

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1167

(Ano XV)

(09/09/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1167



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1167 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 486 *fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Homotransfobia e injúria racial: a coerência do erro
Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.

ARTIGOS

Médico é demitido por atendimento humanizado

Renato de Assis Pinheiro, 15.

Indeterminação, segurança jurídica e realização do direito perante sua textura aberta

Eduardo Machado Aragão Pereira, 17.

As liberdades individuais constitucionais e as concepções sociais de vigilância e poder

Luis Felipe da Silva Mathias, 81.

Direito coletivo do trabalho como instrumento de proteção ao dissídio coletivo

Guilherme Dias Silva, 102.

Vacinação deve ser compulsória ou facultativa?

Manoel Sobrinho Neto Junior, 114.

Poder de polícia e delegação a pessoa jurídica de direito privado

Matheus Beraldo Magalhaes Paiva, 122.

Da possibilidade de contratação de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação por municípios alagoanos: um estudo de caso

Willams Cavalcante do Nascimento, 134.

Os positivismo jurídicos e a interpretação do direito

Eduardo Machado Aragão Pereira, 148.

O princípio da ofensividade como projeção do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos: breves apontamentos

Gustavo José Correia Vieira, 182.

O consentimento como requisito basilar para o tratamento de dados

Luis Felipe da Silva Mathias, 204.

Mecanismo histórico de preconceito racial no poder judiciário brasileiro

Leonardo Henrique Lelas, 227.

Efeito confiscatório em multas isoladas

Ivaldo Lopes de Sales, 241.

A imunidade recíproca aplicada às sociedades de economia mista e o entendimento do Supremo Tribunal Federal

Matheus Beraldo Magalhaes Paiva, 262.

O impacto positivo na prevenção do stalking após a tipificação do tema pelo artigo 147-a do Código Penal

Isabela Henriques Bugni, 270.

Direito trabalhista: a uberização como forma de trabalho e a precarização das atividades laborais

Matheus Henrique Magalhães Matos, 285.

Execução trabalhista: considerações práticas sobre a eficácia e justiça de seus principais incidentes processuais

Guilherme Felipe Pereira da Silva e outros, 298.

Os contornos do princípio do contraditório

Ana Carolina Assis Xavier de Sousa e Darlene de Souza Pereira, 312.

Aspectos gerais do loteamento

Daniella Moura Steuble Costa Maia, 322.

Da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e sua estabilização: Há coisa julgada material?

Raphael Leandro Silva, 336.

Da novel aposentadoria programada por idade e a substituição do requisito da carência pelo de tempo de contribuição à luz da EC 103/19. É possível extrair algo de positivo em favor dos trabalhadores que integram sobretudo a camada social menos favorecida? A resposta é ... afirmativa!

Ricardo Figueiredo Giori, 355.

Lei do superendividamento: a aplicação da Lei nº 14.181/21 na proteção ao consumidor superendividado e o direito ao mínimo existencial

Martin Lucas Braga Nascimento Campos, 365.

Contrato de namoro e união estável, diferenças e implicação normativas no âmbito jurídico

Daniela Coelho Fiorili, 376.

Os diversos litígios judiciais entre os entes públicos advindos da repartição constitucional de receitas tributárias

Luisa Martins Vilarinho Marinho Ramos, 391.

A (in)constitucionalidade do art. 40 da Lei de Execução Fiscal à luz do Tema 390

Rafaela Galvão Ribeiro de Araújo, 406.

A violência sexual contra crianças e adolescentes como questão de gênero

Helena Vaz de Figueiredo, 414.

Relações subjetivas entre as pessoas, os lugares e as paisagens: breve estudo antropológico e sociológico sobre a legalidade das desapropriações em leito ferroviário no Bairro Beija Flor, Zona Leste de Belo Horizonte - MG

Rony Santos Rodrigues e Vagner Luciano Coelho de Lima Andrade, 444.

População carcerária e os direitos humanos

Edna natalina Leonel de Souza, 481.

HOMOTRANSFOBIA E INJÚRIA RACIAL: A COERÊNCIA DO ERRO

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios¹.

