proteger a parte insuficiente da relação jurídica de trabalho, buscando nesta relação o equilíbrio e a satisfação de igualdade substancial. Ademais, tal princípio possui amparo legal no artigo 5 da Constituição Federal, do qual dispõe o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (BRASIL, 1988).

Deste princípio fluem três subprincípios o **operário que traz que** quando uma regra sugere interpretações diferentes que questionam o aplicador sobre qual delas deve ser aplicada, o trabalhador deve sempre beneficiar delas; a **Aplicação da norma mais favorável**, onde se houver, perante o aplicador da lei, várias regras que possam ser utilizadas no mesmo caso, o aplicador deve utilizar aquela que for mais favorável ao trabalhador; e a **Condição mais benéfica, que ocorre** em caso de modificação posterior do contrato de trabalho, fica garantida a manutenção dos direitos mais vantajosos para o trabalhador.

O Princípio da Irrenunciabilidade afirma que normas trabalhistas são de ordem pública e têm caráter obrigatório, não podendo as partes derogá-las conforme sua vontade (BOMFIM, 2018). Este princípio tem amparo legal no artigo 444 da Consolidação das Leis trabalhistas, do qual dispõe que:

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.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 1943).

Sendo assim, conforme o entendimento de que a regulamentação do trabalho visa garantir a proteção do trabalhador, ela não pode ser deixada à autonomia da vontade, ou seja, visa, por exemplo, impedir que o empregador peça ao trabalhador a renúncia de certos direitos, para que ele possa obter trabalho.

O Princípio da Primazia da Realidade, pontua que o que se busca na apuração da relação jurídica de trabalho é a real verdade dos fatos, de modo que não importa como um fato foi construído, mas sim como ele realmente ocorreu. Tal princípio é amparado pelo no 6º da Constituição Federal. Ademais, portanto, esse princípio orienta, por exemplo, as questões relativas à existência de vínculo empregatício. Nestes casos, o "contrato-realidade" está em vigor desde siga os requisitos do art. 2ª e 3ª CLT. E por fim, o **Princípio da Continuidade da relação de emprego** objetiva preservar o contrato de trabalho, já que assegura, por exemplo, a segurança do trabalhador, tanto do ponto de vista econômico como de outros direitos sociais (DELGADO, 2016).

De forma geral, é importante ressaltar que todos esses princípios de trabalho citados anteriormente acabam por conduzir a dois dos alicerces sobre os quais se assenta o Estado Democrático de Direito no Brasil, que é a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, respectivamente prevista nos capítulos III e IV do artigo 1º, da Constituição.

É importante pontuar acerca da liberdade sindical no Brasil e a convenção de 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), visto que, com a promulgação, em 1988, da atual Constituição Federal, a sociedade brasileira entrou em uma nova era, emergindo.

A nível trabalhista e sindical ocorreram inovações e melhorias, mas, a par dos avanços, persistem retrocessos significativos, especialmente no domínio sindical, isto é, ainda vigorava o cerne do autoritarismo corporativo de 1937, adotado pela própria constituição. Assim, o regime sindical brasileiro se baseava em um tripé: competência regulatória da justiça do trabalho (enfraquecida pela emenda constitucional 45/2004, que exigia um “acordo comum”); contribuição sindical obrigatória (extinta pela lei 13.467 / 2017) e unicidade sindical (BARROS, 2016). O sistema sindical do Brasil não obedecia ao princípio da liberdade sindical, expressamente defendido pela OIT. Segundo Brito Filho (2018, p. 79), a liberdade sindical é um dos postulados fundamentais e essenciais da OIT, sendo que:

[...] consiste no direito de trabalhadores (em sentido genérico) e empregadores de constituir as organizações sindicais que reputarem convenientes, na forma que desejarem, ditando suas regras de funcionamento e ações que devam ser empreendidas, podendo nelas ingressar ou não, permanecendo enquanto for sua vontade.

Para um melhor entendimento, a liberdade de sindical é fragmentada em duas vertentes, a individual e a coletiva. A primeira é alcançada por meio das ações de liberdades sindicais individuais de filiação, não filiação e desfiliação; o segundo em liberdades sindicais coletivas de administração, organização e exercício de funções (GARCIA, 2018; BRITO FILHO, 2018). Ademais, como princípio primordial do direito sindicalistas, a liberdade sindical acaba por ser uma verdadeira unanimidade não só para a OIT, mas, sobretudo, para grande parte do sistema jurídico (BRITO FILHO, 2018).

Garcia (2018) destaca que a liberdade de sindical é de suma importância para o direito do trabalho e, ao lado da livre comparação entre trabalho e capital, constitui um verdadeiro alicerce da democracia, pois não há necessidade de se falar em democracia sem mencionar liberdade sindical. Apesar do seguimento de sucessos em diversos campos do direito, Constituição Federal de 1988 perdeu a oportunidade de incluir o Brasil na lista dos países que adotam o sindicalismo com modelo de liberdade efetiva.

A Constituição de 1988 instituiu em seu artigo 8º, capítulo II, a unidade sindical, inserindo-a no capítulo II do Título II, tornando-a, desta maneira, uma categoria de Cláusula Pétrea, sendo portanto, rígida e permanente, conforme o artigo 60, §4º da constituição (BRASIL, 1988). A OIT estabeleceu no dia 9 de julho de 1948, a Convenção 87, da qual estabelecia as linhas de ensino de liberdade sindical e a proteção do direito sindicalistas. Dessa forma, dispôs no artigo 2º desta convenção que os trabalhadores e empregadores,

têm o direito de fundar, as organizações de sua escolha, bem como também, podem aderir a essas organizações, conforme seus estatutos (GARCIA, 2018). Outrossim, no o artigo 3º, foi estabelecido que as organizações de trabalhadores e empregadores possuirão o direito de elaborar seus próprios estatutos administrativos, eleger e forma livre seus representantes, organizar sua gestão e atividades e formular seu próprio programa de ação (GARCIA, 2018).

E, finalmente, o Artigo 8 indica que, na prática de seus direitos reconhecidos pela Convenção, os trabalhadores, patrões e suas respectivas instituições devem, como outras pessoas ou instituições, respeitar a lei, sendo que esta não pode prejudicar ou ser aplicada em forma que prejudique as garantias estabelecidas nesta Convenção (GARCIA, 2018). Entende-se, portanto, que a OIT difundiu a liberdade sindical por meio da afirmação do princípio internacional da liberdade dos sindicatos como vetor orientador para a melhoria das condições de trabalho, a garantia da paz e a sanção da liberdade fundamental da pessoa humana.

A unicidade sindical, disposta na Constituição Federal de 1988 é um mecanismo contrastante com a total liberdade sindical proposta pela Convenção da OIT 87/48, em especial porque autoriza o uso do sistema de pluralidade da União. Enquanto a unidade sindical restringe a liberdade de constituir e participar livremente em sindicatos, o modelo da pluralidade sindical, permite a criação, no mesmo local, de diversos sindicatos representativos de trabalhadores ou empresários da mesma área (BRITO FILHO, 2018).

Mediante a calamidade pública a Medida Provisória nº 494/2010, convertida posteriormente na Lei no 12.340/2010 e regulamentada pelo Decreto nº 7.257/2010, que foi atualmente alterado pelo Decreto nº 10.593 de 2020, o qual dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil e do Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil e sobre o Plano Nacional de Proteção e Defesa Civil e o Sistema Nacional de Informações sobre Desastres, com definições técnicas sobre a ocorrência de desastres e seus efeitos no cotidiano nacional.

Em março de 2020, foi sancionada a Medida Provisória nº 927, que dispunha sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública. Houve a flexibilização das regras do teletrabalho, autorizou a antecipação de férias individuais, a concessão de férias coletivas, o aproveitamento e a antecipação de feriados, utilização do banco de horas, suspendeu exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho, instituiu o direcionamento do trabalhador para qualificação e autorizou a suspensão do recolhimento do FGTS pelos empregadores neste período (BRASIL, 2020). Acerca da redução da jornada de trabalho e salários, a Lei orienta que:

Art. 7º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º desta Lei, o empregador poderá acordar a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário de seus empregados, de forma setorial, departamental, parcial ou na totalidade dos postos de trabalho, por até 90 (noventa) dias, prorrogáveis por prazo determinado em ato do Poder Executivo, observados os seguintes requisitos: Vide Decreto nº 14.022, de 2020I -preservação do valor do salário-hora de trabalho;

II -pactuação, conforme o disposto nos arts. 11 e 12 desta Lei, por convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho ou acordo individual escrito entre empregador e empregado;

III -na hipótese de pactuação por acordo individual escrito, encaminhamento da proposta de acordo ao empregado com antecedência de, no mínimo, 2 (dois) dias corridos, e redução da jornada de trabalho e do salário exclusivamente nos seguintes percentuais:a) 25% (vinte e cinco por cento);b) 50% (cinquenta por cento);c) 70% (setenta por cento).

37§ 1º A jornada de trabalho e o salário pago anteriormente serão restabelecidos no prazo de 2 (dois) dias corridos, contado da

:I -cessação do estado de calamidade pública;

II -data estabelecida como termo de encerramento do período de redução pactuado; ou

III -data de comunicação do empregador que informe ao empregado sua decisão de antecipar o fim do período de redução pactuado.

Além disso, pontua-se a criação de compensações financeiras com o intuito de amparar as famílias mais necessitadas, sendo àqueles que tem direito:

As pessoas que fazem parte do cadastro de Microempreendedores Individuais (MEI), os contribuintes individuais do INSS, autônomos e trabalhadores informais que não recebem nenhum outro benefício do Governo Federal (com exceção do Bolsa Família) estão aptos a receber o benefício. A pessoa também precisa ter mais de 18 anos, não ter emprego formal, ser de família com renda mensal per capita (por pessoa) de até meio salário mínimo (R\$ 522,50) ou renda familiar mensal total de até

três salários mínimos (R\$ 3.135), além de não ter tido rendimentos tributáveis, em 2018, acima de R\$ 28.559,70 (ou seja, que não precisou declarar Imposto de Renda em 2018). Desde que atenda às regras do Auxílio, quem já está cadastrado no Cadastro Único, ou recebe o benefício Bolsa Família, receberá o auxílio emergencial automaticamente, sem precisar se cadastrar. (GOVERNO FEDERAL, 2020).

Nota-se que as medidas interpostas pelo Governo Federal foram em busca de amparar os mais necessitados e, de alguma forma, buscar reduzir o grande impacto financeiro decorrente da pandemia de Covid-19.

4. CONSEQUÊNCIAS DO COVID-19 NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Mediante o aumento dos casos de covid-19 no Brasil, inúmeros decretos foram emitidos pelo governo federal, estadual e municipal para estabelecer a suspensão temporária de atividades não essenciais, porém, de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), seu art. 486 tem a seguinte disposição legal:

Art. 486 - No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável (BRASIL, 1943).

Isso significa que se os empregadores sofreram perdas resultantes do estado de paralisação de atividades não essenciais, eles podem buscar reparação do governo responsável, mas os governos podem invocar casos de força maior. Portanto, apesar do estado de isolamento social ser extremamente importante durante uma pandemia, ele acaba sendo um pouco complicado de aplicar devido às "lacunas" que existem na legislação. Neste contexto confuso, determinados tipos de trabalho, que antes ocupavam um lugar secundário na sociedade, surgiram, portanto, como solução para diversos problemas. É o que se nota ao observar o teletrabalho, o home office e a prestação de serviços através de plataformas digitais (CAVALCANTE et al., 2020).

As solicitações advindas da pandemia influenciaram diretamente na vida do trabalhador, após a publicação do Decreto Legislativo nº 6 de 2020 (BRASIL, 2020), que declara o estado de calamidade pública, foi publicada a Medida Provisória nº 927/2020 (BRASIL, 2020), cuja vigência já se encerrou. A referida concedia a possibilidade de realizar a suspensão do contrato de trabalho por até 04 meses sem recebimento de verbas salariais, mediante diversas críticas, houve a revogação do artigo supracitado.

Mediante tal assim surgiu uma nova medida provisória com a mesma numeração, porém detendo de novos acordos, onde possibilitava a flexibilização da prestação de serviço, antecipação de férias, antecipação dos feriados nacionais, sendo todos amparados pela Consolidação das Leis Trabalhistas:

[...] poderia haver alguma participação maior do governo para impactar minimamente as relações entre empregado e empregador, auxiliando as empresas a lidarem melhor com essa situação para que nenhuma das partes saiam dessa pandemia de forma prejudicada, ela cita como exemplo a liberação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS ou até mesmo o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT (CASSAR, 2020, p. 12).

A Associação Nacional dos Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (ANESP) trouxe que o Brasil somou um total de 61 milhões de trabalhadores em risco de sofrer prejuízos econômicos, de um total de 92,2 milhões no contexto pandêmico inicial.

Um paralelo com o diagnóstico da OIT, tomando a PNADc referente ao trimestre encerrado em março de 2020, verifica-se que os setores considerados de alto risco, absorviam 34,6 milhões de trabalhadores, representando 37,5% do total de 92,2 milhões de pessoas ocupadas no trimestre. Se somamos a esse contingente os setores considerados de risco médio-alto, chegamos a um total de 61 milhões de trabalhadores em risco de sofrer prejuízos econômicos em decorrência das medidas sanitárias, representando 66,2% do total de pessoas ocupadas no país, um percentual bastante preocupante (MAGALHÃES, 2020).

A liberdade sindical só poderá ser adotada quando houver pluralidade sindical, para possibilitar a adesão conforme a vontade de trabalhadores e empregadores. Outrossim, a unicidade sindical que é empregada no Brasil não assegura, desta forma, a liberdade sindical, pois não há direito de filiação sindical do trabalhador e do empregador, uma vez que a filiação diz respeito a apenas a uma única organização.

Com o surgimento do vírus, muitos países entraram em isolamento social, fechando as fronteiras e parando suas atividades comerciais. Devido ao impedimento das pessoas viajarem, o turismo foi o mais afetado com a pandemia, e as atividades relacionadas sofreram uma pausa repentina, precisando elaborar estratégias imediatas. O desemprego aumentou e muitas empresas - não somente desse ramo - declararam falência. No caso do Brasil, as perdas econômicas no biênio 2020-2021, foram estimadas em 21,5% na produção total do período, segundo estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas (2020). Considerando as escalas de análise e a taxa de dependência econômica, os impactos nas

economias locais e regionais, por exemplo, podem ser muito mais expressivos (CRUZ, 2020).

O momento presente possui características únicas, diferente de todos os períodos anteriores, ou seja, nunca houveram tantas mudanças e, sobretudo, tão rapidamente, em um curto período de tempo. Tal ocorrência da sociedade contemporânea reflete-se nos seus mais diversos aspectos, isto é, mesmo as instituições mais sólidas acabam por ceder, ainda que minimamente, ao ritmo da modernidade.

Após a proibição de viagens, o fechamento de fronteiras e a quarentena, muitos trabalhadores não puderam ir para seus locais de trabalho ou continuar a desempenhar seus empregos, o que causou efeitos indiretos sobre a renda, especialmente para trabalhadores informais e para empregados com contratos de curto prazo. Dado o ambiente atual de incerteza e medo, muitas empresas adiaram os seus investimentos, a compra de bens e a contratação de trabalhadores (BOMFIM, 2020).

De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o Brasil tem mais de 107 milhões pessoas no mercado de trabalho, por outro lado, o número de desempregados e pessoas que desistiram de procurar trabalho se aproxima de 13 milhões (BRASIL, 2020). Vários governos estaduais e municipais no Brasil impuseram restrições ao comércio e ao fechamento de qualquer negócio que não seja considerado essencial, como por exemplo o fechamento de lojas de calçados e roupas. e isto afetou negativamente os lojistas e proprietários. Com isso, as receitas de varejo sofreram quando os proprietários das lojas foram obrigados a fechar suas lojas e a receita de aluguel dos proprietários caiu drasticamente porque o arrendamentos normalmente têm taxas variáveis com base nas receitas das lojas (BOMFIM, 2020).

Além do governo e da população, as empresas também compactuaram com medidas para o combate à pandemia da Covid-19, por meio de ações que ajudem a combater o contágio e a disseminação do vírus. São medidas de higiene pessoal e segurança no trabalho, interesse geral e responsabilidade civil que foram necessárias (ROUBICEK, 2020). Dessa forma, é notório que a pandemia teve impactos enormes em todos os setores de serviços, sendo que um dos maiores desafios foi controlar as multidões e o grande contingente de pessoas nas redondezas, como bares, restaurantes e, transporte público, por exemplo.

Com isso, portanto, muitos setores e empresários tiveram que se reinventar, e a principal forma de trabalho foi o Home Office e/ou teletrabalho, que é o tipo de trabalho em que o funcionário exerce suas funções em casa. Além destas modalidades de trabalho, muitas empresas estão se redescobrando, principalmente pela forma de entrega, que, em tempos de crise, bares e restaurantes trabalharam assim, haja vista que, não podia abrir

para o público. Destaca-se que a Lei 13.979, faz a distinção entre isolamento e quarentena, segundo a lei:

I. Isolamento separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; II. Quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus (BRASIL, 2020).

Esta definição vem base para os decretos que estados e municípios vem fazendo, de acordo com a razoabilidade e necessidade, visto que apesar que muitas cidades de pequeno porte não se tenham casos confirmados, evitar aglomeração ainda é o melhor remédio contra o COVID-19. É importante pontuar que o diálogo social tripartido entre governos, trabalhadores e empresários consiste em uma ferramenta essencial para o desenvolvimento e implementação de soluções sustentáveis, desde o nível da comunidade para o nível global.

A CLT, lei 13.467/17 - que alterou diversos itens da CLT, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho - e a criação da lei 13.979/20 e de forma auxiliar, a Medida Provisória nº 936/20, que foi recentemente aprovada pela Câmara dos Deputados, sendo ainda necessária passar por votação do Senado tendo vigência até 2021 enquanto perdurar a situação de Calamidade Pública¹⁷, decretada pelo governo em 18 de março de 2020, são ações implementadas na busca por minimizar os impactos nas relações de trabalho ocasionados pela pandemia.