Com o advento da figura da “Injúria Racial” agora prevista no artigo 2º. – A da Lei 7.716/89 com nova redação dada pela Lei 14.532/23, o STF proferiu decisão, em data de 21.08.2023, no sentido de que ofensas relativas à denominada “homotransfobia” passam a configurar Crime de Racismo descrito no dispositivo acima mencionado e não mais a figura da “Injúria – Preconceito”, conforme disposto no artigo 140, § 3º., CP (ADO 26 e MI 4.733).²

Já nos manifestamos a respeito dessa possível adoção de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com suas manifestações antecedentes sobre o tema da “homotransfobia” e do Racismo: ³

No que diz respeito ao artigo 140, § 3º., CP, eram esperados dois entendimentos:

a)O artigo 140, § 3º., CP, após as alterações da Lei 14.532/23, deixou de ser uma modalidade de crime de racismo, mesmo diante das posições jurisprudenciais do STJ e do STF. Isso porque tais decisões foram tomadas num contexto em que não havia ainda o transplante efetivo da “Injúria Racial” para a Lei 7.716/89. Com a mudança topográfica parcial do conteúdo do artigo 140, § 3º., CP, somente serão considerados como crimes de racismo os casos elencados no artigo 2º. – A, da Lei 7.716/89, voltando o artigo 140, § 3º., a ser um simples crime contra a honra. Dessa forma, a injúria qualificada do § 3º. do artigo 140, CP não é inafiançável e nem imprescritível, seguindo também como um crime de ação

1 E-mail: cabette@uol.com.br

2 SUPREMO estende entendimento de crime de injúria racial à transfobia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-ago-21/stf-estende-entendimento-crime-injuria-racial-transfobia>, acesso em 23.08.2023.

3 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Nova Lei de Racismo de Acordo com a Lei 14.532/23*. Leme: Mizuno, 2023. Obra em fase de lançamento. No prelo.

penal pública condicionada à representação do ofendido, nos termos do artigo 145, Parágrafo Único, "in fine", CP. 4

Assumida essa posição é preciso ter em mente que quaisquer pessoas que estejam respondendo a inquéritos ou processos criminais por Injúria Preconceito religiosa, etária ou capacitista, com tratamento de crime de racismo, não poderão sofrer mais essa espécie de incriminação, mas continuarão respondendo por crime comum contra a honra de forma qualificada. A contagem de prescrição também deverá ser revista, pois que não há imprescritibilidade. E se o caso foi tratado como de ação penal pública incondicionada e passado o prazo decadencial de representação, ter-se-á operado a extinção de punibilidade pela decadência. A Lei 14.532/89, nessa perspectiva, seria "novatio legis in mellius" para os perpetradores de preconceito religioso, etário e capacitista, devendo, portanto, retroagir em seu benefício.

b)Independentemente do advento da Lei 14.532/23 e da cisão dos dispositivos legais, a "Injúria Preconceito" prevista no artigo 140, § 3º., CP, embora com pena diversa do artigo 2º.-A da Lei 7.716/89, conserva sua característica de crime de racismo, mantendo-se o reconhecimento de seu caráter imprescritível e inafiançável. A ação penal deve ser pública incondicionada, como nos demais crimes de racismo e não sujeita a prazos decadenciais. Isso tudo porque embora tenha havido a cisão do tratamento, o crime do artigo 140, § 3º., CP continua com as mesmas características quanto aos casos de idade, religião e capacitismo, que embasaram as decisões do STF e do STJ, não havendo motivo *material* para qualquer forma de "*distinguishing*" relativo aos precedentes jurisprudenciais enfocados. A mudança operada pela Lei 14.532/23 não teve o condão de alterar o *conteúdo ou a natureza* da infração penal do artigo 140, § 3º., CP, ou seja, não a atingiu *materialmente*, mas apenas *formalmente*, com relação à topografia de parte da norma, que migrou para a Lei 7.716/89. Dessa forma nada se alteraria a não ser o "quantum" de pena previsto no preceito secundário. Obviamente que aqueles preconceitos praticados antes e que depois migraram para a Lei de Racismo, com previsão de pena maior, não sofreriam o incremento penal porque este não poderia retroagir enquanto "novatio legis in pejus". Entretanto, a condição de crime de racismo do artigo 140, § 3º., CP continuaria intocada no aspecto jurisprudencial e prático. Salvo se em algum momento o STJ e o STF alterarem

4 Neste sentido: PEREIRA, Jeferson Botelho. Nova roupagem do crime de injúria racial. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/101958/nova-roupagem-do-crime-de-injuria-racial-repercussos-processuais-no-deslocamento-topografico-da-figura-tipica>, acesso em 23.08.2023. "Importante observar que a partir desse instante, se a imputação consistir em elementos referentes à religião, condição de pessoa idosa ou com deficiência, o crime será contra a honra, § 3º., do CP; ao passo que se a imputação for em razão de elementos referentes à raça, cor, etnia ou procedência nacional o crime será de Racismo, Lei n. 7.716/89". Coerentemente com seu pensamento afirma também o autor que em casos de infração ao artigo 140, § 3º., CP por ofensas religiosas, etárias ou capacitistas, poderá o Delegado de Polícia arbitrar fiança em caso de Prisão em Flagrante, nos termos do artigo 322 e 325, CPP. Claramente, para Pereira, as decisões do STJ e do STF deixam de ser aplicadas aos casos relegados ao Código Penal.

seu entendimento sobre o tema, o que não nos parece adequado diante do fato de que a mudança levada a termo pela Lei 14.532/23 foi *meramente formal e não material*, de modo a não justificar qualquer mudança relativa aos precedentes julgados.

Seria bom lembrar (e seria bom que lembrassem também os mencionados Tribunais Superiores) o fato aduzido por Sannini e Gilaberte de que o STF “enxerga no termo racismo, constitucionalmente empregado, algo que vai muito além das questões de raça, consoante o exposto no HC 82.424 (Caso Ellwanger, 2003)”. 5 Como bem destacam os autores, de acordo com o entendimento do STF, “a palavra ‘racismo’, contextualizada na Constituição Federal de 1988, deve ser entendida como “um racismo social, que relega certas categorias de pessoas a uma situação de ‘semicidadãs””. 6 Nesse passo não há elemento diferencial entre a discriminação derivada do artigo 2º. – A da Lei 7.716/89 e aquela oriunda do artigo 140, § 3º., CP, tanto é fato que emanam da mesma fonte (antigo artigo 140, § 3º., CP). Se é que se pode esperar uma sistemática jurisprudencial ou coerência decisória, há que reconhecer que a Lei 14.532/23 em nada alterou o quadro que levou o STF e também o STJ a essas posições, não se justificando qualquer mudança interpretativa.

A condição de crime de racismo, com consequentes inafiançabilidade e imprescritibilidade do artigo 140, § 3º., CP prosseguiria na forma de um posicionamento jurisprudencial praticamente incontornável, enquanto que a “Injúria Racial” prevista agora no artigo 2º. – A da Lei 7.716/89 passaria de um mero entendimento jurisprudencial para uma previsão *expressa* da lei em consonância com o preceito constitucional do artigo 5º., XLII, CF.

Embora sustentemos firme dissenso com relação a alterações legislativas procedidas à fórceps pela via jurisprudencial, especialmente na seara penal, 7 o reconhecimento da figura do artigo 140, § 3º., CP como racismo é fato consumado, independente do seu mérito. As decisões são não vinculantes, mas na prática, chegando o caso às Cortes Superiores, prevalecerá o entendimento delas. Dessa forma, adotamos como mais correta a posição exposta no item “b” acima, a qual, a nosso ver, deveria prevalecer. Mesmo porque, ainda que por caminhos tortuosos, seria uma forma de diminuir

5 SANNINI, Francisco, GILABERTE, Bruno. Lei n. 14.532/23 e o combate ao racismo. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/101994/lei-14-532-23-e-o-combate-ao-racismo> , acesso em 23.08.2023.

6 Op. Cit. Sannini e Gilaberte também entendem que não há óbice para que o crime do artigo 140, § 3º., CP prossiga sendo reconhecimento como uma forma de racismo com base na jurisprudência do STJ e do STF e, assim sendo, imprescritível e inafiançável.

7 De acordo com nossas críticas veja-se à época a manifestação de Silva: SILVA, César Dario Mariano da. O STF e a Espada de Dâmocles: a imprescritibilidade da injúria racial. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-nov-11/cesar-dario-stf-imprescritibilidade-injuria-racial> , acesso em 23.08.2023.

a violação à proporcionalidade produzida pela Lei 14.532/23 ao deixar parcela da “Injúria Preconceito” na vala comum do Código Penal.