Uma das medidas criadas é a MP nº 936, titulada como “Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda”, que abrande três medidas principais, sendo elas pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda; redução proporcional de jornada de trabalho e de salários; e suspensão temporária do contrato de trabalho. Além dessas medidas, temos a existência da previsão da desoneração da folha de pagamento por parte dos empresários, ocasionando um alívio as empresas, visto que fornece maior fôlego no caixa. Não esquecendo que apesar da medida trazer benefícios para empresários, para as relações de trabalho pode ser danosa, visto possibilita aos empresários redução da jornada de trabalho e proporcionalmente do salário, podendo ser de 25%, 50% ou 75%, por até três meses. Além disso, o setor pode optar pela rescisão do contrato de trabalho por dois meses. Essas informações reforçam o discurso de Oliveira (2020), onde declara que:

A pandemia trouxe impactos enormes para todos os setores de serviços, uma das grandes dificuldades será o controle de multidões e o grande número de pessoas próximas, em ambientes como bares, restaurantes e transporte público, por exemplo. Nossas vidas estão sendo afetada diretamente. Com isso, muitos setores e empresários estão tendo que se reinventar, a principal forma de trabalho atualmente é a de Home Office, que é a modalidade de trabalho onde o empregado desempenha suas funções de casa, mas cabem ressalvas, apesar do trabalhador estar em casa, ainda sim encontra-se trabalhando e, portanto, devem se comportar como tal. Além do Home Office, muitas empresas estão se redescobrimdo, principalmente pela forma de entregas, que no momento de crise, bares e restaurantes estão funcionando somente por entregas (p. 21).

Assim, essas medidas de Proteção de renda são para proteger aqueles que enfrentam perdas de renda devido a infecção ou atividade econômica reduzida é fundamental para estimular a economia e principalmente a de isolamento social.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, ao observar os objetivos: Geral e Específicos, conforme descritos nas revisões literárias, verifica-se que o estudo constatou que a Covid-19 é uma emergência de saúde de classe mundial que está causando um verdadeiro colapso, não apenas na saúde, mas também na economia e, em muitos outros setores, mudando a vida de milhões de pessoas em todo o mundo. Além disso, as mudanças nas relações de trabalho provocaram e ainda têm provocado diversas mudanças, conferindo ao empregador maior responsabilidade civil frente à nova crise do coronavírus e levando-o a adaptar o ambiente de trabalho.

É perceptível as medidas trouxeram a face da legislação trabalhista junto com a inclusão de ações previstas pelas duas medidas provisórias editadas pelo governo como resposta à ameaça do desemprego. Além disso, que qualquer intervenção do Estado deve ter como objetivo preservar o mínimo da dignidade do trabalhador, ou seja, seus direitos fundamentais. Todavia, esse processo tem se tornado cada vez mais difícil, haja vista que, desde a reforma trabalhista, há um crescente movimento de desarticulação desses direitos.

Ressaltando a importância do tema em discussão, pontua-se que a eclosão da pandemia mundial teve um forte impacto nas relações laborais, devido à disseminação em massa do vírus Covid-19 exige reforma legislativa, mudanças no sistema de concessão de licença individual e em grupo para dar maiores incentivos, trabalho remoto

e outros relacionamentos. As informações e dados apresentados neste trabalho trazem uma contribuição significativa para o campo pesquisa, pois trazem ampla análise das mudanças legislativas.

Nota-se que as regulamentações trabalhistas causadas pela pandemia continuarão sendo objeto de grande judicialização por algum tempo. A verdade é que os hábitos de trabalho de todos mudaram durante esta pandemia. Não temos mais as mesmas reuniões, audiências e alegações orais, nem mesmo o mesmo trânsito de deslocamento. Temos que nos adaptar, e talvez tenhamos aprendido boas práticas ao longo do caminho. Por exemplo, mesmo após a 13ª pandemia, muitas empresas adotarão sistemas híbridos de trabalho (remoto e presencial) por entenderem que as pessoas tendem a ser mais produtivas no trabalho remoto, como vários estudos comprovaram. Além disso, que houve a ocorrência de mudanças, como a suspensão do contrato de trabalho, possibilidade de antecipação de férias individual e coletiva e a maior utilização e regulamentação do trabalho em home office.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito trabalhista**. 10 ed. São Paulo, 2016.

BOMFIM, Vólia. **Coronavírus: medidas que podem ser tomadas pelos empresários**. GenJurídico São paulo, 16 de março de 2020. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2020/03/16/coronavirus-medidas-empresarios/>. Acesso em 27 de outubro de 2021.

BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho mediante Reforma Trabalhista**. 16ª ed. São Paulo: Método, 2018.

BOLDUAN, Fábio Miguel. **MP 927 e MP 936: novas regras trabalhistas para superar a crise**. Santa Catarina, 2020. Disponível em: <https://blog.contaazul.com/o-que-e-mp972-e-mp936> Acesso em 27 de outubro de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Coronavírus: o que você precisa saber e como prevenir o contágio**. 2020. Disponível em: <https://saude.gov/> Acesso em 27 de outubro de 2021.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 27 de outubro de 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.** DIÁRIO OFICIAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Poder Legislativo, Brasília, DF, 07 Fev 2020.

BRASIL. LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.** DIÁRIO OFICIAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Poder Executivo, Brasília, DF, 14.7.2017.

BRASIL. **Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020.** Dispõe sobre as medidas trabalhistas 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), e dá outras providências. DIÁRIO OFICIAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Edição Extra - L, Brasília, DF, 22 Mar 2020.

BRASIL. **Medida Provisória 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 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Edição extra - D, Brasília, DF, 01 Abril 2020.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direito sindical.** 7. ed. - São Paulo: LTr, 2018.

CAVALCANTE, J. Q. P.; JORGE NETO, F.F.; WENZEL, L. C. M. **CORONAVÍRUS: uma pandemia decretada e seus reflexos no contrato de trabalho.** São Paulo, 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/13/coronavirus-contrato-de-trabalho/#_ftn2>. Acesso em 27 de outubro de 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Breves Comentários à MP 927/20 e aos Impactos do Covid-19 nas relações de emprego.** GEN Jurídico.com.br. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/25/mp-927-impactos-do-covid-19/>. Acesso: 26 de março de 2022.

CRUZ, Rita de Cássia Ariza da. **Impacto da pandemia no setor de turismo**. Jornal da USP. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/impactos-da-pandemia-no-setor-de-turismo/>>. Acesso em 27 de outubro de 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15 ed. São Paulo, 2016.

FOOHEY, P; JIMÉNEZ, D; ODINET, C, K. **The Debt Collection Pademic**. California Law Review Online (Forthcoming 2020). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3598623>. Acesso em 07 de junho de 2022.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HOFFMAN, B. **The COVID-19 Pandemic**. EAI Commentary, No. 14, 2020.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **PIB tem queda recorde de 9,7% no 2º trimestre, auge do isolamento social**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28720-pibtem-queda-recorde-de-9-7-no-2-trimestre-auge-do-isolamento-social>>. Acesso em 07 de janeiro de 2022.

MACHADO, José Lourran. **A importância da negociação coletiva para a solução de conflitos na seara trabalhista**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22 n. 5195, 21 set. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60659/a-importancia-da-negociacao-coletiva-para-a-solucao-de-conflitos-na-seara-trabalhista>>. Acesso em 27 de outubro de 2021.

MATTOS, Paulo de Carvalho Mattos. **Tipos de revisão de literatura**. Botucatu, 2015. Disponível em: <<https://www.fca.unesp.br/Home/Biblioteca/tipos-de-evisao-de-literatura>>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

MARSH & MCLENNAN COMPANIES. **Pandemic Readiness: Risk Finance and Mitigation Strategies**. Disponível em: <<https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/Relat%C3%B3rio%20Insuring%20Pandemic%20Risk.pdf>>. Acesso em 07 de janeiro de 2022.

OIT. **Organização Internacional do Trabalho**. 2020. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_738780/lang--pt/index.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2021.

OLIVEIRA, Karollayne Matos. **Os Impactos da Pandemia do Coronavírus nas Relações de Trabalho**. Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac, Gama 2020. Disponível em:

<https://dspace.uniceplac.edu.br/bitstream/123456789/426/1/Karollayne%20Matos%20Oliveira_0003938.pdf> Acesso em 27 de outubro de 2021.

OMS. **COVID-19 no Brasil**. Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <<https://covid19.who.int/region/amro/country/br>>. Acesso em 27 de outubro de 2021.

OPAS. **Folha informativa COVID-19**. Organização Pan-Americana da Saúde. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19>>. Acesso em 27 de outubro de 2021.

PNAD - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio. **O IBGE Apoiando o Combate à COVID19**. Disponível em: <<https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/>>. Acesso em 07 de janeiro de 2022.

ROUBICEK, Marcelo. **Qual o impacto da pandemia de coronavírus no comércio mundial**. Nexo Jornal, São Paulo, 17 de abril de 2020.

VERGARA, S. C. **Métodos de pesquisa em administração**. São Paulo: Atlas, 2005.

ICMS DECLARADO E NÃO PAGO É CRIME?

LARYSSA DANTAS MAGALHÃES:

Bacharelada em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG.

ANTÔNIO JOSÉ ROVERONI

(orientador)

RESUMO: O ICMS é a sigla que identifica o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação. Tendo como base a Lei 6.374/89 que o regula, esse imposto é de fundamental importância para os Estados e Municípios, que com ele conseguem equilibrar as contas públicas. Ocorre que nos últimos anos tem-se verificado a situação onde o ICMS é declarado, mas não é pago. Esse fato, pode vir acarretar um crime. Diante disso, o presente estudo teve como objetivo analisar os efeitos jurídicos da declaração do ICMS e o seu não pagamento. Na metodologia, essa pesquisa se enquadrou na revisão da literatura, tendo como base artigos científicos, legislação atual e doutrinas jurídicas. Nos resultados, Ficou claro que essa temática ainda não encontrou posicionamento formalizado. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça retrata alguns entendimentos sobre configurar ou não crime, e um ponto a ser colocado é a impossibilidade de ser criminalizado algo que se tem a ausência do dolo, pois isso leva ao ponto de partida para começar a identificar se realmente foi intencional ou não. Outra hipótese para se pensar seria o tributo vir descontado em nota, mas de toda forma o empresário faz questão de cobrar esses valores do contribuinte e faz com que se encaixe como um dolo ao crime.

Palavras-chave: Imposto. ICMS. Declaração. Inadimplência. Consequência jurídica.

ABSTRACT: ICMS is the acronym that identifies the Tax on Operations relating to the Circulation of Goods and on Provision of Interstate and Intermunicipal Transport and Communication Services. Based on Law 6,374/89, which regulates it, this tax is of fundamental importance for States and Municipalities, which are able to balance public accounts with it. It so happens that in recent years there has been a situation where ICMS is declared but not paid. This fact can lead to a crime. Therefore, the present study aimed to analyze the legal effects of the ICMS declaration and its non-payment. In terms of methodology, this research was framed in the literature review, based on scientific articles, current legislation and legal doctrines. In the results, it was clear that this theme has not yet found a formalized position. As an example, the Superior Court of Justice portrays some understandings about whether or not to constitute a crime, and a point to be made is the impossibility of criminalizing something that has the absence of intent, as this leads to the

starting point to start identify whether it was really intentional or not. Another hypothesis to consider would be the tax deducted from the bill, but in any case, the entrepreneur insists on charging these amounts from the taxpayer and makes it fit as an intention to the crime.

Keywords: Tax. ICMS Declaration. default. Legal consequence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. ICMS: Aspectos gerais. 4. ICMS declarado e não pago: apontamentos. 5. Das consequências jurídicas. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Durante a história pode-se traçar uma linha temporal cristalina sobre movimentações sociais mais importantes do ocidente ao se estudar o pagamento de tributos. No passado o tributo deixou de ser uma prestação associada à servidão e à falta de liberdade para se tornar uma obrigação de todos os cidadãos daquela localidade ou daqueles que nela adentrem (SILVA, 2020).

Com o passar dos anos, o Direito Tributário, que regula tributos, impostos, etc., se tornou a base para as normativas referentes a essa matéria. Dentre esse espectro, encontra-se os impostos, que são conforme o art. 16 do Código Tributário Nacional, o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte (BRASIL, 1966).

Para fins desse estudo, limitou-se a analisar o ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação). O ICMS é um tributo extremamente necessário aos cofres públicos, tendo em vista que é o com maior poder arrecadatório para os Estados.

Devido a sua importância, o ICMS sempre é pauta de diversas discussões, dentre as quais a mais recente se refere a seguinte situação: ICMS declarado, mas não pago. Ato corriqueiro nos últimos anos, a Justiça brasileira tem recebido inúmeros processos com essas causas.

Com base nesse cenário, surge a seguinte situação: qual o posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito do ICMS declarado mas não pago? Buscou-se com essa indagação compreender os efeitos desse ato no mundo jurídico, tanto para os operadores do Direito quanto para os contribuintes.

Dessa forma, o presente estudo teve como objetivo analisar as consequências jurídicas daqueles contribuintes que declaram o ICMS, mas que não realiza o seu

pagamento.

2. METODOLOGIA

Esta pesquisa teve como metodologia, o método indutivo e qualitativo. Sendo uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

O respectivo estudo também foi realizado mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google Acadêmico, dentre outros, entre os meses de agosto e setembro de 2022.

3. ICMS: ASPECTOS GERAIS

Antes de se adentrar no tema central desse estudo, é necessário inicialmente discorrer em linhas gerais sobre alguns conceitos. Primeiramente, se faz necessário conceituar o que seja um tributo. A sua definição se encontra na Lei Complementar 5.172 de 1966 (Código Tributário Nacional), que em seu artigo 3º o conceitua como sendo uma “prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nelase possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobradamediante atividade administrativa plenamente vinculada” (BRASIL, 1966).

Com base nesse texto normativo, compreende-se as seguintes ideias: enfatiza-se o caráter expropriatório do dever fundamental de pagar tributos, um dever que deverá ser observado à força, tendo em vista o caráter de compulsoriedade dado pela Lei; diferenciam-se tributo e multa, na medida que o tributo decorre de ato lícito e a presença do princípio da legalidade na composição do conceito de tributo, vez que se tenta prevenir a ocorrência de discricionariedades por parte dos agentes fiscais sinalizando que a Lei é a única via cabível para sua instituição e cobrança e à lei que a atividade administrativa está intimamente atrelada, ou vinculada (CARRAZZA, 2019).

Os sujeitos das obrigações jurídico tributária são, logicamente, o contribuinte e o Estado. Extrai-se essa afirmação nos artigos 119 e 121 do Código Tributário Nacional ditando que, ao passo que sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica dedireito público sendo titular da competência para instituir tributos, bem como cobrar pelo cumprimento das obrigações acessórias e principais (CARRAZZA, 2019).

Já o Sujeito passivo da obrigação tributária é a pessoa física ou jurídica que se vê obrigada a recolher determinado tributo bem como cumprir com as obrigações acessórias que decorrem do principal (pagar tributos). O sujeito passivo da obrigação pode ser tanto contribuinte quando se tem relação direta com a hipótese de incidência que percebe o

fato gerador, ou responsável, quando a obrigação tributária impute a este agente a obrigação, sem que ele seja contribuinte, propriamente dito (CARRAZZA, 2019).

Superada a conceituação de tributo, importante mencionar que o mesmo é gênero do qual decorrem diversas espécies tributárias. Nesse sentido, encontra-se, o imposto.

Schoueri (2019) explana que o imposto é um tributo não vinculado, ou seja, não vinculado diretamente a uma atuação estatal. É tão somente um “fato qualquer” que é a hipótese de incidência que não se vincula a uma atividade estatal. Quer isso dizer que, para instituir um imposto, basta o Ente Federativo ser competente para a instituição desse tributo, não tendo a necessidade de vincular sua criação a nenhum tipo de fim específico na sua arrecadação.

Dentro dos impostos existentes, encontra-se para fins desse estudo, o ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação).

O ICMS está elencado na Constituição Federal no artigo 155, II. De competência estadual este tributo é de importância ímpar para os Estados já que é o tributo com maior poder arrecadatório.

Àvila (2019) explica que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços é um tributo Estadual como se precede da própria Constituição Federal, significa dizer, portanto que a competência para criação e modificação das alíquotas de ICMS é somente dos Estados, é uma delegação de competência cedida da União para os Estados.

Além disso, são diversas as hipóteses de incidência deste tributo. Estão elencadas na Lei Complementar 87 de 1996 que regulamenta o ICMS, mais precisamente no artigo 2º onde dispõe que o imposto incidirá sobre circulação de mercadorias, prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, de pessoas, bens mercadorias ou valores, prestação onerosas de serviços de comunicação, fornecimento de mercadorias com prestação de serviços além das hipóteses de produtos importados (ÀVILA, 2019).

Uma importante distinção a ser feita sobre este Imposto é entre o ICMS próprio e o ICMS recolhido via Substituição tributária. No primeiro não há grandes diferenças quanto à aplicabilidade da hipótese de incidência e da base de cálculo do ICMS, já no segundo existem peculiaridades importantes que serão explicadas a seguir (CARNEIRO, 2020).

É essencial distinguir um do outro na medida que o objeto de estudo do presente trabalho é a criminalização do ICMS próprio declarado e não pago. A substituição tributária nada mais é do que responsabilizar a empresa que se encontra no início dessa cadeia (no

caso a indústria) pelo ICMS. Os substituídos “pagarão” o tributo embutido no preço, portanto de forma indireta, quando forem obter o produto para a próxima etapa do caminho a ser percorrido e a indústria sendo a contribuinte de direito do ICMS de toda a cadeia, vai declarar e recolher o tributo em favor do Estado (SILVA, 2020).

Ao passo que o ICMS próprio, por óbvio é o imposto declarado e recolhido no próprio estabelecimento sem o pagamento do ICMS embutido no preço advindo de uma série de vendas até o consumidor final (SILVA, 2020).

Continuando, a doutrina, sobretudo o ilustríssimo professor Eduardo Sabbag (2015, p. 683) discute que há quatro impostos definidos no conceito legal do ICMS; a saber:

- a) o imposto sobre a circulação de mercadorias; b) o imposto sobre serviços de transportes urbanos e interestaduais de comunicação; c) o imposto sobre serviços de transportes interurbanos e interestaduais e de comunicação; d) o imposto sobre a produção, importação, circulação, distribuição e consumo de combustíveis líquidos e gasosos e energia elétrica; e por fim, o imposto sobre extração, importação, circulação, distribuição e consumo de minerais.

No que tange ao fato gerador, este é a circulação de mercadoria ou prestação de serviços interestadual ou intermunicipal de transporte e de comunicação ainda que iniciados no exterior (BRASIL, 1988). Neste artigo, limita-se o estudo do ICMS ao fato gerador oriundo da circulação de mercadorias, estabelecendo relação direta com a atividade comercial, de vendas, rotineiramente praticadas pelos estabelecimentos empresariais brasileiros e que fomentam a economia do país.

A Circulação de mercadoria incide em qualquer ato ou negócio, não importando sua natureza jurídica, desde que haja de fato alteração de propriedade em função da trajetória da mercadoria na cadeia de consumo (SABBAG, 2015).

No referente aos sujeitos, o artigo 155, II da Constituição Federal aduz que caberá aos Estados e ao Distrito Federal instituírem o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, de forma que serão eles os sujeitos ativos das obrigações tributárias quando verificada a realização do fato gerador de ICMS, nos termos do Título II do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1988).

Conforme dispõe a Constituição Federal, caberá a Lei complementar definir os contribuintes do ICMS. Desse modo, houve a promulgação da Lei Complementar 87/96 em seu artigo 4º, que define que o sujeito passivo do ICMS poderão ser as pessoas que praticam operações relativas à circulação de mercadorias; os importadores de bens de qualquer natureza; os prestadores de serviços de transporte interestadual e intermunicipal

e os prestadores de comunicação, desde que o façam com habitualidade ou com o volume necessário que caracterize intuito comercial (BRASIL, 1996).

Nota-se neste ponto, a inclusão do comerciante como contribuinte do ICMS, uma vez que em sua atividade comercial há a promoção da circulação de mercadorias de forma habitual. O comerciante que realiza uma venda para um consumidor final, portanto, prática fato gerador do ICMS, sendo este obrigado a recolher o ICMS desta operação. Nesse caso, o imposto a ser recolhido recebe o nome de ICMS-Próprio, uma vez que o comerciante, na qualidade de contribuinte, será obrigado a recolhê-lo aos cofres públicos (NOVAIS; GIOVANETTI, 2020).

Verifica-se que o consumidor final da mercadoria sobre a qual incide o ICMS-Próprio não é contribuinte do tributo, visto que tão somente o comerciante está enquadrado neste ônus. Assim, o consumidor final assume tão somente a repercussão econômica do tributo que será inserido no preço da mercadoria adquirida, de modo a não se enquadrar como sujeito passivo da relação jurídica tributária presente entre o Fisco e o comerciante. Comumente, o consumidor final é tratado como contribuinte de fato, e o comerciante, o de direito (NOVAIS; GIOVANETTI, 2020).

A par dessa informações gerais, parte-se para a limitação objetiva desse tema, que será melhor analisado no tópico seguinte.

4 ICMS DECLARADO E NÃO PAGO: APONTAMENTOS

O lançamento do ICMS ocorre por homologação, nos termos do artigo 150 do Código Tributário Nacional, de forma que o contribuinte ou responsável tributário, conforme reza o artigo 121 do Código Tributário Nacional, irá verificar os valores a serem recolhidos, declarar ao fisco e recolher aos cofres públicos os valores devidos. Nessa hipótese, o Fisco irá verificar as informações declaradas pelo sujeito passivo e homologará o lançamento (BRASIL, 1966).

Nota-se que é nesta fase que se encontra o objeto deste presente artigo, uma vez que ao declarar ao Fisco a existência do fato gerador e dos valores a serem recolhidos aos cofres públicos, o sujeito passivo indica seu intuito de pagar o crédito tributário, visto que concede ao Poder Público o conhecimento dos fatos ali declarados. Nesse sentido, não há qualquer dolo por parte do sujeito passivo em fraudar o fisco, mesmo diante do seu inadimplemento (SILVA, 2020).

Contudo, no capítulo oportuno deste presente estudo será abordado esse conteúdo, uma vez que o STF já decidiu que poderá ser preso o sujeito passivo pelo inadimplemento do ICMS próprio declarado e não pago, desde que seja comprovado, na

instrução de ação penal, o dolo de se apropriar de valores de terceiros, o que não ocorre, data vênua, quando se trata de operação própria (CARNEIRO, 2020).

Nos termos do artigo 155, §2º da Constituição Federal, o ICMS será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado ou pelo Distrito Federal (BRASIL, 1988).

Tal princípio constitucional encontra-se regulado pelo artigo 19 da Lei em destaque, dispositivo que contém redação semelhante à norma Constitucional supracitada. Sabbag (2015) afirma sobre o referido princípio que, do ponto de vista econômico, pode-se afirmar que o princípio se refere à incidência do valor agregado em cada operação. Do ponto de vista jurídico, por seu turno, o ICMS atua pelo mecanismo da “compensação”. Não se trata, todavia, de “compensação tributária”, pois os créditos não são líquidos e certos; cuida-se de compensação financeira, em que apenas descritivamente se compensam créditos e débitos. É a compensação pelo sistema *tax on tax*, em que se abate o débito gerado na saída do crédito correspondente ao imposto cobrado na entrada (SABBAG, 2015).

Verifica-se que a operação do adimplemento da obrigação tributária do ICMS é cumprida por um sistema de compensação entre os créditos, oriundos dos insumos adquiridos pelo comerciante em um determinado período, e os débitos, referentes à saída da mercadoria do estabelecimento comercial. O imposto, portanto, será recolhido sobre o saldo de cada fase da circulação da mercadoria na cadeia tributária do produto (SILVA, 2020).

Diante desse cenário, encontra-se o crime de apropriação indébita tributária. O crime em análise encontra-se tipificado pela Lei 8.137 de 1990, em seu artigo 2º, inciso II. Alude tal norma incriminadora que constitui crime contra a ordem tributária deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos (BRASIL, 1990).

Salienta-se que embora a norma seja de caráter penal, está diretamente relacionada ao Sistema Tributário Nacional. Assim, verificar-se-á a análise geral do crime de apropriação indébita tributária para posterior enquadramento na situação do ICMS-próprio, declarado e não adimplido.

Trata-se de crime que possui como bem jurídico tutelado a ordem tributária, sendo esta entendida como o interesse do Estado em obter uma das fontes de receitas públicas derivadas, por intermédio de uma prestação compulsória, observados os preceitos da legislação tributária para a consecução de seus fins. Cuida-se de bem macrossocial, coletivo.

Secundariamente, protegem-se a Administração Pública, a fé pública, o trabalho e a livre-concorrência, consagrada pela CF como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV), uma vez que “os agentes econômicos que não recolhem regularmente os tributos poderão ter preços melhores do que aquele que recolhe seus tributos, caracterizando uma verdadeira concorrência desleal” (GONÇALVES, 2017, p. 661).

Em relação aos sujeitos, o sujeito ativo é o autor do crime. É, portanto, sobre o responsável pela administração da pessoa jurídica que se apropria de valores de terceiros indevidamente que recairá a sujeição ativa do crime previsto pelo artigo 2, inciso II da Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990, dado que a responsabilidade penal é sempre subjetiva, de modo que, em caso de crime praticado no âmbito de uma pessoa jurídica, responderá pelo crime aquele que detinha, de fato, o poder de gestão (GONÇALVES, 2017, p. 662).

Sujeito passivo é a vítima do crime, aquele que sofre o ato reprimido pelo ordenamento jurídico. Portanto, no âmbito dos crimes tributários, tem-se que, diretamente, a sujeição passiva recai sobre o próprio Fisco, uma vez que os valores dos tributos indevidamente apropriados deveriam ser recolhidos aos cofres públicos. Assim, tem-se que o sujeito passivo é a pessoa jurídica titular do direito de cobrar o respectivo tributo, podendo ser a União, o Estado ou o Município (GONÇALVES, 2017, p. 663).

Sobre a consumação, considera-se consumado o crime “com o vencimento do prazo para recolhimento do tributo descontado ou cobrado” (GONÇALVES, 2017, p. 690), qual seja o último momento em que o responsável tributário deixou de repassar ao fisco os valores retidos.

Em relação a incidência do crime sob a ótica tributária, verifica-se que o crime ocorrerá tão somente nas obrigações nas quais esteja presente a sujeição passiva do responsável tributário.

A apropriação indébita tributária está estritamente relacionada à substituição tributária, porquanto é nesse caso que um terceiro colaborador, considerado substituto, em razão da sua proximidade e das suas relações com o contribuinte e com o fato gerador de determinado tributo, é obrigado, por lei, a proceder, com o dinheiro e em nome do contribuinte, ao recolhimento do tributo devido. [...] A referência a valor de tributo descontado ou cobrado remete às diversas modalidades de substituição tributária. Há a substituição comum, em que o tributo é descontado do contribuinte quando o substituto que o contrata o remunera. Nesse caso, ocorre uma retenção. E há, também, a denominada substituição tributária para a frente, quando um agente econômico que se relaciona com o

contribuinte adquirente das suas mercadorias antes mesmo da ocorrência do fato gerador do tributo é obrigado por lei a cobrar do contribuinte não apenas o preço dos seus produtos, mas também um valor a título do tributo objeto da substituição tributária (PAULSEN, 2020, p. 819).

Verifica-se, de antelóquio, a necessidade de um terceiro na relação jurídica tributária para que ocorra o crime em análise. Tal terceiro, denominado como responsável tributário, por força de lei, deve descontar ou cobrar do contribuinte do tributo os valores a serem repassados ao Fisco.

Verificado a situação central dessa pesquisa, deve-se analisar os efeitos que esse ato gera no meio jurídico, o que será discutido no próximo tópico.

5. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Para discutir a questão levantada por esse estudo, é preciso ter como base a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, ao qual decidiu-se pela situação aqui analisada.

Trata-se de uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal que tipificou o inadimplemento do ICMS próprio declarado no crime de apropriação indébita tributária. Tal decisão fora publicada em meio de diversas controvérsias levantadas, uma vez que trouxe à tona a discussão da possibilidade de prisão por dívidas tributárias no Brasil, diante deste novo posicionamento jurisprudencial.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal começou a julgar o RHC 163.334 no dia 11 de dezembro de 2019. O presente recurso buscou discutir a tipificação do ato de declarar regularmente o ICMS próprio, mas não recolher os valores devidos em benefício do Estado no crime de apropriação indébita. Sobre Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

Em resumo, o caso que sofreu a impetração do Recurso Ordinário em Habeas Corpus é oriundo do Estado de Santa Catarina. Quem figura no polo ativo do Recurso Ordinário em Habeas Corpus são os sócios-administradores de uma Empresa, na qual declararam operações de venda sem recolher o ICMS em diversos períodos, tendo entrado três vezes em programas de parcelamento de crédito tributário.

Diante da contumácia do não recolhimento, foram denunciados pela prática do crime previsto no artigo 2º, II da Lei 8.137 de 1990.

Com base nessas informações primárias, nota-se que os Sócios-Administradores teriam cobrado no preço o ICMS e não houve o repasse para o fisco. O Juízo de primeiro grau, ao julgar o caso, absolveu sumariamente os denunciados pois entendeu que o fato ora narrado seria atípico, houve apelação dessa decisão pelo Ministério Público e em

segunda instância o tribunal de justiça de Santa Catarina reformou a decisão dando prosseguimento à ação, já que houve o entendimento de que o fato era, de fato, típico.

Ato contínuo, a Defensoria pública de Santa Catarina impetrou Habeas Corpus junto ao Superior Tribunal de Justiça. Nessa oportunidade, o Habeas Corpus fora rejeitado por maioria em acórdão de relatoria do Excelentíssimo Ministro Rogério Schietti Cruz. Há de se fazer uma pausa lógica no julgamento do caso pelo Superior Tribunal de Justiça vez que esta é a decisão atacada no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nesta oportunidade estudado.

No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Rogério Schietti, ao votar, como relator, trouxe importante distinção para o caso utilizando-se das teses firmadas por outras Turmas, mais especificamente o entendimento firmado entre a 5ª e 6ª Turmas do STJ. O contraste nos julgamentos é dado, especial, se debruçado sobre o ICMS próprio e o ICMS sob o regime de Substituição tributária na medida em que a Sexta Turma entende que há necessidade de distinção entre as duas hipóteses.

A Sexta Turma firmou entendimento no sentido de que não é fato típico que se enquadre no artigo 2º, II da Lei 8.137/90 a conduta de declarar e não recolher ICMS próprio. A conduta tipificada no artigo destacado será tão somente na hipótese de o contribuinte declarar e não recolher o ICMS sob o regime de Substituição tributária⁶. Ainda assim, existem decisões monocráticas da Sexta Turma no mesmo sentido que a Quinta Turma julgou o tema.

Já a Quinta Turma entendeu, por unanimidade nos casos de Julgamentos Colegiados como, por exemplo, o RHC n. 42.923/SC de Relatoria do Ministro Felix Fischer de junho de 2015, que não há essa diferenciação levantada pela Sexta Turma, diz-se com isso que em qualquer hipótese de Declaração e não recolhimento de ICMS, seja no próprio ou sob regime de Substituição Tributária, é fato típico previsto no artigo 2º, II da Lei 8.137/90.

Por ocasião dos entendimentos díspares entre as Turmas, o Ministro Relator Rogério Schietti propôs o debate do tema pela Terceira Seção para uniformização do entendimento das Turmas. Em fase posterior, A terceira turma, por maioria, denegou a ordem.

A defesa interpôs Recurso Ordinário em Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal em face do acórdão da terceira turma do STJ. Ocorre que no dia 18 de dezembro de 2019, ao julgar o referido recurso, o STF ratificou o entendimento do STJ e fixou a seguinte tese: "O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990". Tal tese fora proferida no julgamento do Recurso

Ordinário em Habeas Corpus sob o número 163.334 de Santa Catarina, o qual teve a relatoria do Ministro Roberto Barroso.

Verifica-se que a tese fixada pelo STF sobre a criminalização do inadimplemento do ICMS devidamente declarado generalizou o enquadramento do crime de apropriação indébita tributária, tanto nas operações de substituição tributária, quanto nas operações próprias.

A tese fixada pelo pleno do STF no RHC 163.334 trouxe à tona o entendimento de que não é relevante a forma de operação do ICMS, se recolhido por substituição tributária ou própria, para a tipificação no crime de apropriação indébita tributária. Ocorre que o crime tributário em análise requer a existência de um terceiro na relação jurídica tributária para a sua configuração. Sob a análise do ICMS-próprio, evidencia-se que não há um terceiro na relação tributária, uma vez que o único sujeito passivo desta obrigação é tão somente o contribuinte, nos termos do artigo 121 do CTN e artigo 4º da Lei Complementar 87 de 1996 (SILVA, 2020).

Assim, o comerciante, ao efetuar a saída da mercadoria do seu estabelecimento, nos termos do artigo 2º da Lei Complementar 87 de 1996, realiza fato gerador do ICMS, e deve recolher ao Fisco os valores devidos deste tributo. Nota-se, portanto, que não há circulação nas mãos do comerciante, de valores de terceiros, sendo inviáveis assim quaisquer indícios de apropriação indébita. Para

Paulsen (2020, p. 824) explica que ocorrida a saída da mercadoria do estabelecimento – fato gerador do ICMS – “o tributo terá de ser pago no seu prazo de vencimento, tenha ou não o adquirente adimplido o preço, que, muitas vezes, é parcelado ou quitado em prazo superior ao do recolhimento do tributo”.

De acordo com Novais e Giovanetti (2020) a tese firmada pela Suprema Corte, caminha em sentido contrário à operacionalização do ICMS-próprio, uma vez que ratificou o julgado do STJ que aludiu em sua ementa que a elementar “cobrado” do tipo penal do crime de apropriação indébita tributária deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito (HC 399.109/SC).

Recanicci e Pompeu (2019) acentuam que ao se tratar de ICMS-próprio, é impossível imputar ao comerciante a conduta de cobrança de tributos ao consumidor final/adquirente, uma vez que este não é sujeito passivo da relação tributária. O que se tem presente é tão somente o acréscimo do valor da mercadoria sobre a despesa que incorreu o comerciante ao recolher o ICMS devido, assim como ocorre com diversas despesas que possui o comerciante, fato que se reflete no preço do produto, como mão-de-obra,

aluguel, entre outros.

Com base nisso, entende-se por equivocada a generalização do termo cobrado ao ICMS-próprio, uma vez que se tem por atípica a conduta do comerciante em não recolher o ICMS de operação própria ao Fisco, por se tratar de mero inadimplemento fiscal.

No julgamento do RHC 163.334, em que se fixou a tese que fundamenta a análise deste estudo, a Suprema Corte decidiu que, para incorrer no crime do artigo 2º, inciso II da Lei 8.137 de 1990, além de possuir o dolo de apropriação, é necessário que o contribuinte seja devedor contumaz do ICMS. Os ministros, portanto, demonstraram a intenção de preservar os contribuintes e responsáveis que recolhem com assiduidade o ICMS, mesmo na qualidade própria ou por substituição.

Assim, aqueles que passam por dificuldades financeiras ou que questionam débitos na justiça, teoricamente, não incorreriam na conduta enquadrada como típica no crime de apropriação indébita tributária. Salientaram, ademais, condutas que induzem, no momento da instrução criminal, a qualidade de devedor contumaz do ICMS, como a “inadimplência reiterada, venda de produtos abaixo do preço de custo, obstáculos à fiscalização, uso de laranjas e nenhuma tentativa de regularizar a situação fiscal” (RECANICCI; POMPEU, 2019).

Ademais, um ponto discordante frente à decisão da Suprema Corte é em relação à possibilidade de prisão. Nos termos do artigo 5º, inciso LXVII da Carta Magna Brasileira “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.” (BRASIL, 1988). Atualmente, apenas há prisão por dívida em casos de obrigação alimentar.

Ocorre que com o julgamento do RHC 163.334 pelo STF em dezembro de 2019, aquele que declara o ICMS e o deixar de recolher no devido prazo legal, mesmo que em operação própria, poderá ser preso por dívidas tributárias. Assim, entende-se nesse estudo que a prisão por dívida tributária referente ao ICMS-Próprio é uma violação ao regime democrático de direito, porque atinge um dos direitos humanos fundamentais no que se refere à liberdade, o que demonstra um retrocesso no processo de democratização brasileira.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho buscou-se entender o caminho tomado pelo Poder Judiciário para criminalizar o ato de declarar e não pagar o ICMS próprio de forma dolosa e contumaz. A base do direito tributário nacional serviu de alicerce para entender a diferença entre os tipos de tributos existentes no país e em especialo ICMS, imposto que foi objeto central da discussão no julgamento do Recurso em Habeas Corpus 163.334 de Santa

Catarina, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal firmou tese desfavorável ao contribuinte.

No caso aqui estudado, o debate reside na constitucionalidade ou não do artigo 2º, II da Lei 8.137 de 1990 que tipifica a conduta do agente que, dolosamente, apropria-se de valor destinado à arrecadação de ICMS já declarado (quer-se dizer, cobrado) e não recolhido. A dificuldade está na comprovação do dolo e da contumácia do ato do agente, além de se afastar o entendimento de que o ato praticado seja enquadrado como mero inadimplemento, não cabendo a tutela do direito penal respeitando, portanto, em atendimento ao artigo 5º, LXVII que veda a prisão por dívida.