Acrescente-se, por oportuno, com as mesmas ressalvas e dissenso relativos às violações da Separação de Poderes e do Princípio da Legalidade, que também não se vê motivação alguma para que, com o advento da Lei 14.532/23 se afaste a condição reconhecida pelo STF de crime de racismo, nos casos de condutas previstas na Lei 7.716/89 por preconceito, discriminação ou segregação homotransfóbica. Embora a Lei 14.532/23 tenha perdido a oportunidade de tratar legalmente da questão, dando fim a uma analogia “in mallam partem” empregada na área penal por via jurisprudencial espúria, não se pode dizer que o surgimento dessa nova legislação tenha alterado em nada as razões de decidir do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal. Discordar do ativismo judicial vilipendiador da legalidade e da constitucionalidade, não muda o fato de que essa decisão foi proferida na prática e não sofre qualquer espécie de influência da Lei 14.532/23. Pode surgir a dúvida, no caso da “Injúria”, se deveria continuar sendo aplicado o artigo 140, § 3º, CP, que era o vigente à época da decisão do STF quanto ao tema, ou se agora seria aplicável o novel artigo 2º. – A da Lei 7.716/89 com nova redação dada pela Lei 14.532/23. A nosso ver, com a previsão da “Injúria Racial” na Lei de Racismo, a homotransfobia passa a configurar infração ao artigo 2º. – A da Lei 7.716/89 porque na decisão do Pretório Excelso *o que se afirma é que se deve aplicar a Lei de Racismo, com seus tipos penais respectivos*, para a punição de eventuais condutas homotransfóbicas. Se antes se aplicava o artigo 140, § 3º, CP era por falta de uma previsão específica na Lei de Racismo e em virtude de outra decisão do STF que então considerou a “Injúria Preconceito” do Código Penal também como um crime de Racismo. Agora essa conjugação de jurisprudências e diplomas legais não é mais necessária, bastando cumprir o teor da decisão judicial que reconheceu as condutas homotransfóbicas como passíveis de tipificação na Lei 7.716/89 de acordo com seus tipos penais. 8 É preciso deixar claro, porém, que quem praticou “Injúria Racial ou Preconceito” antes da vigência da Lei 14.532/23 continuará respondendo nas penas mais brandas do artigo 140, § 3º, CP, tendo em vista que o artigo 2º. – A, da Lei 7.716/89 se apresenta como “novatio legis in pejus” sem possibilidade de retroação.

8 Observe-se o disposto no textualmente na ADO 26 STF: – “Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, **as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989**” (grifo nosso). Cf. STF, ADO 26. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>, acesso em 23.08.2023.

Quanto à questão de ser o crime de ação penal pública incondicionada, afastando-se o prazo decadencial e a necessidade de representação do ofendido, sabe-se que também pode haver discordância, pois há quem entenda que isso violaria o disposto no artigo 145, Parágrafo Único, “in fine”, CP. No entanto, não nos é compreensível como poderia um crime imprescritível ter a punibilidade extinta em 6 (seis) meses por decadência. Não obstante, é preciso ter em mente que, mesmo com a adoção da posição do item “b” essa discussão ainda restará indefinida (isso para o artigo 140, § 3º. CP, já que na Lei de Racismo a ação é indubitavelmente pública incondicionada). Toda essa celeuma desnecessária se dá primeiro por uma ingerência indevida do Judiciário na seara legal e depois por uma atabalhoada alteração legislativa feita pela Lei 14.532/23.

Nesse quadro não é surpresa alguma, portanto, que o STF tenha decidido estender o tratamento da “Injúria Racial” ora prevista no artigo 2º. – A da Lei 7.716/89 aos casos de “homotransfobia”. Na verdade, conforme exposto, essa já era nossa previsão, imaginando que houvesse uma posição *coerente* dos Tribunais Superiores com relações às suas decisões anteriores.

Fato é que assim como do bem, da verdade e da correção se podem esperar *coerentemente* bons, verdadeiros e corretos frutos, por seu turno e também com a mesma *coerência*, de um mal, do erro e da incorreção, somente se podem esperar, *coerentemente*, frutos maus, equivocados e incorretos. A *coerência* é uma *virtude relativa*. Sua *relação* com o bem produz o bem, mas sua relação com o mal produz o mal. Assim como se podem esperar de um homem manso e pacífico atitudes de mansidão e paz, também se pode ter a expectativa de que um homem violento e beligerante atue de forma agressiva e conflituosa.

A partir do momento em que STF e STJ passaram a ingerir no seio do Direito Penal, alterando a legislação pela via jurisprudencial em atuação espúria violadora do Princípio da Legalidade, essa posição, *por coerência maléfica e deletéria* irá se reproduzir necessariamente, ao menos até que o ciclo de erro seja quebrado e corrigido mediante uma opção *legislativa (e não jurisprudencial)* clara e inequívoca.

REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Nova Lei de Racismo de Acordo com a Lei 14.532/23*. Leme: Mizuno, 2023.