Como foi demonstrado, o direito material e processual pode e consegue abarcar a tipificação da conduta retratada acima, já que o ato praticado pode configurar apropriação indébita tributária e não mero inadimplemento, conforme a jurisprudência firmada anteriormente ao próprio julgamento do Recurso em Habeas Corpus 163.334.

Conclui-se, por fim que a criminalização da Declaração e não recolhimento do ICMS próprio é possível e se caracteriza como apropriação indébita tributária por ocasião do imposto não compor o faturamento da empresa, sendo certo que os valores declarados não são do empresário para que deles possa dispor, além da existir a necessidade de se comprovar o dolo e a contumácia dos atos do agente, desde modo, separa-se o mero inadimplemento do crime tipificado no artigo 2º, II da Lei 8.137 de 1990 como bem julgou o Supremo Tribunal Federal.

Ademais, calha-se que ao se referir às dívidas tributárias, o Supremo Tribunal Federal inova o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo consigo um posicionamento que torna possível a prisão por débitos fiscais no país. Revela-se, portanto, um retrocesso à ordem jurídica democrática de direito, afrontando o princípio da liberdade individual, cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÀVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 76.044/RS**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14699648/habeas-corporus-hc-76044-rs/inteiro-teor-103092015?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 163.334/SC**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5562955>>. Acesso em: 07 set. 2022.

CARNEIRO, C. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 32. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2019.

GONÇALVES, Rogério **Legislação penal especial esquematizado**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

NOVAIS, Alan do Carmo; GIOVANETTI, Lais. **A criminalização do ICMS declarado e não pago e o entendimento do Supremo Tribunal Federal**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Campinas, 2020.

PAULSEN, L. **Curso de direito tributário completo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RECANICCI, J.; POMPEU, A. **STF tem maioria de 6x3 para criminalizar o não pagamento de ICMS declarado**. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/stf-maioria-6x3-criminalizar-icms-12122019>>. Acesso em: 08 set. 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, João Pedro Tavares. **Criminalização do ICMS declarado e não pago: análise quanto ao consequencialismo e os princípios do Direito Tributário**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2020.

A APREENSÃO E INTERNAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR FRENTE AO ATO INFRAACIONAL ANÁLOGO AOS CRIMES HEDIONDOS

JOSÉ RENATO DA SILVA JÚNIOR:
Graduando em Direito, Centro
Universitário de Santa Fé do Sul-SP

RESUMO: O trabalho apresenta como objetivo central discutir acerca do envolvimento do menor infrator nos crimes hediondos. Desde a idade antiga as crianças se encontraram em fase de desenvolvimento mental, social e jurídico. Percebe-se que a natureza dos adolescentes se transformou com os anos, mas passaram a regredir no que tange à vida em sociedade. Nos últimos anos, os noticiários só vêm divulgando as barbaridades e crueldade cometidas por crianças e adolescentes. As pesquisas apontam que os menores estão envolvidos cada vez mais na prática de tráfico de ilícitos e roubo qualificado. O perfil do adolescente infrator está cada dia mais violento e sem nenhum resquício de compaixão. Portanto, há de se ressaltar que a legislação especial aplicável aos menores é insuficiente ao prever medidas incompatíveis com a gravidade de determinados crimes; é essencial um reajuste na Constituição e no ECA, já que as referidas leis devem se adequar a realidade atual. Por fim, para o desenvolvimento desta pesquisa foram utilizadas fontes bibliográficas qualificativas.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Apreensão. Audiência.

ABSTRACT: The main objective of the work is to discuss the involvement of the minor offender in heinous crimes. Since their old age, children have been in a mental, social and legal development phase. It is noticed that the nature of teenagers has changed over the years, they started to regress when it comes to life in society. In recent years, the news has only been reporting the barbarity and cruelty committed by children and adolescents. Surveys show that minors are increasingly involved in the practice of illegal trafficking and qualified theft. The profile of the adolescent offender is increasingly violent and without any trace of compassion. Therefore, it should be noted that the special legislation applicable to minors is insufficient to provide for measures incompatible with the seriousness of certain crimes; a readjustment in the Constitution and in the ECA is essential, since the referred laws must adapt to the current reality. Finally, for the development of this research, qualifying bibliographic sources were used.

Keywords: Child and Adolescent Statute. Seizure. Court hearing.

1 INTRODUÇÃO

Na idade antiga as crianças não eram cuidadas por seus genitores como filhos, elas significavam apenas aquilo que fosse de utilidade para a sociedade e para o Estado. Tanto

é que os gregos mantinham vivas somente as crianças saudáveis e forte. Na idade média, que foi o período marcado pelo crescimento da religião cristã, que atenuou a severidade de tratamento na relação pai e filho, afirmando, todavia, o dever de respeito. Esse período trouxe uma grande contribuição para o início do reconhecimento de direitos para crianças, pois defendeu o direito à dignidade dos menores. Já na idade moderna, em 1926, surge o primeiro Código de menores do Brasil, que foi publicado pelo decreto de nº 5.083, que abordava dos infantes expostos e menores abandonados. Após muitos conflitos, códigos, decretos e a Constituição Federal de 1988 atingiu significativas alterações no ordenamento jurídico, pois após a aprovação do texto na Constituição Brasileira, surge a necessidade de regulamentar e implementar o novo sistema, no qual as crianças e adolescentes passem a serem sujeitos de direitos e tratados com prioridade absoluta. Então, no Brasil é promulgada a lei 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada e conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como se vê, há séculos as crianças e os adolescentes se encontraram em fase de desenvolvimento mental, social e jurídico. Ocorre que nós últimos anos, todos os dias, seja nos noticiários seja no cotidiano, a sociedade vem presenciando as barbaridades cometidas por crianças e adolescentes. A pergunta que se faz é: o que vêm ocorrendo com esses menores?

Conforme os dados apurados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, entre os anos de 1996 e 2014, o número de jovens entre 12 e 17 anos que foram apreendidos no Brasil pela prática de crimes aumentou em quase seis vezes (UOL SÃO PAULO, 2017).

Infelizmente, o país chegou a uma situação quase irreversível em que os adolescentes deixaram de evoluir e passaram a regredir no que tange à vida em sociedade.

De acordo com várias pesquisas realizadas por órgãos públicos, cada vez o jovem infrator vem entrando no mundo da criminalidade para obter um simples "status". As pesquisas, ainda, apontam que o tráfico de drogas e roubo qualificado é o crime mais frequente entre os adolescentes. Assim, os dados demonstram um aumento significativo da participação do menor em crimes hediondos.

No Brasil, como se sabe, a idade de responsabilidade atual é a partir de 18 anos de idade, desse modo, os menores de 18 anos, não sofrerão sanção penal pela prática de ilícito penal, por decorrência da ausência de culpabilidade, estão assim, sujeitos às medidas socioeducativas descritas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ÂMBITO JURÍDICO, 2015).

Mas, questiona-se: até que ponto essas medidas socioeducativas serão eficazes quando se tratam de crimes hediondos, tais como o tráfico de drogas? Além disso, essas medidas estão suficientes?

O adolescente que é apreendido em flagrante por tráfico de drogas, é submetido a procedimentos especiais previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, com o objetivo de proteger o adolescente.

O adolescente que é apreendido em flagrante por tráfico de drogas, é submetido a procedimentos especiais previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, com o objetivo tão somente de proteger o adolescente. Em síntese, ao adolescente infrator que vem a praticar ato infracional (crime ou contravenção) é aplicável o procedimento de apuração de ato infracional previsto no art. 171 a 190 da Lei nº 8.069/90. Já no que tange ao imputável que executa crime é aplicável os procedimentos previstos no Código de Processo Penal ou em legislação extravagante. Todavia, acredita-se que tais medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, não estão sendo eficazes quanto aos crimes hediondos cometidos por estes.

Desse modo, o presente artigo tem o intuito de argumentar a viabilidade do menor, quando apreendido por tráfico de drogas, bem como os demais crimes hediondos, haja a possibilidade de manter regra geral trazida pelo Estudo, contudo, que a referida lei permitisse, em casos excepcionais e por meio de uma análise rigorosa do juiz e do Ministério Público, que os atos ilícitos cometidos pelos menores fossem avaliados de acordo com o grau de gravidade e periculosidade. Se em cada caso isoladora caberia uma medida mais severa ou não.

Pois, repita-se, o menor evoluiu, estão envolvidos em organização criminosa, tráfico de ilícito, roubo qualificado e, até homicídios, como será demonstrado ao longo do artigo.

Dessa maneira, faz-se necessário o estudo do tema, que com base em pesquisas bibliográficas em livros, códigos, artigos e ferramentas disponíveis na internet, o artigo tem como objetivo demonstrar.

2 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A EVOLUÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Antes de adentrar especificamente no tema do presente artigo, é imprescindível relatar brevemente a evolução história das crianças e dos adolescentes.

Na idade antiga, o poder era exercido pelo "chefe da família", os filhos eram tratados meramente como objeto de relações jurídicas. Os gregos, por exemplo, só queriam vivas apenas as crianças saudáveis e fortes, com objetivo de serem guerrilheiros. Já a idade média, foi marcada pela influência de religião. O Cristianismo contribuiu para o início do reconhecimento de direitos das crianças, defendendo o direito à dignidade. Por fim, na

idade moderna, houve implementação de diversos códigos e decretos a fim de proteger a criança e o adolescente, mas foi com a Constituição de 1988, que contribuiu para as mudanças do ordenamento jurídico brasileiro, que introduziu a doutrina de proteção integral a crianças e adolescentes, surgindo a necessidade de regulamentar os direitos e deveres dessas crianças, assim é promulgada a Lei de nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ocorre que a natureza do adolescente se transformou com os anos. De acordo o promotor Ebenezer Salgado Soares, da Vara da Infância e Juventude da Capital, o perfil das infrações cometidas pelos menores, é mais violento e cruel. Ainda há o fato de que, ressaltando a legislação especial aplicável aos menores é insuficiente ao prever medidas incompatíveis com a gravidade de determinados crimes; é essencial um reajuste na Constituição e no ECA, admitindo que a Lei deve acompanhar as mudanças junto com a realidade atual (ÂMBITO JURÍDICO, 2015).

De acordo com uma pesquisa realizada pelo Congresso Nacional de Justiça, o adolescente infrator tem um perfil específico:

A idade média dos adolescentes entrevistados é de 16,7 anos. O maior percentual de internados observados pela pesquisa tem 16 anos, com índices acima dos 30% em todas as regiões do país. O estudo aponta ainda que a maioria dos adolescentes cometeu o primeiro ato infracional entre 15 e 17 anos (47,5%). Considerando-se o período máximo de internação, o estudo revela que boa parte dos jovens infratores alcança a maioridade civil e penal durante o cumprimento da medida. Quanto à escolaridade, 57% dos jovens declararam que não frequentavam a escola antes da internação. Entre os entrevistados, apenas 8% afirmaram ser analfabetos. Ainda assim, a última série cursada por 86% dos jovens pertencia ao ensino fundamental. No que diz respeito às relações familiares, o estudo aponta que 14% dos jovens entrevistados têm filhos (JORNAL GLOBO, 2012).

3 PERFIL DOS MENORES INFRATORES

Como já debatido, a natureza da criança e do adolescente se transformou com os anos. De acordo o promotor Ebenezer Salgado Soares, da Vara da Infância e Juventude da Capital, o perfil das infrações cometidas pelos menores, é mais violento e cruel. Uma pesquisa realizada pelo Instituto Eu Sou da Paz, foi apontado que as maiorias dos adolescentes cometeram sua primeira infração antes dos 12 anos.

Em alguns casos, os fatores social e econômico não são determinantes para que os jovens ingressem na criminalidade. Dispõem de estrutura familiar, boas condições financeiras, oportunidades de estudo e trabalho. Mas, por escolha própria e por inconsequência decidem seguir outro caminho. No último domingo, um adolescente de 17 anos após ingerir bebida alcoólica perdeu o controle do carro, bateu em um poste e atingiu uma família que andava na pista destinada a cooper. Ruth Ester de Jesus Carvalho, 22 anos, Gabriela de Jesus Carvalho, 19, e um bebê de seis meses morreram. O condutor não sofreu nenhum ferimento, pois o carro que dirigia propicia uma alta segurança (CORREIO BRASILIENSE, 2017).

Todos os dias nos noticiários apresentam-se manchetes comprovando o envolvimento do menor em crimes.

Na semana passada, durante uma operação policial na Favela de Vigário Geral, na zona norte, policiais revistaram crianças uniformizadas na saída de uma escola. Acharam uma pistola na mochila de um menino de 9 anos. O secretário de Segurança Pública do Rio, José Mariano Beltrame, disse que a revista em menores não faz parte da política de segurança, mas foi usada numa situação excepcional. Disse ainda que isso não é uma rotina. Aqueles menores foram revistados porque naquele dia a polícia encontrou na mochila de uma criança, dentro de uma Kombi escolar, uma pistola. Tivemos uma informação de que essa seria uma prática muito utilizada por traficantes dali (SIMONETTI, 2013)

Os jovens da atualidade estão em busca de superficialidade. Estão na busca de mostrar ao "colega" seus bens materiais.

A principal causa do envolvimento de jovens e adolescentes com a criminalidade é a falta de perspectiva e de projetos de vida. Vivemos em um tempo em que tudo é descartável, passageiro, transitório e superficial, onde o ter tem mais valor de que o ser. Sendo assim, os modelos e exemplos de vida que os jovens e adolescentes pautam a sua vida está diretamente relacionado ao consumo, a superficialidade e a falta de valores positivos (JUÍZA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE, ANA PAULA AMARO, 2011).

Em outras pesquisas foram apontadas que a grande maioria dos infratores debocham da situação quando são apreendidos. Isso mesmo! Alguns deles chegam até a

dar risada dos policiais envolvidos na ocorrência, isso têm conhecimento de que na vão sair da Delegacia de Polícia de mãos dadas com os pais.

Portanto, é facilmente concluir que falta integridade dos menores, e até mesmo falta de perspectiva de vida para esses jovens. Hoje todos tem acesso muito rápido e fácil a tudo.

4 PREVISÃO LEGAL EM RELAÇÃO AO MENOR INFRATOR

O Estatuto da Criança e do Adolescente adveio em meados do ano de 1990 com o intuito de atender ao mandado expresso da Constituição Federal que, de modo geral, consagra sobre a proteção da criança e do adolescente.

O referido Estatuto, em seu artigo 104 transcreve a norma constitucional ao expor que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”. É importante não confundir inimputabilidade com impunidade, uma vez que, os menores de 12 anos incompletos estarão sujeitos a medidas de proteção, descritos no artigo 101 do Estatuto da criança e do adolescente (ECA), os adolescentes entre 12 a 18 anos, será aplicada a medida de proteção ou se necessária medida socioeducativas, previsto no artigo 112 do ECA, e excepcionalmente para os jovens entre 18 a 21 anos medidas socioeducativas.

O artigo 103 do ECA, no Título III, Capítulo I aduz “Considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. “. Ou seja, o ato infracional da criança ou adolescente, embora seja incorporado como crime ou contravenção, só pela razão de sua idade, não constitui crime ou contravenção, mas, na linguagem do legislador, um simples ato infracional.

Toda conduta que a Lei (Penal) tipifica como crime ou contravenção, se praticada por criança ou adolescente é tecnicamente denominada “ato infracional”. Importante destacar que esta terminologia própria não se trata de mero “eufemismo”, mas sim deve ser encarada como uma norma especial do Direito da Criança e do Adolescente, que com esta designação diferenciada procura enaltecer o caráter extrapenal da matéria, assim como do atendimento a ser prestado em especial ao adolescente em conflito com a lei (DIGIÁCOMO, 2010, p. 146-147).

Posto isto, o menor de 12 anos, será aplicada a medida de proteção, trazida no artigo 101, inciso I a VI do ECA:

Verificada qualquer das hipóteses previstas no artigo 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V – requisição de tratamento médico, psicólogo ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento à alcoólatras e toxicômanos.

Por outro lado, no que tange aos infratores maiores de 12 anos e menores de 18, serão aplicadas as chamadas medidas socioeducativas, previstas no artigo 112 do referido Estatuto.

Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I – advertência;

II – obrigação de reparar o dano;

III – prestação de serviço à comunidade;

IV – liberdade assistida;

V – inserção em regime de semiliberdade;

VI – internação em estabelecimento educacional;

VII – qualquer uma das previstas no artigo 101, inciso I a VI.

Em um mundo fictício, a medida socioeducativa tem como principal objetivo a reeducação e ressocialização do jovem infrator. Essa corrente acredita que, nesse tempo ele irá refletir sobre a gravidade de seus atos. Por essa razão, é que os doutrinadores e

juristas alegam que tais medidas não podem ser consideradas como “penas”, já que possuem uma natureza jurídica diferente.

A Procuradora Federal Juliana de Assis Aires Gonçalves prescreve:

Ressalta-se que o insucesso atribuído ao ECA deve ser dimensionado não à falta ou a insuficiência de comandos legais, que são fartos e adequadamente direcionados, mas à seriedade na aplicação das leis. O instituto contém uma série de medidas dirigidas aos jovens que cometem infrações, porém, o que deve ficar claro é que o ECA não foi devidamente implantado em grandes cidades, nas quais se utilizam como estabelecimentos para a internação as instalações e o organismo corrompido e desfigurado da FEBEM (Fundação do Bem Estar do Menor), notoriamente voltado aos velhos e combatidos modelos repressores do Estado. (GONÇALVES, 2012, não paginado)

Portanto, crê-se que, uma das problematizações do Estatuto deve-se ao campo limitado a que alcança. A lei aplicada aos jovens infratores é insuficiente ao expor medidas completamente incompatíveis com a gravidade de determinados crimes.

Dado isso, o que ocorre é que infelizmente muitos desses menores voltam a praticar outra infração.

5 AUDIÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO

A denominada “audiência de custódia” destina-se ao sujeito preso em flagrante delito, devendo ser apresentado a um juízo no prazo de 24 horas, com o fim de se verificar se a prisão foi legal, além de se analisar se persistem os motivos de uma prisão.

Por outro lado, no que tange a medida socioeducativa aplicada a adolescentes que pratiquem ato infracional, há uma legislação própria, de acordo os artigos 171 a 190 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No procedimento, será analisado propriamente a apuração do ato infracional, buscando sempre a proteção do adolescente. Desse modo, é de suma importância descrever o passo a passo do procedimento para a apuração de ato infracional:

Quando apreendido, o jovem infrator deverá ser informado de seus direitos e, logo será dirigido ao delegado de polícia, com a comunicação ao Juiz da Infância e da Juventude e sua família. Ressalta-se, que, quando cometido mediante violência, deverá ser lavrado auto de apreensão. Já no caso de ter sido a prática de um ilícito de natureza leve, bastará a lavratura de bolem de ocorrência. Nos casos em que não couber internação provisória, o

adolescente deverá ser posto em liberdade. Agora, se for o caso de decretação da internação provisória ou se nenhum responsável comparecer, deverá ser encaminhado ao Promotor de Justiça.

Em uma situação de que não houve situação flagrancial, o delegado de polícia irá executar diligências necessárias à apuração do fato.

Ocorrerá uma audiência junto ao Ministério Público para que ocorra uma oitiva informal do menor infrator, com o fim de obter elementos para a convicção da decisão. Em seguida, o MP deverá executar providências, tais como, arquivar os autos, manifestar pela representação ou remissão. Na hipótese do Promotor de Justiça se manifestar pela representação, o juiz designará a chamada "audiência de apresentação", oportunidade em que será colhida novamente a declaração do adolescente, podendo, haver a solicitação de depoimento de profissionais habilitados. Após, ocorrerá a "audiência de continuação", onde será ouvida as testemunhas das partes e passando a palavra ao Promotor de Justiça e ao advogado. Por fim, estando o menor em internação provisória, o prazo para a conclusão do processo é de quarenta e cinco dias.

Enfim, esse procedimento longo e complexo é para os adolescentes que infringem as normas.

6 INTERNAÇÃO E OS CRIMES DE HEDINDOS PRATICADOS PELO JOVEM INFRATOR

Muito embora o tema deste artigo seja tão divergente quanto aos posicionamentos, para corroborar com as afirmações do presente estudo, há Tribunais de Justiça reconhecendo a possibilidade de uma aplicação de medida mais extremas aos adolescentes com envolvimento no crime de tráfico de drogas. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em uma decisão admitiu uma aplicação de internação mais severa ao adolescente, por entender que se trata de uma conduta muito grave e com a finalidade de coibir tal prática. Sobre o julgamento, vejamos:

Estatuto da criança e do adolescente. Apelação. Ato infracional correspondente ao crime de tráfico ilícito de substância entorpecente (art. 33, caput, da lei 11.343/06). Procedência da representação. Adolescente flagrado transportando cerca de 5kg de droga. Sentença que aplica a medida socioeducativa de internação. Rol do art. 122 do eca. Relativização. Revisão do posicionamento anterior da relatora. Interpretação estritamente literal do art. 122 do eca incongruente com a gravidade inequívoca do ato infracional. Caso concreto, outrossim, em que restou evidenciada a necessidade e adequação da medida extrema. Recurso conhecido e não provido (Proc. Nº 8759317 PR 875931-7, 2º Câmara Criminal, Relatora Lilian Romero).

Conforme se verifica na decisão ementada, o respeitável magistrado tratou da “relativização” do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Visto que, o entendimento majoritário era de que as hipóteses para a aplicação da medida se tratava de um rol taxativo. Todavia, agora se aborda sobre a “relativização” da medida, para que, no caso da prática do ato infracional de tráfico de drogas, haja a possibilidade de aplicação de uma medida extrema ao adolescente.

Uma pesquisa, realizada pelo Núcleo de Produção de Informações Estratégicas, da Fundação (NUPRIE), em abril de 2019, apontou que a Fundação CASA, atendia a 8.079 adolescente, dos quais 47,88% correspondia ao envolvimento com o tráfico de drogas, seguido por 33,60% de roubo qualificado. Ainda, segundo a pesquisa, uma das causas para que os adolescentes entre para o mundo dos atos infracionais, destaca-se, a invisibilidade social (MONOGRAFIAS ESCOLA BRASIL).

De acordo com Conselho Nacional de Justiça, o índice de adolescentes cumprindo medida socioeducativa no país só aumenta. O tráfico de drogas é o crime mais frequente entre os jovens. Há muito mais que 60 mil guias ativas expedidas pelas Varas de Infância e Juventude (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Portanto, não se pode ignorar a superlotação das unidades de internação pela prática desses atos repudiados, o que torna a questão ainda mais tormentosa.

Se não bastasse, nessa perspectiva, é relevante mencionar que, incredivelmente, o que o STJ dispôs, uma Súmula em que “o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”. Assim, pode-se afirmar que é uma das maiores barbaridades do nosso ordenamento jurídico.

Em verdade, deveria acabar com a ilusão de que a internação tem a finalidade reformativa. Despejar toda esperança em uma unidade de internação e esperar que ela possa recuperar um jovem criminoso, traficante ou homicida, é balela.

Nesse mesmo sentido Capez (2013) se exprime:

Estamos “vendando” os olhos para uma realidade que se descortina: o Estado está concedendo uma carta branca para que indivíduos de 16, 17 anos, com plena capacidade de entendimento e volição, pratiquem atos atroz, bárbaros.

7 PROJETO DE LEI PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIEDUCATIVAS ANÁLOGAS A CRIMES HEDIONDOS

O projeto de Lei nº 6.510/16 visa para modificar o período de internação nos casos de cometimento de atos infracionais análogos aos crimes previstos na Lei de crimes hediondos.

O projeto traz regras como:

Artigo 104, § 2º As medidas previstas nesta Lei serão aplicadas independentemente de o infrator ter atingido a maioridade penal.

§ 3º no caso de o menor com idade igual ou superior a dezesseis anos praticar qualquer um dos atos infracionais análogos aos crimes previstos na Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, o período de internação poderá se estender até oito anos após este completar vinte e um anos de idade.

Art. 121 A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, devendo sua aplicação levar em consideração a gravidade do ato praticado (PROJETO DE LEI N.º 6.510/116, DO SR. SUBTENENTE GONZAGA, 2016).

Já na justificativa do texto de projeto de Lei, mencionam-se os apelos os defensores de que o Congresso Nacional e de qual modo deveria concretizar-se a referida Lei.

Ao apresentar o Projeto de Lei que ora submeto a apreciação dos Colegas, proponho a alteração da Lei nº 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e Adolescentes), para dispor que nos casos de atos infracionais análogos aos dispositivos da Lei nº 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), e só nestes casos, seja aumentado o período de internação destes jovens. Com a aprovação da mudança proposta, não se estará seguindo o caminho daqueles que defendem de forma simplista a redução da maioridade penal, que pode gerar problemas sociais muito maiores, como o de colocar nas mesmas unidades prisionais, adolescentes e até crianças com criminosos contumazes (PROJETO DE LEI N.º 6.510/116, DO SR. SUBTENENTE GONZAGA, 2016).

A Constituição Federal do Brasil possibilita a alteração do texto jurídico do Estatuto da Criança e do Adolescente, mediante um cunho político para apresentar proposta de lei ordinária. Nesse cenário o clamor dos cidadãos deve traduzido em leis competentes e suficientes para sanar conflitos.

Assim, frisa-se que se faz necessário a criação de lei ordinária, para modificar as orientações do Estatuto da Criança e do Adolescente.

8 DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Como foi mencionado, o presente artigo tem como objetivo principal discutir a viabilidade do menor, quando apreendido por tráfico de drogas, bem como os demais crimes hediondos, haja a possibilidade de manter regra geral trazida pelo Estudo, contudo, que a referida lei permitisse, em casos excepcionais e por meio de uma análise rigorosa do juiz e do Ministério Público, que os atos ilícitos cometidos pelos menores fossem avaliados de acordo com o grau de gravidade e periculosidade. Se em cada caso isoladora caberia uma medida mais severa ou não.

Sim, em outras palavras, o presente artigo até aborda, de um modo geral, sobre a redução da maioridade penal. Contudo, não é a ênfase a esse tema.

O estudo quer demonstrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente não se encaixa mais nos moldes dos menores infratores. Todavia, não é demais lembrar que há uma proposta de emenda à Constituição que aborda sobre a redução da maioridade penal para adolescentes de 18 anos para 16 anos. A referida proposta tem a intuito de reduzir a maioridade em casos em que menores infratores cometem os crimes hediondos listados na Lei nº Lei 8.072/1990, como por exemplo, tráfico de drogas, latrocínio e homicídio doloso.

Para a deputada federal Joice Hasselmann, quem comete um crime deve ser tratado com rigor, independentemente da idade: “é inconcebível que um jovem que tenha 17 anos e 364 dias tenha tratamento diferente daquele que tem 18 anos completos. Hoje, se um bandido menor de idade estupra, tortura e mata, ele terá um castigo mais ameno e ainda por cima sai com a ficha limpa, pronto para delinquir de novo” (NOTICIÁRIO R7, 2018).

Outrossim, não se trata, simplesmente, de analisar a redução da maioridade sob o ponto de vista do efeito da violência, trata-se da aplicação da Justiça, em que o indivíduo tenha que responder pelo seu ato criminoso. (SANCHES, 2014).

9 CONCLUSÃO

Primeiramente, é importante frisar que o presente artigo não pretende dar ênfase ao tema da redução da maioridade penal, a sua finalidade é discutir que as aplicabilidades do Estatuto da Criança e do Adolescente não se encaixam mais nos moldes dos menores infratores.

Logo, após todo esse estudo, permite-se concluir que é necessário um reajuste imediato no Estatuto da Criança e do Adolescente e maiores adequações nos sistemas penais aos dias de hoje.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei generosa e ainda largamente ignorada em suas medidas socioeducativas. Mesmo que haja as sanções previstas no Estatuto, antes de se chegar a internação, há uma série de outras menos severas, como advertência, prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida, que são frequentemente ignoradas, passando-se diretamente a privação de liberdade. Dessa maneira, é essencial uma solução intermediária e prudente para a problematização da redução.

Veja, não se trata simplesmente de reduzir a maioria penal. Trata-se de uma tentativa de buscar uma punição mais eficaz ao jovem infrator do que as indicadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A ideia seria de que, antes de cometer qualquer ato ilícito, o menor calculasse o desfecho de suas atitudes e as eventuais consequências. Em hipótese alguma se nega a necessidade urgente na melhoria da educação no Brasil. É óbvio que, um país com educação, os indícios de criminalidade seriam, sem dúvidas, mais contidos.

A sugestão, seria agir conforme já está sendo adotado por alguns Tribunais de Justiça, ou seja, uma possibilidade de manter a regra geral trazida pelo Estudo, todavia, a referida lei permitisse, em casos excepcionais (analisando o caso concreto) e por meio de uma análise rigorosa do juiz e do Ministério Público, que os atos ilícitos cometidos pelos menores fossem avaliados de acordo com o grau de gravidade e periculosidade. Se em cada caso isoladora caberia uma medida mais severa ou não.

O intuito não seria vilipendiar o menor, pelo contrário, o que se busca são medidas rigorosas para que não entrem no mundo na criminalidade.

O que não há como se admitir é a alegação de que o ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, não dá ensejo, por si só, a aplicação da medida socioeducativa de internação. Ora, só porque a conduta não pressupõe violência ou grave ameaça à pessoa, não quer dizer que o crime não seja igualmente muito grave, repudiado ou renegado. Se assim não fosse, não haveria porque o crime de tráfico de drogas estar presente no rol dos crimes hediondos.

Nem sempre eles integram uma organização criminosa com o fim de envolvimento no tráfico de ilícitos por "não ter outra escolha", muitas das vezes, é pelo simples fato do adolescente querer demonstrar um "*status*" para o meio em que vive ou, poder comprar um celular do caro, ou frequentar lugares inapropriados.

De todo modo, não se pode ignorar o fato de que as crianças e os adolescentes estão evoluídos em todos os sentidos, principalmente intelectualmente.

Em verdade, as crianças e adolescentes da atualidade muitas das vezes querem e agem como adultos. Em poucos há aquela inocência de criança.

REFERÊNCIAS

ALFRADIQUE, M. **Redução da maioridade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/direitosdainfancia/reducao-da-maioridade-penal-e-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescent-te>>. Acesso em 01 de julho de 2021.

BARROS, G. **Estatuto da criança e do adolescente**. 6 ed. Coleção leis especiais para concursos. Curitiba: Juspodivm, 2012.

CAPEZ, Fernando. **A questão da diminuição da maioridade penal**. Disponível em: http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1807 – Acesso em: 22/10/2021.

CAPEZ, Fernando. **Drogas: internação compulsória e educação. Texto publicado com exclusividade no Jornal Folha de São Paulo**. Disponível em: http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=5921 – Acesso em: 22/10/2021.

ELIAS, R. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

MACIEL, K. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2014.

NAVES, R; GAZONI, C. **Direito ao futuro: desafios para a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Criminal. **Apelação-ECA nº 875.931-7**. Rel. Lilian Romero. j. 19.07.2012.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PROJETO DE LEI nº 6.510/16**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01xgqbam1cfr195l110o4k2nje41641328.node0?codteor=1514287&filename=Avulso+-PL+6510/2016. Acesso em: 23 de julho de 2022.

RAMIDOFF, M. **Lições de direito da criança e do adolescente**. Curitiba: Juruá, 2005.

SOTTO MAIOR, O. In CURY, M, AMARAL e SILVA e MÉNDEZ, apud COSTA. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SUZUKI, C. **É Possível a alteração da maioridade penal**. Disponível em: <<http://claudiosuzuki.jusbrasil.com.br/artigos/121941243/e-possivel-a-alteracao-da-maioridade-penal>>. Acesso: 01 de julho de 2021.

SCHMIDT, F. **Adolescentes privados de liberdade**. Curitiba: Juruá, 2009.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 01 de julho de 2021.

VOLPI, M. **Sem liberdade, sem direitos: a experiência de privação de liberdade na percepção dos adolescentes em conflito com a lei**. São Paulo: Cortez, 2001.

OS EFEITOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NAS RELAÇÕES DE CONSUMO CONTRATUAIS

LUCAS SALES HERÊNIO:
Acadêmico do curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA/IESMA).

LETÍCIA DE JESUS PEREIRA¹⁵⁶

(coautora)

RESUMO: O presente artigo científico consiste em uma análise jurídica dos efeitos causados pela pandemia do coronavírus nas relações de consumo contratuais. Partindo do fato de que há uma disparidade de forças na relação jurídica de consumo entre fornecedor e consumidor, evidencia-se a intensificação desta desproporcionalidade durante o atual quadro pandêmico, haja vista a posição de hipossuficiência que os consumidores ocupam. Nesse sentido, surge a seguinte problemática: quais foram os impactos causados nas relações de consumo contratuais em razão da pandemia do novo coronavírus no país e quais são as alternativas para amenizar as consequências desta crise excepcional? O método de pesquisa utilizado para tanto, possui natureza qualitativa e revisão bibliográfica, visto que o estudo foi realizado a partir da legislação vigente, da doutrina jurídica, revistas e artigos jurídicos publicados na Internet. Assim, ao longo do desenvolvimento do trabalho, firmou-se o entendimento de que a defesa do consumidor no mercado de consumo caracteriza e delinea a ordem constitucional econômica brasileira e por esta razão, suas normas de ordem pública e interesse social devem ser preservadas mesmo nos momentos de crise e circunstâncias extraordinárias.

Palavras-Chave: Relações de consumo. Pandemia. Coronavírus. Contratos.

Abstract: This scientific article consists of a legal analysis of the effects caused by the spread of contamination caused by the new coronavirus in contractual consumer relations. Based on the fact that there is a disparity of forces in the legal relationship of consumption between supplier and consumer, the intensification of this disproportionality during the current pandemic situation is evident, given the position of hyposufficiency that consumers

¹⁵⁶Advogada. Assessora Jurídica (PGE/MA). Mestra pelo Programa de Pós Graduação em Formação Docente em Práticas Educativas (UFMA). Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito (UNIMAR). Especialista em Direito Penal e Processo Penal (Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus). Professora do Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão (IESMA/UNISULMA).

occupy. In this sense, the following problem arises: what were the impacts caused on contractual consumer relations due to the new coronavirus pandemic in the country and what are the alternatives to mitigate the consequences of this exceptional crisis? The research method used for this, has a qualitative nature and bibliographic review, since the study was carried out from the current legislation, legal doctrine, magazines and legal articles published on the Internet. Thus, throughout the development of the work, the understanding was established that consumer protection in the consumer market characterizes and outlines the Brazilian economic constitutional order and for this reason, its norms of public order and social interest must be preserved even in the moments of crisis and extraordinary circumstances.

Keywords: Consumer relations. Pandemic. Coronavirus. Contracts.

1 INTRODUÇÃO

A disseminação e o índice global de mortes causadas pelo novo coronavírus (SARS-COV-2) conduziu, em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) a formalizar a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) em virtude da alta percentualidade de infecção humana (OPAS, 2020). Observada a gravidade da situação, foi decretado no Brasil em 20 de março de 2020, o Estado de Calamidade Pública, visto que, no atual cenário brasileiro confirmam-se mais de 685 mil mortes e 34,6 milhões de casos de contaminação ao redor do país (JHU CSSE, 2022).

A crise sanitária ocasionada pelo número de contaminações reascendeu uma série de discussões jurídicas que envolveu as relações trabalhistas, a livre-concorrência, a saúde pública, a segurança sanitária, as questões econômicas e sociais brasileiras, assim como, a vulnerabilidade dos consumidores frente às relações contratuais. Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor, atua como uma tutela legislativa que reconhece a fragilidade do consumidor, que se refere à um princípio fundamental das relações de consumo, disposto no artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.078/90, considerando que há uma grande desproporcionalidade de forças evidentemente acentuada durante o quadro pandêmico.

Nesse sentido, surge a seguinte problemática: quais foram os impactos causados nas relações contratuais de consumo, observados durante a pandemia do coronavírus no país? Para responder tal enigma, fez-se necessário um estudo aprofundado nesta seara, com o intuito de apresentar alternativas para mitigar os efeitos negativos decorridos da pandemia nas relações de consumo.

A abordagem utilizada para tanto é a qualitativa, visto que foi necessário conhecer o fenômeno social estudado e os aspectos subjetivos do tema, como a aplicabilidade dos princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor e a função social do contrato. Assim, a sustentação teórica foi fundamentada por meio de uma revisão literária bibliográfica e

documental, em virtude da pesquisa ter sido realizada a partir da legislação vigente, da doutrina jurídica, revistas e artigos científicos publicados na Internet.