PEREIRA, Jeferson Botelho. Nova roupagem do crime de injúria racial. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/101958/nova-roupagem-do-crime-de-injuria-racial-repercussos-processuais-no-deslocamento-topografico-da-figura-tipica>, acesso em 23.08.2023.

SANNINI, Francisco, GILABERTE, Bruno. Lei n. 14.532/23 e o combate ao racismo. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/101994/lei-14-532-23-e-o-combate-ao-racismo> , acesso em 23.08.2023.

SILVA, César Dario Mariano da. O STF e a Espada de Dâmocles: a imprescritibilidade da injúria racial. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-nov-11/cesar-dario-stf-imprescritibilidade-injuria-racial> , acesso em 23.08.2023.

STF, ADO 26. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240> , acesso em 23.08.2023.

SUPREMO estende entendimento de crime de injúria racial à transfobia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-ago-21/stf-estende-entendimento-crime-injuria-racial-transfobia>, acesso em 23.08.2023.

MÉDICO É DEMITIDO POR ATENDIMENTO HUMANIZADO

RENATO DE ASSIS PINHEIRO: advogado, especialista em Direito Médico e Odontológico há 15 anos, e conselheiro jurídico e científico da ANADEM. É fundador e CEO do escritório que leva seu nome, sediado em Belo Horizonte/MG e atuante em todo o país⁹.

Quem é o vilão da história, o médico ou a mãe do paciente? Nenhum deles! É a nossa sociedade de valores invertidos, e altamente manipulável por opiniões estúpidas.

“Direito e Saúde”

A inusitada demissão de um médico no último dia 18, decorrente do atendimento de uma criança de 9 anos em uma UPA da rede pública de Osasco/SP, tomou as manchetes nas últimas 2 semanas. O paciente apresentava inflamação na garganta e sintomas gripais, e o médico prescreveu amoxicilina, ibuprofeno, dipirona e prednisona. Ao final da receita, o motivo de sua demissão: a divertida prescrição de sorvete de chocolate 2 vezes ao dia, e “Free Fire” (jogo eletrônico) diário. Inconformada, a mãe do paciente jogou o caso nas redes sociais, acusando o médico de debochar do paciente. O profissional foi massacrado pelos internautas, e poucos dias depois, demitido.

Em mais de 15 anos de Direito Médico, quando finalmente acho que já vi de tudo na área da saúde, me deparo com esta absurda demissão. Na prescrição, constava toda a medicação prevista na literatura médica para tratamento da enfermidade do jovem paciente. Segundo a própria mãe, durante a consulta o médico questionou ao garoto o sabor de sorvete que ele mais gostava (o alimento é constantemente indicado por médicos e dentistas para aliviar a dor, pelo efeito anestésico). E o jogo? Possivelmente, só um inofensivo ato de simpatia do médico para distrair a criança, que sofria com os sintomas.

Verdade seja dita: o médico foi punido por mostrar empatia e sensibilidade, o sonho de todo paciente! Em meio a uma rede pública repleta de profissionais que sequer olham nos olhos do paciente, ele se atreveu a ser humano e simpático com uma criança doente, e lamentavelmente, pagou caro por isso.

Talvez ele tenha se esquecido que vivemos em uma sociedade doente, de valores invertidos, na qual reina absoluta a cultura da lacação e do cancelamento social. Que ao menor sinal de descontentamento com algo incontestavelmente positivo e benéfico (como o atendimento dispensado pelo médico no caso em questão), os críticos lhe submetem ao cruel julgamento das redes sociais, a

⁹ E-mail: renato@renatoassis.com.br

praça pública da era moderna, onde o povo anseia ávido junto à força para uma execução sumária e precipitada, sem qualquer direito de defesa.

O médico foi exposto, demitido, e teve sua reputação arranhada, de forma tão injusta quanto ocorre com centenas ou milhares de outros médicos em todo o mundo. Mas na maioria dos casos há pelo menos algum dano ao paciente, ainda que sem responsabilidade do médico. Neste caso, absurdamente, o foco de toda a crise é simplesmente um atendimento humanizado e empático.

O que mais chamou a atenção no caso, foi o destempero e a incompetência dos gestores, que mesmo diante de fatos tão claros e uma crítica tão absurda, demitiram o médico para atender à reivindicação da "*patota da lacrosfera*". O que eles não esperavam é que, logo em seguida, os lacradores passariam a defender o médico, e a acusar a mãe do paciente.