Além desta introdução e da conclusão, o trabalho está dividido em três seções. Na primeira delas abordar-se-á primeiramente, considerações iniciais acerca do cenário causado pela COVID-19, os princípios básicos que norteiam a relação jurídica entre consumidor e fornecedor, bem como, a função social do contrato e a tutela da vulnerabilidade do consumidor frente aos contratos de consumo. Em seguida, será possível discutir os reflexos causados nas relações de consumo contratuais, no que diz respeito ao inadimplemento dos contratos de consumo em razão da pandemia e por fim, abordar-se-á possíveis soluções para amenizar a crise superveniente vivenciada atualmente, por meio da renegociação, revisão ou resolução contratual.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA COVID-19

A pandemia causada pelo COVID-19 impôs inúmeros rearranjos nas relações de consumo, uma vez que a edição de leis e decretos que tiveram como finalidade amenizar e combater situações desfavoráveis aos consumidores foram extremamente importantes, tendo em vista que estes foram intensamente afetados. Diante disso, órgãos vinculados à Segurança Pública e Ministério da Justiça, buscaram, desde o início, soluções junto ao setor privado e outros órgãos do governo para se antecipar, prevenir ou remediar problemas que se relacionam a relação de consumo e o funcionamento das relações sociais e consumeristas no âmbito mercadológico.

Os primeiros infortúnios ocasionados pela pandemia, conforme Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), referem-se ao mercado turístico e aéreo, visto que a quarentena, medida política de isolamento adotada para conter o contágio do COVID-19, afetou diretamente na dinâmica econômica destes setores, posto que não restou quase nenhuma possibilidade de receita, em razão de serem atividades que geram trabalhos em muitas faixas de renda no país, principalmente nos setores de menor nível de especialização. Assim, a paralisação destas atividades trouxe consequências negativas à economia do país e diversos prejuízos aos consumidores.

Observa-se a possibilidade de uma redução do PIB das economias nacionais em até US \$ 2,3 trilhões, mesmo que a crise sanitária seja mantida no nível intitulado por especialistas de “low-end” (SOUZA, 2020, p.136). Os países, inclusive o Brasil, editaram atos normativos destinados a tratar os efeitos devastadores e nefastos da pandemia que atingiram milhares de pessoas.

Nota-se uma alteração drástica nas relações interpessoais, jurídicas, socioeconômicas, que escancararam a fragilidade do sistema público de saúde e

impulsionam a promulgação de diversas leis e diplomas cujo objetivo era reduzir os graves impactos da pandemia, haja vista o contágio desacelerado do vírus.

Mas para que se possa compreender o âmbito de incidência do CDC, primeira deve-se analisar quais são as partes envolvidas nessa relação. Assim, faz-se necessário esclarecer inicialmente que, consumidor é todo indivíduo que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, conforme preceitua o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990). Dessa forma, de acordo com os ensinamentos de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem:

(...) Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção (MARQUES; BENJAMINE; MIRAGEM, 2019).

Evidencia-se que as relações de consumo demandam que o polo mais vulnerável entre as partes contratuais tenha uma proteção ativa, considerando que o consumidor sempre será a parte mais suscetível a infortúnios perante os fornecedores de bens e serviços, os quais possuem o capital e acabam, não raras vezes, deliberando a sua vontade na relação de consumo que podem ser desproporcionais e excessivas, motivo pelo qual, verifica-se um desequilíbrio nas relações de consumo contratuais.

Os primeiros impactos imediatamente observados desde o início da pandemia, segundo Guilherme Mucelin, dizem respeito ao aumento de preços, os quais decorreram diretamente da lei da oferta e da procura:

O aumento abusivo de preços de produtos, principalmente os de prevenção ao Coronavírus, como álcool gel 70%, máscaras e luvas, e, as preocupações dos consumidores com relação a viagens, pacotes turísticos, eventos e demais compromissos já assumidos antecipadamente. Após as determinações de isolamento, contudo, o foco se deu na impossibilidade de os consumidores adimplirem seus contratos relativos a suas necessidades básicas e de sua família, como água, luz, internet, gás encanado e outros serviços essenciais (MUCELIN, 2020, n.p.).

Sabe-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) veda a prática oportunista do aumento abusivo de preços sem racionalidade e necessidade econômica. As práticas

abusivas estão elencadas no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, o qual veda ao fornecedor, o aumento excessivo sem justa causa do preço de produtos e serviços, constatadas em maior incidência durante a pandemia.

Tal conduta também pode ser caracterizada como abuso de direito, consoante a definição do ato ilícito contido no artigo 187 do Código Civil, dispõe que: “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

Todavia, faz-se relevante diferenciar um ajuste de mercado a uma situação de crise da prática de estocar produtos adquiridos a preços reduzidos com o propósito de revender mais caro, aproveitando-se excessivamente dos consumidores em um momento de crise. Ressalta-se ainda que, a circunstância econômica ocasionada pós-Covid-19 modificou as prioridades de compra dos consumidores. Restritos à quarentena, os consumidores criaram o hábito de adquirir com mais frequência, produtos essenciais como alimentos, medicamentos e itens de higiene e limpeza, tais como: álcool-gel, luvas e máscaras de proteção facial.

As práticas abusivas são, portanto, negociações irregulares que acabam, por vezes, ferindo os pilares da ordem jurídica e das relações de consumo. Espera-se que as relações negociais tenham resultados positivos, entretanto, nem sempre isso ocorre, haja vista os casos em que a vantagem em prol de uma das partes passa a ser exagerada e ultrapassa limites razoáveis. Diante disso, cumpre ressaltar que o § 1º do art. 51 do CDC também prevê sobre a vantagem exagerada como causa geradora da abusividade em cláusulas contratuais (BRASIL, 1990).

Denota-se que essa disparidade de forças é, sobretudo, observada por meio da desigualdade entre o consumidor e fornecedor que ocupam posições distintas na relação consumerista, razão pelo qual o Direito do Consumidor exerce um papel fundamental para amenizar tal situação, visto que os preceitos que o envolvem possuem a finalidade de defender o cidadão, que configura-se como parte hipossuficiente e vulnerável, de práticas ilícitas e abusivas nas relações de consumo, no que diz respeito ao artigo 4, I do CDC. Assim, torna-se oportuno discutir os princípios que regem a relação jurídica de consumo consoante ao tópico que se subsegue.

2.1 Os princípios básicos que regem a relação jurídica entre consumidor e fornecedor

Diante da necessidade em estabelecer uma tutela legislativa ao polo mais vulnerável da relação jurídica de consumo em nosso ordenamento jurídico pátrio, surgem com a Lei 8.078/1990, os fundamentos normativos específicos para a relação entre consumidor/fornecedor com fulcro nos artigos 5º, XXXII e 170, V da Constituição Federal

de 1988, que versam sobre a defesa ao consumidor, os meios de garantia aos direitos à vida, liberdade, segurança e propriedade, os quais possuem direta relação com o consumo e o princípio da ordem econômica.

Assim, por meio da imposição ao Congresso Nacional pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), origina-se conforme o art. 48 do dispositivo, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, norma de ordem pública e interesse social, nos termos de seu artigo 1º. Com vistas a organizá-lo, implementa-se a defesa do consumidor mediante a criação de um conjunto de normas para melhor regê-la.

Dessa forma, o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor dispõe acerca da Política Nacional das Relações de Consumo, que possui o objetivo de atender às necessidades dos consumidores, observado seus direitos básicos como a saúde, segurança, dignidade, informação e a melhoria da qualidade de vida tanto do consumidor como do fornecedor, de modo a preservar os interesses econômicos, a fim de promover a harmonia e transparência nas relações de consumo (BRASIL, 1990).

Para tanto, a Política Nacional das Relações de Consumo fundamenta-se em princípios, os quais destinam-se a preencher as omissões existentes na busca incessante pela estabilidade nas relações consumeristas, em que é possível elencar: a vulnerabilidade do consumidor, princípio disposto no artigo 1º, inciso I, do CDC, originário da isonomia razão pelo qual possui a igualdade como finalidade, visto que, o consumidor situa-se à mercê do fornecedor por configurar-se na posição mais fraca da relação, por este possuir menos conhecimento técnico e econômico ante o fornecedor.

Em conformidade com a professora Claudia Lima Marques, a vulnerabilidade do consumidor se constitui em “presunção legal absoluta, que informa e baliza a sua aplicação e a hermenêutica – sempre a favor do consumidor – de suas normas” (MARQUES, 2011, p. 304). Assim, o ponto de partida do Código de Defesa do Consumidor é a afirmação deste princípio, que se configura em um mecanismo que visa garantir a igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica do consumo (BRASIL, 2016).

Em segundo plano, observa-se o princípio do dever governamental, previsto no artigo 4º, incisos II, VI e VII do Código de Defesa do consumidor, originário da Constituição Federal de 1988, em que se atribui ao Estado Democrático de Direito a responsabilidade de proporcionar recursos para que a proteção do consumidor se efetive, especialmente por meio da fiscalização.

Faz-se necessário também que haja a garantia de adequação ao consumidor, princípio que diz respeito à absoluta adequação dos produtos e serviços dispostos no mercado de consumo, observado sua segurança e qualidade, objetivo primordial reiterado

pelo sistema protetivo consumerista, de modo a respeitar os interesses econômicos das partes e melhor qualidade de vida (BRASIL, 1990).

Ressalta-se ainda, o princípio da boa-fé nas relações de consumo, regulamentado no artigo 4º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, no qual relaciona-se à cooperação e lealdade entre as partes da relação consumerista, a fim de combater quaisquer abusos praticados durante o processo de consumo. Este princípio foi criado para evitar que interesses particulares fossem priorizados diante dos interesses sociais.

Dessa forma, o princípio da boa-fé atua como uma direção que deve ser observado pelas partes da relação consumerista, que se fundamenta conseqüentemente, no dever de conduta que naturalmente se espera das partes, com o propósito de prevenir eventuais condutas abusivas.

Ao conjugar à conduta, segundo a boa-fé, o equilíbrio das posições do polo fornecedor e do polo consumidor, e ao prever expressamente (art. 51, inc. IV) a nulidade de cláusulas abusivas, pois desbordam da boa-fé, atingindo tal equilíbrio, a normativa consumerista atribui ao princípio da boa-fé uma função corretora do desequilíbrio contratual com caráter geral (MARTINS-COSTA, 2018, p. 325).

Diante disso, o princípio da boa-fé reforça e fundamenta o princípio do equilíbrio contratual na relação jurídica de consumo, que orienta o intérprete a buscar a equivalência entre a prestação originariamente assumida pelo consumidor e a devida execução do contrato. De acordo com Claudia Lima Marques, o princípio do equilíbrio contratual é cogente, visto que é aceita conscientemente pelo consumidor, mas se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contrário às normas de ordem pública de proteção do Código de Defesa do Consumidor e a autonomia de vontade não prevalecerá (MARQUES, 2011).

Ressalta-se ainda que, o referido princípio pode decorrer de fato contemporâneo a sua formação, como se observa nos casos de vício de vontade, ou por fato superveniente, como a pandemia provocada pela Covid-19. Por sua vez, o princípio da informação, evidenciado no artigo 4º, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor, apresenta-se como o dever de esclarecer os direitos e deveres dos consumidores e fornecedores, com a finalidade de que haja transparência e harmonia entre as partes da relação de consumo.

Em conformidade com o CDC, evidencia-se a ilegalidade de qualquer produto, serviço ou ato que viole o direito à informação do consumidor, visto que, a informação

deve ser repassada amplamente acerca de todos os aspectos do produto ou serviço a ser inserido no mercado de consumo.

Destaca-se, por fim, o princípio do acesso à justiça, exposto no artigo 6º VII e VIII do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de um direito consagrado a todos aqueles que possuem a necessidade de acionar o Estado contra quaisquer atos ou procedimentos que venham contrariar ou desrespeitar seus direitos e garantias assegurados na Carta Magna.

Nesse sentido, ao elaborar o referido dispositivo, o legislador teve o propósito de conceder subsídios que facilitassem o acesso à justiça a todos os cidadãos, a fim de que fosse possível viabilizar a defesa de direitos para que houvesse o reequilíbrio e a redução de desigualdade que existe entre o consumidor e o fornecedor.

Diante do exposto, constata-se que o Código do Consumidor ocupa uma posição de visibilidade no ordenamento jurídico, por ser uma norma supralegal, que detém uma malha principiológica própria. Assim, na eventualidade de um conflito aparente de normas, aplica-se aquela que melhor protege e tutela o consumidor, conforme a determinação da teoria do diálogo das fontes, prevista no artigo 7º do mesmo Código.

Depreende-se, dessa forma, que os princípios contidos no referido dispositivo atuam como transmissores para todo ordenamento jurídico, que possui como objeto de estudo a proteção e defesa do consumidor, sendo, portanto, todo o alicerce e base deste importante manual (MIRANDA, 2017). Ademais, visando dar continuidade à sustentação teórica do referido trabalho, torna-se oportuno discutir na seguinte subseção, a função social do contrato e tutela da vulnerabilidade do consumidor frente aos contratos de consumo.

2.2 A função social do contrato e a tutela da vulnerabilidade do consumidor frente aos contratos de consumo

Compreende-se por função social, a tutela que o ordenamento jurídico brasileiro assegura aos hipossuficientes e desamparados, a partir da adoção de métodos que proporcionem uma repartição equilibrada das riquezas (FILHO, 2005). Relaciona-se, dessa forma, a aplicabilidade do princípio da igualdade.

A igualdade possui um aspecto formal e material, em que o primeiro se refere à abstenção do Estado sob qualquer forma de tratamento desigual, caracterizado por atos discriminatórios e arbitrários, rompendo claramente com o pensamento medieval em que os indivíduos deveriam ser tratados conforme os estamentos e castas a que pertenciam. Assim, ao prestar a tutela jurisdicional, o Estado deve ser cego diante das desigualdades e impedir a preponderância de privilégios entre as partes (MORAES, 2015).

Por outro lado, o aspecto material da igualdade relaciona-se às condições de oportunidades aos grupos socialmente excluídos a fim de inseri-los na sociedade, proporcionando-lhes assim, a igualdade formal e material. A concretização da igualdade material é implementada por meio da realização de políticas de discriminação positivas pautadas em ações destinadas a suprir as desvantagens impostas historicamente por condições étnicas, religiosas, econômicas e classistas. Vê-se, dessa maneira, que o princípio possui o objetivo de tratar os desiguais igualmente na medida de suas igualdades (NERY JUNIOR, 2014).

Nesse sentido, a função social do contrato possui o objetivo de conferir aos contratantes medidas ou mecanismos jurídicos capazes de coibir qualquer desigualdade dentro da relação contratual (FERREIRA, 2011). Assim, para que a relação contratual seja justa, a liberdade entre os contratantes deve ser conferida de forma igualitária, ligada aos interesses sociais, reconhecendo como valor absoluto, a dignidade humana. O desequilíbrio entre consumidor e fornecedor é natural, exigindo justamente uma forma capaz de colocar os contratantes em posição de igualdade.

A partir desta concepção, a função social do contrato é reconhecida como uma forma de harmonizar a autonomia privada e o bem estar-social. Se o contrato fosse pautado apenas na liberdade individual, com força obrigatória, estaria fora dos parâmetros da ideia contemporânea de Estado. Dessa forma, é a partir da função social que o Estado deve impedir a opressão do mais forte ao mais fraco. O Código Civil enfatiza em seu art. 421 que: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato" (BRASIL, 2002).

Faz-se necessário, portanto, que o poder público se atente a sua função fundamental que é garantir o bem-estar social. Sabe-se que a Carta Magna não admite contratos que não realizem sua função social, visto sua real preocupação em promover uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, capaz de proporcionar a todos condições essenciais para o exercício de direitos, tendo como alicerce o Estado Democrático de Direito, elegendo a justiça como um dos valores supremos, conforme enfatiza o preâmbulo constitucional.

De acordo com Lôbo (2017), enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado Social; enquanto houver Estado Social haverá função social do contrato. Em suma, a função social contratual conceitua-se, portanto, como uma harmonização entre os interesses individuais das partes contratantes e os interesses sociais. Em caso de conflito, prevalecerá o interesse social. O artigo 170 da Carta Magna prevê que toda atividade econômica, incluindo o contrato, que é um instrumento que promove a economia no país, deve buscar com prioridade a justiça social.

Este princípio possui o poder de impor condutas, restringir a liberdade de imposição dos direitos e as obrigações, que se caracteriza como uma norma puramente restritiva. Diante disso, o doutrinador Orlando Gomes corrobora com este entendimento e assevera que a função social do contrato funciona em meio à circulação de riquezas, com o objetivo de regular a riqueza de cada pessoa em forma de representação jurídica, mormente às inovações no mundo financeiro, visando à solidariedade social (GOMES, 2007). Assim sendo, de acordo com Gomes (2007, p. 105) “A função social do contrato funciona em meio à circulação de riquezas, com o objetivo de regular a riqueza de cada pessoa em forma de representação jurídica, mormente às inovações no mundo financeiro visando à solidariedade social.”

Em síntese, vê-se que a função social do contrato se configura como um dos princípios mais importantes da atualidade, por ser considerado uma inovação do direito na área contratual. O modelo clássico de contrato tornou-se cada vez mais ineficaz ao longo da história, tendo em vista a permissão que este concedia, a acordos com grandes desvantagens para uma das partes.

Todavia, a defesa do consumidor no mercado de consumo caracteriza e delinea a ordem constitucional econômica brasileira, de acordo com o que dispõe o art. 170, inciso V da Constituição Federal e por esta razão, suas normas de ordem pública e interesse social devem ser preservadas mesmo nos momentos de crise e circunstâncias extraordinárias. Dessa forma, a proteção contratual conferida pelo Código de Defesa do Consumidor neste cenário, revela a importância da aplicabilidade dos seus princípios.

Se, por um lado, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não prevê de forma explícita a hipótese de força maior como uma das excludentes da responsabilidade do fornecedor, objetivamente restritas às hipóteses do art. 14, § 3º, certo é que, diante da imprevisibilidade da situação caótica instalada em nosso país e no mundo, da boa-fé objetiva que deve nortear as relações contratuais e dos já consagrados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e da vedação ao enriquecimento sem causa, deverão as partes envolvidas buscar o entendimento objetivando, sempre que possível, a manutenção dos contratos ou sua adequação, de modo a evitar-se a excessiva onerosidade a apenas uma das partes, encorajando a aplicação do princípio da conservação do negócio jurídico (STROEHER, 2021, on-line).

Embora o CDC não tenha explicitado a função social do contrato, todo o seu corpo normativo assegura a regulamentação da função social nas relações consumeristas. Essa função social é evidentemente notada no tratamento em que é dado às partes de forma unânime, transparente, equilibrada e com boa-fé, sempre em busca da justiça contratual.

Evidentemente, nem todos os casos originados desta pandemia serão solucionados de forma harmônica e equilibrada, e nessas hipóteses, a intervenção judicial fatalmente se fará necessária, cabendo às partes, desde logo, reunir organizadamente a documentação que entendam respaldar seus direitos (PEREIRA, 2020).

Diante da imprevisibilidade da situação de vulnerabilidade a que estão sujeitas ambas as partes da relação de consumo em virtude da pandemia, faz-se necessário que os contratos sejam pautados no espírito colaborativo e em concessões mútuas, sendo altamente recomendo que as partes envolvidas busquem a orientação e acompanhamento de profissionais especializados na condução e mediação de acordos, quando necessário.

Tanto empresas quanto consumidores são – e continuarão a ser – fortemente impactados pelas medidas estatais intervencionistas decorrentes da decretação de estado de calamidade pública frente ao Coronavírus, e a legislação que atualmente conhecemos e sobre a qual até então nos debruçamos para regular estas relações consumeristas tende a ser relativizada diante deste cenário de caos social e econômico, de modo que a balança não penda apenas para um dos lados, e que se possa distribuir os ônus e prejuízos entre toda a cadeia de consumo (STROEHER, 2021, on-line).

Portanto, os tempos de pandemia são, verdadeiramente, de solidariedade e de colaboração em prol da saúde pública e, por isso, os impactos gerados pelas fortes restrições às atividades econômicas, fruto da decretação de estado de calamidade pública, acabarão sendo suportados com maior intensidade pelas empresas. Perante o exposto, torna-se oportuno discutir no tópico seguinte, o inadimplemento dos contratos de consumo em razão da pandemia, que se trata de hipótese de força maior, conforme se observará.

3 O INADIMPLEMENTO DOS CONTRATOS DE CONSUMO EM RAZÃO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

Em virtude da pandemia ocasionada pelo COVID-19, muitas discussões e desdobramentos jurídicos acerca da vulnerabilidade do consumidor frente aos contratos de consumo foram evidenciados, tendo em vista que a situação excepcional vivenciada atualmente afetou consideravelmente o cenário econômico do país, razão pelo qual fez-se necessária a edição de diversas leis e dispositivos que amenizassem a inadimplência de contratos tanto por parte dos consumidores como de fornecedores.

Nesse viés, cumpre esclarecer que quando a causa do descumprimento do contrato tiver sido em razão da pandemia do coronavírus ou das medidas elaboradas para preveni-

lo, não se caracteriza, como regra, erro ou culpa do fornecedor na prestação de serviço. Assim, não se tipificam defeito ou vício do produto conforme dispõe os arts. 12 a 14, 18 a 20 do Código de Defesa do Consumidor, justamente por não haver a possibilidade de considerar que o fornecedor seja responsabilizado pela inadimplência do dever de prestar.

A incapacidade do cumprimento contratual por fato alheio à conduta do fornecedor, caracteriza a hipótese de força maior ou caso fortuito, circunstância prevista no art. 393, parágrafo único, do Código Civil, que assim dispõe: "O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir" (BRASIL, 2002). Dessa forma, os efeitos desse evento jurídico são: a inércia quanto à responsabilidade do consumidor pelo inadimplemento a que tenha dado causa, conforme o disposto no art. 393, caput, do Código Civil, e ainda, as rescisões contratuais a que tenha tornado impossível o cumprimento, de acordo com os arts. 234, 248 e 250 todos do Código Civil.

Ressalta-se ainda que, a leitura do artigo 393 deve ser feita em conjunto com o artigo 399 do mesmo dispositivo, que assim dispõe: "O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada" (BRASIL, 2002).

Se, de um lado, afasta-se a responsabilidade do devedor sobre a obrigação quando inadimplida por força de fato externo, imprevisível e inevitável, por outro lado, deve-se observar o status do devedor como bom pagador antes da ocorrência do evento. O devedor em mora não pode se socorrer da exceção legal nem se aproveitar de fato superveniente para se eximir de descumprimentos anteriores.

Soma-se a estes pressupostos a aplicação do princípio da boa-fé objetiva como cláusula não escrita de todos os contratos, impondo ao devedor que tome todas as medidas cabíveis a seu alcance para mitigar os danos causados ao credor pelo inadimplemento da obrigação, nos termos do artigo 422: "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé" (BRASIL, 2002).

Não basta, portanto, a constatação do evento sem qualquer reação ou iniciativa por parte daquele que sofreu seus impactos. A conduta de boa-fé normatizada exige do devedor pro-atividade para reduzir os riscos que a pandemia causou à sua ocupação empresarial. Vale lembrar também que:

Para além das obrigações de pagar, tem-se, os casos em que, a pandemia impossibilitar o cumprimento das obrigações de fazer. Por

força de atos governamentais, a circulação de pessoas ficou bastante restrita, com impactos não só na prestação de serviços presencial e diretamente como também nas cadeias de produção e distribuição de bens, em virtude das cautelas quanto à aglomeração de indivíduos num mesmo ambiente. As normas de emergência determinam que a quarentena e o isolamento se impõem a todos os estabelecimentos comerciais não-essenciais. Tal isolamento social retirou a população do polo produtivo, gerando a impossibilidade de cumprimento de uma série de contratações (D'HANENS; LINO, 2020, on-line).

Desse modo, evidencia-se que a hipótese de força maior ocorre durante uma situação excepcional ao cumprimento das obrigações em geral, em que se aplica da mesma forma às relações de consumo, como um fato externo, superior e de consequências imprevisíveis, a romper o nexo causal existente entre o dano e a própria relação de consumo, como é o que se observa no caso de uma pandemia e o estado de calamidade pública como consequência desta. Observa-se no presente caso, a relação de causa e efeito entre a pandemia, assim como as consequências associadas diretamente a ela e a impossibilidade do cumprimento contratual por parte do consumidor, de forma inevitável.

Contudo, em qualquer caso, ressalta-se que a impossibilidade de cumprimento da prestação principal não dispensa o fornecedor do atendimento de outros deveres acessórios ou anexos que lhe sejam imputáveis. Exemplifica-se, o caso das companhias aéreas, as quais possuem o dever de assegurar alimentação e estadia aos consumidores nas hipóteses em que há a interrupção ou cancelamento da viagem, bem como, os deveres de esclarecimento e informação ao consumidor, cujo descumprimento pode caracterizar danos indenizáveis.

Em geral, as leis de emergência podem incidir para limitar o direito de resolução ou seus efeitos. Conforme fora evidenciado no Brasil no que se refere as Medidas Provisórias relacionadas ao setor aéreo (MP 925/2020) e aos cancelamentos de serviços, reservas e eventos dos setores de turismo e cultura (MP 948/2020). As circunstâncias excepcionais que caracterizam a legislação de emergência sobre contratos, historicamente, admitem exceções a seus efeitos típicos. Tais exceções, contudo, subordinam-se ao controle de sua equivalência material (equilíbrio contratual), o que mais se evidencia quando se trata dos contratos de consumo nos quais incidem normas de proteção de um dos contratantes (MIRAGEM, 2021, p. 12).

As razões que autorizam excetuar efeitos típicos dos contratos e de seu inadimplemento fundamentam-se, especialmente, na extensão dos prejuízos daí decorrentes, e do caráter sistêmico da sua causa, afetando amplos setores, e podendo levar à ruína uma das partes contratantes. Deve o intérprete distinguir as hipóteses de inadimplemento, entre a impossibilidade definitiva e a temporária, em razão das repercussões da pandemia, sempre sob o critério de preservação do interesse útil do consumidor. Esta impossibilidade se caracteriza na falta de condições de satisfação do interesse legítimo do consumidor (MIRAGEM, 2020).

Diante da condição inevitável de descumprimento contratual por parte do consumidor, em virtude da pandemia do coronavírus e das medidas instauradas para combatê-la, cumpre examinar as alternativas propostas pelo Código Civil que preservam o negócio jurídico, mas reestabelecem o equilíbrio entre as prestações e contraprestações das partes, por meio da renegociação, revisão ou resolução contratual.

4 A POSSIBILIDADE DE RENEGOCIAÇÃO, REVISÃO OU RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR FATO SUPERVENIENTE

Não obstante a decretação do estado de calamidade por diversos entes da federação em decorrência da pandemia do Covid-19, as medidas, principalmente as interventivas (previstas também no art. 4º, II do Código de Defesa do Consumidor) não serão suficientes para realocar as relações e o mercado de consumo brasileiro no status *quo* a chegada do vírus mortal no país.

Diante disso, compreende-se que grande parte dos contratos em geral terão que ser renegociados, revisados ou rescindidos e todas as partes envolvidas terão que ceder, perante a situação, seus graus de responsabilidade/risco, sempre primando pela boa-fé objetiva e manutenção da relação contratual. Há, nas relações de consumo, total ciência do risco integral da atividade por parte dos fornecedores, visto que, é adotado como regra pelo Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade objetiva pura. Soma-se a isso, a presunção prevista no art. 4º, I do CDC que dispõe sobre a vulnerabilidade do consumidor no mercado, conforme comentado anteriormente.

Acontece que, o mesmo dispositivo também possui como princípio positivado, a busca pela harmonização dos interesses entre os participantes da relação com fundamento na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (art. 4º, III do CDC). Em condições normais, os princípios mencionados eram constantemente evocados em face das práticas e condutas abusivas por parte de fornecedores de má-fé, entretanto, na situação da calamidade do Covid-19, estes deverão ser aplicados para harmonizar e tentar reequilibrar as relações entre consumidores e fornecedores, sopesando sempre o grau de responsabilidade de cada um.

Dentre as soluções a serem adotadas em razão da crise extraordinária causada pela pandemia, encontra-se primeiramente, a renegociação contratual, que poderá ocorrer a partir do interesse comum das partes, isto é, as partes devem buscar a renegociação como forma de satisfazer da melhor forma possível seus interesses e preservar o contrato. Na hipótese de não ser possível, a parte prejudicada na relação possui a possibilidade de pleitear judicialmente a sua revisão, inclusive com a redução equitativa de multas pactuadas (art. 413, Código Civil) ou a resolução do contrato por onerosidade excessiva

Dessa forma, cabe aos intérpretes, em destaque os juízes, uma releitura do Código de Defesa do Consumidor e uma nova interpretação para harmonizar as diversas relações de consumo, afetadas por tal fato superveniente (art. 6º, inciso V). Embora a previsão legislativa assegure a modificação de cláusulas contratuais como direito básico apenas ao consumidor, compreende-se que a disposição deve ser interpretada sistematicamente com o princípio do art 4º, inciso III do CDC, aliado a regra geral do art. 478 do Código Civil, que assevera em síntese, onerosidade para ambas as partes.

Busca-se, por meio da regra geral adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, a manutenção da base objetiva do negócio jurídico. Assim, na hipótese de desequilíbrio desta base ou até desaparecimento da base objetiva, cabe ao intérprete (judiciário) por meio da revisão contratual, buscar o reequilíbrio e a manutenção da base objetiva. Ressalta-se ainda que, não é necessário que o fato superveniente seja imprevisível, basta que este interfira no cumprimento dos termos acordados, provando onerosidade excessiva às partes (BRASIL, 2002).

Nas relações de consumo, a mera superveniência do fato já é por si só, suficiente para propor uma revisão contratual, como é o caso da excepcionalidade da pandemia do Covid-19. Além da previsão mencionada, o Estado Juiz deve fazer uso da qualificação de "norma de ordem pública" (art. 1º do CDC) e criar a melhor solução para as partes, podendo agir até sem qualquer provocação destas (*ex officio*). Em conformidade com Nelson Nery e Rosa Maria, entende-se por fato superveniente, em apertada síntese:

(...) um fato ocorrido após a adesão do contrato que tornou seu cumprimento praticamente impossível, ou seja, exige-se um esforço excessivo para que uma das partes cumpra o que foi firmado. Além disso, a base objetiva do negócio jurídico é alterada, de modo a desequilibrar ou até desaparecer. É algo que desequilibra ou quebra a base do negócio jurídico por fatores alheios às vontades das partes, fatores exógenos. A quebra da base objetiva pode ensejar, dessa forma, a resolução do negócio jurídico ou a revisão do contrato (art. 478, do Código Civil de 2002) (NERY, MARIA, 2005, p. 305).

Vale dizer, portanto, conforme o raciocínio dos autores, que haverá a quebra da base do negócio, quando houver por exemplo, perturbações extraordinárias da prestação. Isto é, onerosidade excessiva, que impossibilita o devedor ou fornecedor a cumprir a prestação. Em suma, para que a situação superveniente ou até “imprevista” suscite uma revisão contratual com o fito de reequilibrar as relações e estabelecer novamente a base objetiva do negócio jurídico, caberão aos intérpretes da norma, aplicar previsões legais e doutrinárias já existentes para uma melhor justiça.

Nesta situação, evoca-se o Estado Juiz, de modo a construir a melhor alternativa para as partes, dialogando com as fontes e até fazendo o uso da “ordem pública” da norma consumerista.

O esforço para o redescobrimto do Código de Defesa do Consumidor faz-se inevitável, norma esta que apesar de 30 (trinta) anos de vigência, dado seu microsistema dinâmico com cláusulas gerais, princípios e conceitos legais indeterminados (além das regras), tornam-se elementos indispensáveis para a construção e efetivação de um melhor direito para ambas as partes (SILVA, 2020, on-line).

Ademais, dentre as repercussões da pandemia, faz-se necessário que haja também, o combate a especulação de preços, por meio de instrumentos positivados pelo Código de Defesa do Consumidor que tenham esta finalidade, principalmente no que diz respeito à repressão a práticas abusivas de aumento arbitrário, que interessam tanto a consumidores quanto a demais agentes do mercado.

Assim, conclui-se que a defesa do consumidor se caracteriza e delinea por meio da ordem constitucional econômica brasileira (art. 5º, XXXII e art. 170, V, da CRFB). Em virtude disso, suas normas de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC) devem ser preservadas mesmo nos momentos de crise e circunstâncias extraordinárias. As normas de emergência terão legitimidade na medida em que sua interpretação e aplicação sejam coerentes com esta determinação constitucional, de modo que se dirijam à proteção dos interesses legítimos dos consumidores, considerados nas suas dimensões individual e coletiva (MIRAGEM, 2020).

5 CONCLUSÃO

O advento da pandemia do COVID-19 ocasionou uma série de discussões jurídicas que envolvem as relações trabalhistas, a livre-concorrência, a saúde pública, a segurança sanitária, as questões econômicas e sociais brasileiras, e principalmente, o crescimento evidente da vulnerabilidade dos consumidores frente às relações contratuais. Assim, os impactos negativos imediatamente observados desde o início da pandemia, relacionam-

se ao aumento de práticas abusivas e o paralisação do mercado turístico, aéreo, artístico e outras diversas atividades comerciais, visto que a quarentena, medida política de isolamento adotada para conter o contágio do COVID-19, afetou diretamente a dinâmica econômica destes setores.

Neste cenário, o Código de Defesa do Consumidor, atua como uma tutela legislativa que reconhece a fragilidade do polo mais fraco da relação de consumo e versa sobre sua defesa, os meios de garantia aos direitos à vida, liberdade, segurança e propriedade, visto que, os consumidores são responsáveis por desenvolver a economia do país. A proteção contratual conferida pelo CDC revela a importância da aplicabilidade dos seus princípios, como a isonomia, o dever governamental, a boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual na relação jurídica de consumo, entre outros.

A defesa do consumidor no mercado de consumo caracteriza e delinea a ordem constitucional econômica brasileira, de acordo com o que dispõe o art. 170, inciso V da Constituição Federal e por esta razão, suas normas de ordem pública e interesse social devem ser preservadas mesmo nos momentos de crise e circunstâncias excepcionais. Apesar do CDC não ter explicitado a função social do contrato, todo o seu corpo normativo garante a regulamentação da função social nas relações consumeristas. Essa função social é evidentemente notada no tratamento em que é dado às partes de forma unânime, transparente, equilibrada e com boa-fé, sempre em busca da justiça contratual.

Evidentemente, nem todos os casos originados desta pandemia serão solucionados de forma harmônica e equilibrada, e nessas hipóteses, a intervenção judicial fatalmente se fará necessária, cabendo às partes, desde logo, reunir organizadamente a documentação que entendam respaldar seus direitos e buscar o aconselhamento jurídico com profissionais de sua confiança. Diante da indesejada e imprevisível situação de vulnerabilidade a que estão sujeitas ambas as partes – consumidor e fornecedor –, em maior ou menor grau, faz-se necessário que os contratos sejam pautados no espírito colaborativo e em concessões mútuas.

Dentre as soluções a serem adotadas em razão da crise extraordinária causada pela pandemia, encontra-se primeiramente a renegociação contratual, que poderá ocorrer a partir do interesse comum das partes, isto é, as partes devem buscar a renegociação como forma de satisfazer da melhor forma possível seus interesses e preservar o contrato. Na hipótese de não ser possível, a parte prejudicada na relação possui a possibilidade de pleitear judicialmente a sua revisão, inclusive com a redução equitativa de multas pactuadas (art. 413, Código Civil) ou a resolução do contrato por onerosidade excessiva.

Assim, depreende-se que, tanto os fornecedores quanto os consumidores foram, e continuarão sendo fortemente impactados pelas medidas de intervenção do Estado

decorrentes do decreto de estado de calamidade pública em face da pandemia. Diante deste cenário de caos social e econômico, faz-se necessário que a legislação consumerista seja relativizada de acordo com cada caso, cabendo aos intérpretes buscar o reequilíbrio e a manutenção da base objetiva, de modo a construir a melhor alternativa para as partes, dialogando com as fontes e até fazendo o uso da "ordem pública" da norma consumerista.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BOCCATO, V. R. C. **Metodologia da pesquisa bibliográfica na área odontológica e o artigo científico como forma de comunicação**. Rev. Odontol. Univ. Cidade São Paulo, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 265-274, 2006.

D'HANENS, Laetitia; LINO, Larissa Pereira. **Inadimplementos contratuais durante a covid-19**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325317/inadimplementos-contratuais-durante-a-covid-19>. Acesso em: 08 set. 2022.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. **Contrato da Função Social**, Publicada na RJ nº 247 – MAI/2011, p. 9. Disponível em: <http://www.principios.varginha.ber/artigos>. Acesso em: 03 set. 2022.

FILHO, Eduardo Tomasevicius. **A função social do contrato**: conceitos e critérios de aplicação, 2005. p. 201.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense: 2007.