O resultado? Em poucos dias o próprio prefeito determinou o retorno do médico às atividades. Já a mãe da criança, se defendeu dizendo que sua intenção era mostrar o descaso dos médicos de Osasco, que sequer olham na cara dos pacientes. Sem dúvidas, ela não poderia ter escolhido uma consulta mais inadequada para basear sua crítica, pois o médico em questão agiu exatamente de forma contrária. Para criticar o descaso de alguns, ela atacou a empatia de outro, e causou sua demissão. Mas não podemos presumir que a mãe teve más intenções, como sustentado pelos críticos. Talvez seja somente uma pessoa simples, agindo de forma emocional e precipitada por não compreender a atitude do médico, e por ter um longo histórico de frustrações no atendimento da rede pública de saúde.

Casos como este mostram o quanto a nossa sociedade é frágil sob o ponto de vista moral, ético e empático. Estamos perigosamente sujeitos ao humor dos *haters*, vivemos sob a ditadura de uma opinião pública cega e precipitada governada por influenciadores tóxicos, que direcionam o povo ao cancelamento social de pessoas inocentes, por motivos absurdos.

Talvez por isto, outros médicos se abstenham em defender publicamente colegas que vivem situações análogas. As chances de se tornarem alvo do cancelamento junto com a vítima são grandes, pois para tanto, não é necessário qualquer má conduta ou mancha na carreira, basta discordar dos *haters*.

Mas nada explica a negligência dos Conselhos de Classe, que deveriam se manifestar em defesa dos profissionais em situações absurdas como a presente. Procurado pela imprensa, o CREMESP se limitou a informar que "está investigando o caso". Não esperávamos que o conselho saísse em defesa do profissional antes da apuração definitiva dos fatos, mas explicar à sociedade o óbvio equívoco da crítica, é seu incontestável dever.

Quem é o vilão da história, a mãe ou o médico? Nenhum deles! O vilão é a nossa sociedade, altamente manipulável por pessoas maldosas com opiniões estúpidas. E como membros desta sociedade, é dever de todos mudar esta realidade, para que nossos filhos e netos vivam sem medo, em um ambiente coletivo menos ingrato para com os bons cidadãos.

INDETERMINAÇÃO, SEGURANÇA JURÍDICA E REALIZAÇÃO DO DIREITO PERANTE SUA TEXTURA ABERTA

EDUARDO MACHADO ARAGÃO PEREIRA:
Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogado¹⁰.

RESUMO: O presente estudo, cuja metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, tem como tema central a questão da segurança jurídica e a fundamentação das decisões judiciais perante os conceitos jurídicos indeterminados, expressão utilizada em seu sentido abrangente, incluindo todos aqueles termos que possuem uma delimitação de significância mais fluída, plástica, conferida pela textura aberta da linguagem e do direito. A norma jurídica não nos aparece pronta e acabada no texto normativo, a atividade legislativa é complementada pela judiciária. A interpretação do texto normativo como parte de um percurso gerativo do sentido é entendida como a finalização de um processo de realização do Direito, iniciado quando da elaboração do enunciado normativo e terminado no momento da aplicação da norma ao caso. Sendo o significado definido em parte pelo contexto de significação, os precedentes judiciais assumem importante papel nesse cenário, delimitando parcialmente as zonas de certeza positiva e de certeza negativa, contudo sem excluir a existência de uma zona de penumbra, de indeterminação significativa.

Palavras-chave: Fundamentação. Hermenêutica. Realização do Direito. Segurança Jurídica. Textura Aberta da Linguagem. Textura Aberta do Direito. Precedentes judiciais.

RESUMEN: El presente estudio, cuya metodología utilizada fue la investigación bibliográfica, tiene como tema central la cuestión de la seguridad jurídica y la fundamentación de las decisiones judiciales ante los conceptos jurídicos indeterminados, expresión utilizada en su sentido amplio, incluyendo todos aquellos términos que poseen una delimitación de significancia más fluida, plástica, conferida por la textura abierta del lenguaje y del derecho. La norma jurídica no nos aparece lista y acabada en el texto normativo, la actividad legislativa es complementada por la judicial. La interpretación del texto normativo como parte de un recorrido generativo del sentido se entiende como la finalización de un proceso de realización del Derecho, iniciado cuando se elaboró el enunciado normativo y se terminó en el momento de la aplicación de la norma al caso. Siendo el significado definido en parte por el contexto de significación, los precedentes judiciales asumen un papel importante en este escenario, delimitando parcialmente las

¹⁰ E-mail: eduardo-maragao@hotmail.com;

zonas de certeza positiva y de certeza negativa, sin embargo, sin excluir la existencia de una zona de penumbra, de indeterminación significativa.