JHU CSSE COVID-19. **COVID-19 Data Repository by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University**. Acesso em: <https://github.com/CSSEGISandData/COVID-19>. Acesso em: 10 set. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navegandi, Teresina, ano 7, nº 55, 1 marc. 2017. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2796>. Acesso em: 08 set. 2022.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor**. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 2458 p. ISBN 9788553213771.

MARQUES, Maria Chizhikova. **E-commerce e Tendências de Consumo durante o Coronavírus**, SEMrush. Marketing digital, 24 abr. 2020. Disponível em: <<https://pt.semrush.com/blog/ecommerce-coronavirus/>>. Acesso em: 24 nov. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 509-563.

MIRAGEM, Bruno. **Contratos de consumo e tutela do consumidor vulnerável em relação aos efeitos da pandemia de coronavírus**, 2020. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/101-dc.pdf?d=637581604679873754>. Acesso em: 01 set. 2022.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7 ed. São Paulo: RT, 2018, p. 121-122.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Os princípios consagrados no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Estado de direito, 13 de jun. 2017. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/os-principios-consagrados-no-codigo-de-protecao-edefesa-consumidor1/>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 67-68.

MUCELIN, Guilherme; D'AQUINO, Lúcia. **O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de COVID-19**. Revista de Direito do Consumidor, Brasília, DF, v. 129, n. 29, p. 17-46, 2020.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7ª ed., São Paulo: RT, 2014.

NERY, Nelson; Maria, Rosa. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 3º ed. São Paulo: RT, 2005, p. 383.

OPAS. ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (ed.). **Histórico da pandemia de COVID-19**. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 23 set. 2021.

PEREIRA, Daniela Medeiros. **Concepção social do contrato e a proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor**, 2020. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/84675/concepcao-social-do-contrato-e-a-protecao-contratual-no-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 03 set. 2022.

SEBRAE, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **O impacto da pandemia de coronavírus nos pequenos negócios**, 2020. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/o-impacto-da-pandemia-de-coronavirus-nos-pequenosnegocios,192da538c1be17110VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 01 dez. 2021.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **As relações contratuais de consumo e o fato superveniente do covid-19**, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80837/as-relacoes-contratuais-de-consumo-e-o-fato-superveniente-do-covid-19>. Acesso em: 04 set. 2022.

SOUZA, JOSEANE SUZART LOPES DA. **A Pandemia COVID-19 e a Resolução Normativa N.º 878/20 Editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL): A Proteção dos Consumidores como Direito Fundamental e Pilar da**

Ordem Econômica em Face da Livre Iniciativa. Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus, [s. l.], p. 136, 2020. DOI ISBN 978-65-87082-00-4. Disponível em: <https://www.iasp.org.br/wp-content/uploads/2020/05/DIREITOS-EDEVERES-FUNDAMENTAIS-EM-TEMPOS-DE-CORONAVIRUS.pdf>. Acesso em: 20set. 2021.

STROEHER, Christian. **Negócios Jurídicos: flexibilização das relações de consumo frente à pandemia da covid-19**, 2021. Disponível em: <https://www.negociosjuridicos.net/artigos/interna/flexibilizacao-das-relacoes-de-consumo-frente-a-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 01 set. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial**, Nº 586.316 - MG (2003/0161208-5), do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasília, DF. Acesso em: 02 set. 2022.

ANÁLISE DA EVOLUÇÃO SINDICAL À LUZ DA NOVA REFORMA TRABALHISTA: PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS.

VICTOR HUGO JANSEN DE OLIVEIRA:
Graduando em Direito pela Universidade
Estadual do Maranhão – UEMA.

RESUMO: Este trabalho destina-se a analisar as principais mudanças ocorridas no âmbito do Direito do Trabalho após o advento da Lei nº 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, destacando o entendimento doutrinário e as diferenças entre a legislação anterior e posterior, à luz da Constituição Federal de 1988 e das orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho – TST.

Palavras-chave: Reforma. Contribuição Sindical. Contrato de Trabalho.

1. INTRODUÇÃO

As Revoluções Liberais Burguesas que marcaram o mundo nos séculos XVIII e XIX surtiram muitos efeitos, os quais são notados até os dias atuais. Enquanto a Revolução Francesa de 1789 representou um marco entre o fim da monarquia absolutista e o início do Estado Liberal, a Revolução Industrial, com inovações maquinárias e, sobretudo, a substituição da mão-de-obra dominante, representou a principal evolução tecnológica do homem em face da natureza.

O início do Estado Liberal, em meados do século XVIII, trouxe mudanças em relação aos direitos do homem frente à atuação estatal, vez que como o poder monárquico era excessivo e custoso, considerando a escala social em que o soberano e a nobreza possuíam mais direitos do que a burguesia nascente, na esfera constitucional isso se extinguiu.

O Estado passou a ser “mínimo”, com a institucionalização de liberdades individuais básicas (liberdades civis), como, por exemplo, locomoção, expressão, reunião, contrato de trabalho etc.; institucionalização de liberdades públicas, como direito de reunião, associação e liberdade de imprensa; bem como a instauração da submissão à lei do poder político, das instituições públicas e privadas e dos cidadãos; e fórmulas de controle do poder político pela sociedade civil, nesse caso, direitos e liberdades políticos (GODINHO DELGADO, 2017, p. 23).

Outrossim, a Revolução Industrial, nesse mesmo momento histórico, também foi responsável por grandes desdobramentos sociais, econômicos e estatais. Com a substituição da mão-de-obra manual pela máquina, os Estados obtiveram um

desenvolvimento econômico significativo em comparação aos Estados que ainda não detinham tal mão-de-obra.

Em decorrência disso, podiam exportar tanto mão-de-obra qualificada para operar em indústrias como maquinários necessários para a produção, aumentando, ainda mais, a consolidação do poderio econômico.

Como a evolução industrial se deu em consonância com a evolução estatal liberal, a qual preconizava um Estado mínimo de intervenção, inclusive nos contratos trabalhistas, deixando a cargo do empregador (nesse caso, o detentor do maquinário) e do empregado a sua estipulação, os contratos de trabalho apresentavam desproporcionalidade para com o contratado.

Jornadas de trabalho de mais de doze horas, ausência de higiene do ambiente de trabalho, falta de garantias ao empregado no tocante a doenças ou acidentes de trabalho, riscos à integridade física e psíquica dos trabalhadores, salários mal pagos levando-se em consideração a jornada, existência do trabalho infantil, entre outros. O importante era manter o lucro do empregador em detrimento da integridade dos empregados.

Conforme Aponta De Oliveira (2010):

“ As condições de vida dos operários da indústria eram de extrema precariedade. Em suas moradias, geralmente, não havia água corrente e esgoto e os lixos acumulados os deixavam expostos a doenças. O ambiente de trabalho caracterizava-se pela insalubridade e exploração [...]”

Por conseguinte, no século XX, a ruptura do Estado mínimo realizar-se-á com a instituição do Estado Social, período de transição antes do surgimento do Estado Democrático de Direito.

No Estado Social, a atuação estatal será de forma positiva, em contraposição à atuação negativa precedente, através da instituição dos direitos sociais, sobretudo do Direito do Trabalho e da Seguridade Social; ampliação da cidadania política, com a participação de mais sujeitos políticos, com a garantia de voto às mulheres e outros grupos sociais; limitações ao poder privado e ao direito de propriedade; intervenção na economia; entre outros (GODINHO DELGADO, 2017, p. 27).

Assim, em atendimento à posição garantidora de direitos, institui-se a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, como objetivo de efetivar a justiça

social, através do desenvolvimento das legislações trabalhistas e melhorias nas relações de trabalho, tendo em vista as condições degradantes às quais se submetiam os trabalhadores. Portanto, a classe trabalhadora passa a ter mais notabilidade jurídica com a OIT.

Sobretudo a partir da segunda metade do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, haverá um novo paradigma norteador dos Estados: o Estado Democrático de Direito.

Após a publicização das barbaridades cometidas nos campos de concentração nazistas, os direitos humanos ganham mais notoriedade a fim de instruir sobre a necessidade de se proteger o ser humano em face do poderio do Estado e dos representantes destes, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana no escopo textual das constituições.

Dessa forma, o novo constitucionalismo consagrará direitos que apontem a pessoa humana como centro da ordem social, econômica e jurídica, com a sofisticação dos mecanismos democráticos da sociedade civil e política.

Para o célebre Professor Lênio Streck (2009b, p. 389):

“O novo constitucionalismo nascido da revolução copernicana do direito público traz para dentro do direito temáticas que antes se colocavam à margem da discussão pública: a política, representada pelos conflitos sociais, os direitos fundamentais sociais historicamente sonegados e as possibilidades transformadoras da sociedade a serem feitas no e a partir do direito. Afinal, direito constitucional é direito político.”

Em decorrência disso, o campo das relações trabalhistas também muda, passando a efetivar a perspectiva do trabalhador e protegendo-o do poderio empresarial através da instituição de associações que pleiteiem direitos, como os sindicatos.

2. A FIGURA DOS SINDICATOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: a proteção dos trabalhadores

A Constituição Federal consagrou direitos fundamentais inerentes ao ser humano e ao cidadão, em observância ao fundamento da dignidade da pessoa humana, um dos principais pilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa maneira, dispõe no bojo do artigo 5º, em rol exemplificativo, as principais diretrizes de proteção dos direitos e, no artigo 1º, inciso IV, preconiza como um dos fundamentos da República Federativa os valores sociais do trabalho e da iniciativa.

O direito fundamental ao trabalho é um complexo de garantias que assegura ao cidadão a liberdade de ofício, desde que em conformidade com a legislação (art. 5º, XIII, CF).

A proteção constitucional do trabalho visa assegurar a proteção do trabalhador enquanto elo mais frágil da relação jurídica, tendo em vista não ter cacife em face do poderio empresarial.

Para SILVEIRA (2019):

“A hipossuficiência do homem médio não se revela apenas na construção probatória para comprovação de um fato. Mas se estende à construção da própria relação negocial na medida em que a parte hipossuficiente encontra-se destituída de força premente a justificar e amparar a autonomia de sua vontade individual frente à força do detentor dos meios de produção. ”

Além disso, o ordenamento reconhece o trabalho como um valor de afirmação do próprio ser humano, o qual traduz uma forma de pacificação social, vez que atribui a cada um o que é seu na medida do trabalho exercido, bem como a sua emancipação humana.

A fim de que os trabalhadores tenham a prática laboral íntegra, o ordenamento constitucional assegura a formação de associações sindicalistas, ou seja, instituições civis cujo objetivo é pleitear direitos ou a observância destes para uma determinada categoria laboral. Assim, elenca no rol de direitos sociais a liberdade de associação sindical, conforme artigo 8º:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a um sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei (BRASIL, 1988).

Outrossim, também estipula o princípio de unicidade sindical (II), vedando a existência de diversas instituições sindicais representativas de uma mesma categoria profissional, bem como a obrigatoriedade de participação, dever este alterado pela reforma trabalhista imposta pela Lei nº 13.467/2017, além de “alargar” as relações contratuais, conforme exposto a seguir.

3. A REMUNERAÇÃO SINDICALISTA ANTES DO ADVENTO DA REFORMA TRABALHISTA

Anteriormente à mudança proporcionada pela Lei nº 13.467/2017, as entidades sindicais possuíam algumas fontes de recursos financeiros: a contribuição confederativa, a contribuição sindical, a mensalidade sindical e a taxa ou desconto assistencial.

A contribuição confederativa consta no escopo constitucional, dispondo o art. 8º, inciso IV:

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei.

Esse tipo de recurso financeiro não possui natureza tributária, sendo devida apenas pelos filiados à entidade sindical correspondente, segundo Súmula 666 do Supremo Tribunal Federal: "A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo".

Por outro lado, a contribuição sindical era compulsória e estava prevista nos arts. 578 a 610 da CLT, sendo devida, consoante o antigo texto do art. 579, por todos que participassem de determinada categoria econômica ou profissional, ou de profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão. Em contraposição à contribuição confederativa, a sindical possuía natureza tributária, sendo, inclusive, reconhecida jurisprudencialmente.

A mensalidade sindical é uma receita prevista no estatuto social constitutivo do sindicato, na forma de pagamentos mensais realizados exclusivamente pelos associados/filiados.

Por fim, a taxa ou desconto assistencial é uma espécie de receita que se fixa em acordos, convenções ou sentenças normativas, a fim de custear as despesas realizadas em negociação coletiva.

O Tribunal Superior do Trabalho possui precedentes normativos e orientações jurisprudenciais acerca da incidência desses recursos sobre trabalhadores não filiados ao sindicato:

PRECEDENTE NORMATIVO 119. Contribuição sindical de trabalhadores não filiados a sindicato (positivo): A CF/88, em seus

arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoração ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.

OJ 17. Contribuições para entidades sindicais. Inconstitucionalidade de sua extensão a não associados. *As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados.*

Diante do exposto, verifica-se que os sindicatos, a fim de terem recursos financeiros para o seu pleno funcionamento, dispunham de medidas para que tais recursos fossem custeados pelos trabalhadores ou sócios da associação sindical, de maneira compulsória (como no caso da contribuição sindical) em relação aos empregados e facultativa no tocante aos filiados ou sócios.

Todavia, a Reforma Trabalhista de 2017 trouxe mudanças acerca dessa realidade, transformando as contribuições e cobranças sindicais compulsórias em facultativas, mediante o prévio consentimento do trabalhador sobre o pagamento da quantia correspondente.

4. PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DAS MUDANÇAS LEGISLATIVAS ADVINDAS DA REFORMA TRABALHISTA

A principal mudança ocasionada pela Reforma Trabalhista foi a extinção da contribuição sindical obrigatória.

A partir da atualização legislativa, é de suma importância a prévia e expressa autorização dos participantes das categorias econômicas ou categorias profissionais ou das profissões liberais como requisito essencial para a realização da contribuição sindical, transmutando o seu caráter obrigatório para facultativo, conforme a nova redação:

Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas.

[...]

Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.

Tal alteração gerou enormes críticas acerca da “implícita” vontade em diminuir a força sindical, a fim de favorecer a relação direta entre empregador e empregado sem a mediação por meio de uma instituição coletiva.

Tendo em vista que o empregador é o elo mais forte da relação jurídica, necessariamente há uma relação de subordinação, vez que, caso o empregado não aceite as condições de trabalho propostas, é passível de demissão ou rebaixamento de cargo.

Dessa maneira, a presença do sindicato é de suma importância para manter a igualdade da relação jurídica. Porém, somente é possível com a devida participação do empregado, através do pagamento da contribuição sindical. Na falta dela, o empregado pode ser prejudicado nas negociações contratuais trabalhistas, indo em contrapartida aos avanços de proteção ao trabalhador.

O texto da Lei 13.467 ainda fala em acordo tácito para compensação de jornada que, se desrespeitado pela prática habitual de horas extras, não ensejará o pagamento dessas horas, mas apenas do

adicional. Mais um dos legados extraídos das súmulas flexibilizadoras do TST e que, agora, terá a possibilidade concreta de ser examinado e afastado do ordenamento jurídico, a partir da teoria da hierarquia dinâmica das fontes formais (SEVERO, 2017).

Por outro lado, ainda que tenha proposto um retrocesso em face da relação jurídica de trabalho, a Reforma Trabalhista também proporcionou garantias.

Ainda que exista uma relação de submissão, o fim da burocratização na estipulação contratual torna mais benéfico e prático a adesão a formas mais dinâmicas de trabalho, sem a necessidade de se contatar o Ministério do Trabalho ou Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho para novas formas contratuais.

5. CONCLUSÃO

Através da análise acima, verifica-se que, ainda que seja dotada de alguns equívocos em face da relação desigual no contrato de trabalho, a Reforma Trabalhista trouxe mais dinamismo e autonomia ao trabalhador, pois este não tem mais a obrigatoriedade em custear sindicato de representação que nem sempre se mostra eficaz.

Além disso, extinguiu a burocracia para estipulação contratual nas relações de trabalho, estreitando as relações entre empregador e empregado a fim de torna-la mais direta.

Assim, mesmo possuindo pontos negativos que podem significar um retrocesso na visão dos juristas, a Reforma Trabalhista também trouxe avanços que favorece o elo mais frágil da relação: o empregado.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, G.; LIMA MORAES, C.J. Reforma trabalhista: sindicato e o advento das mudanças na contribuição sindical. **Jus.com.br**, Seção Artigos, nov. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77898/reforma-trabalhista-sindicatos-e-o-advento-das-mudancas-na-contribuicao-sindical>. Acesso em: 9 nov. 2020.

ARRUDA, N. O papel do sindicato na nova legislação trabalhista. **Doura Soft**, [s.d.]. Disponível em: <https://dourasoft.com.br/o-papel-do-sindicato-na-nova-legislacao/>. Acesso em: 9 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 nov. 2020.

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 9 nov. 2020.

BEZERRA LEITE, C. H. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DELGADO, M. G. **A reforma trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTr, 2017.

DE OLIVEIRA SCANDELA, Aline Linares. A precarização do trabalho: da revolução industrial ao neoliberalismo. In: *Colloquium Humanarum*. ISSN: 1809-8207. 2010. p. 21-31.

IMPACTOS da reforma trabalhista: sindicatos. **Xerpay Blog**, Seção, Leis Trabalhistas, [s.l.]. Disponível em: <https://www.xerpa.com.br/blog/impactos-da-reforma-trabalhista-sindicatos/>. Acesso em: 9 nov. 2020.

MATSUNOTO, J. G.; TOKUNAGA, R. O futuro do sindicalismo no Brasil após a reforma trabalhista. **ConJur**, 21 mar. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/opiniaofuturo-sindicalismo-reforma-trabalhista>. Acesso em: 9 nov. 2020.

SEVERO, V. S. 'E agora, José? A "reforma" trabalhista diante da ordem constitucional'. **Carta Capital**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/17/e-agora-jose-reforma-trabalhista-diante-da-ordem-constitucional/> - 12/03/2018. Acesso em: 9 nov. 2020.

SILVEIRA, Hilana Beserra da Silva. **O Mito da autonomia irrestrita da vontade: a falácia da liberdade contratual a amparar a hipossuficiência do trabalhador na sociedade pós-moderna**. 2019. Dissertação de Mestrado. Brasil.

SOUZA, F. O papel do sindicato: o que muda com a reforma trabalhista. **Catho**, Seção Carreira e Sucesso, 24 ago. 2017. Disponível em: <https://www.catho.com.br/carreira-sucesso/informacoes-trabalhistas/o-papel-do-sindicato-o-que-muda-com-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 9 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009b.