Palabras clave: Motivación. Hermenéutica. Realización del Derecho. Seguridad jurídica. Textura Abierta del Lenguaje. Textura Abierta del Derecho. Precedentes judiciales.

INTRODUÇÃO

A constatação na prática jurídica de que muitos atores que lidam com o direito, seja requerendo ou decidindo algo, fazem uso de conceitos jurídicos indeterminados de forma indiscriminada e sem respaldo argumentativo, despertou o interesse pelo estudo da temática relativa à Segurança Jurídica, Fundamentação das Decisões Judiciais e a Textura Aberta do Direito. Com o advento do neoconstitucionalismo, ganhou força em muitos ordenamentos a técnica de elaboração de textos normativos mediante a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, concedendo aos hermenutas vasto poder de criação da norma a ser aplicada ao caso concreto, donde se sobressaem os princípios jurídicos.

O problema aparece quando tais textos normativos são utilizados de forma indiscriminada pela comunidade jurídica, citando termos do texto como se eles pudessem abarcar toda uma infinidade de normas, criadas ao alvitre de quem os invoca. Exemplo de fácil percepção é a noção de “dignidade da pessoa humana”, que atualmente serve para justificar um cem número de direitos subjetivos sem que seja dada uma digna justificação acerca de sua pertinência ao caso.

Mais evidente se torna a questão quando exsurge numa decisão judicial, vinculando as partes do processo àquilo que nela está consignado, assim como as demais pessoas que porventura vejam o entendimento ali adotado ser aplicado em seus casos.

Esse modo de agir prejudica as partes na proporção que não podem obter o real conhecimento do processo decisório da pessoa que encarta o papel de julgadora. Não sabendo o que a levou a tomar essa e não aquela decisão, pois ocultos os porquês, não há como exercer plenamente o direito de defesa. Se não se sabe a construção de pensamentos que levou a determinada conclusão, como será possível demonstrar que seria mais acertado percorrer um caminho que não aquele? Como saber quais opções foram descartadas, se foram, e quais poderiam ainda ser levantadas? Não há como atacar algo que se desconhece. No caso, a fundamentação.

De igual forma, prejudica os sujeitos extraprocessuais, aqueles que não integram a lide, uma vez que vem ganhando força no direito brasileiro o instituto do precedente judicial, numa tentativa de incorporá-lo ao nosso sistema jurídico, de forma a aplicar ao caso entendimentos anteriores utilizados em situações semelhantes, adotando as razões

de decidir que lhe serviram de base. E aqui surgem as mesmas questões levantadas no parágrafo acima.

Mais que uma questão atinente à filosofia jurídica, a compreensão da Textura Aberta do Direito dá aos juristas – expressão utilizada de forma ampla, a abarcar todos aqueles que estudam ou trabalham com o Direito – importante material de apoio para a defesa da ordem jurídica e dos diversos interesses postulados em juízo ou fora dele. Um bom profissional deve conhecer bem seu objeto de trabalho, de forma a desempenhá-lo com segurança e maestria. No campo das ciências jurídicas não é diferente. Para bem trabalhar a dogmática jurídica deve-se conhecer ao menos a base teórica sob a qual o pensamento jurídico está apoiado, sob pena de se tornar mero repetidor de textos legais e decisões de Tribunais Superiores. Conhecimentos que muitos entendem inúteis para os fins que almejam profissionalmente, mostram-se de extrema valia quando necessários ao pleno exercício de seu ofício, ainda que possam passar de forma despercebida por quem os utilizam.

Para alcançar o escopo deste trabalho, cuja metodologia empregada foi a análise bibliográfica de fontes primárias e secundárias, tais como livros e artigos jurídicos, em um primeiro momento será percorrido um trajeto desde a linguística saussuriana até a textura aberta da linguagem (e) do direito. A temática envolverá a compreensão do que se entende por signo linguístico, como seu significado de base é arbitrariamente construído pela sociedade e como o contexto em que é usado influencia no processo de significação.

No segundo capítulo trataremos dos conceitos jurídicos indeterminados e como o uso da linguagem ordinária na construção dos enunciados normativos exerce influência na plasticidade do Direito.

Por fim, o último capítulo volta-se ao estudo da forma como se encara a atividade criativa desenvolvida diariamente por juízes, o papel da hermenêutica clássica e filosófica, quais as implicações referentes à segurança jurídica e quais as formas de garantir um mínimo de segurança perante a textura aberta do direito através da adequada fundamentação das decisões judiciais, passando ao final pela importância do precedente judicial neste cenário de indeterminação significativa.

1. DA LINGUÍSTICA SAUSSURIANA À TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM (E) DO DIREITO

1.1 A Linguística e seu Objeto

Saussure define o objeto da linguística através da dicotomia língua e fala, ambas formando a linguagem. A linguagem pode ser entendida sob um caráter individual ou

social. A língua é a expressão do caráter social da linguagem, sendo a fala a expressão do individual.

A fala, segundo Saussure (s. d., p. 22), é “um ato individual de vontade e inteligência” pelo qual o sujeito falante, utilizando-se da língua e de um “mecanismo psicofísico”, exprime seus pensamentos. É o próprio ato de falar. O mecanismo psicofísico é formado pelo cérebro (consciência), onde se formam os conceitos e as imagens acústicas, e os aparelhos de fonação e audição, pelos quais pode o sujeito exteriorizar, através do signo, aquilo que está em sua mente ou apreender o signo exteriorizado por outrem.

A língua, por sua vez, é “um sistema de signos distintos correspondentes a ideais distintas” (SAUSSURE, s. d., p. 18). Ao contrário da fala, que é individual, esse sistema de signos é estabelecido socialmente, dependendo da existência de uma “massa falante” (SAUSSURE, s. d., p. 92-93), a qual podemos dar a denominação de comunidade linguística.

Pela necessidade de se comunicar e, assim fazendo, poder compreender e serem compreendidos, os membros de uma comunidade linguística estabelecem “um conjunto de convenções necessárias, adotadas pelo corpo social para permitir o exercício dessa faculdade nos indivíduos” (SAUSSURE, s. d., p. 17). A esse conjunto de convenções damos o nome de língua. Podemos, assim, falar na língua portuguesa, inglesa, espanhola etc.

Katya Kozicki (2014, p. 44) ressalta que “a língua é, antes de mais nada, um fato social”, posto que:

Considerada a linguagem como uma faculdade, a língua se constitui no conjunto das convenções necessárias ao exercício desta faculdade pelos indivíduos. Nesta ótica, a língua é um código que não pode ser alterado individualmente (as alterações só serão verificáveis quando aceitas pelo conjunto da massa falante de uma comunidade). (KOZICKI, 2014, p. 44).

Enquanto a fala depende basicamente de o emissor fazer ser entendido pelo receptor, “a língua existe em virtude de uma convenção coletiva, não sendo possível alterá-la ou inová-la sem um consenso social” (CAMPELLO, 2014, p. 12). Não podemos dar aos signos os significados que individualmente nos convém, eles são dados pela comunidade linguística.

Essas convenções sociais formam os signos, que, por sua vez, agrupados em um conjunto maior, formam a língua. A língua é um conjunto de signos. Sendo a língua um conjunto de signos estabelecidos socialmente, faz-se necessário saber o que se entende por signo.

Para Saussure (s. d., p. 80), o signo “é uma entidade psíquica de duas faces”, representado pela união de um conceito a uma imagem acústica. Usualmente substitui-se a palavra “conceito” por “significado” e “imagem acústica” por “significante”. É através da relação do significado com o significante, em um processo de significação, que formamos os signos.

Sobre a relação de significância, ensina-nos Saussure que:

O signo linguístico une não uma coisa e uma palavra, mas um conceito e uma imagem acústica. Esta não é o som material, coisa puramente física, mas a impressão (*empreinte*) psíquica desse som, a representação que dele nos dá o testemunho de nossos sentidos; tal imagem é sensorial e, se chegamos a chamá-la “material”, é somente neste sentido, e por oposição ao outro termo da associação, o conceito, geralmente mais abstrato. (SAUSSURE, s. d., p. 80)

Significado e significante são noções abstratas, não se ligam a coisas ou objetos, mas a ideias. Nas lições de Borba (1998, p. 19), “o signo linguístico transmite (ou veicula) uma informação servindo-se de uma parte material e perceptível associada a uma parte imaterial e inteligível. A parte sensível é o significante e a parte não sensível é o significado”.

De acordo com Carvalho (1997, p. 33), o significado é a “representação mental de um objeto ou da realidade social em que nos situamos”. Assim, podemos extrair do signo “cadeira” a ideia de um objeto de madeira, com quatro pernas e um encosto, com ou sem braços, feita para que possamos nos sentar. Essa seria apenas uma das diversas representações mentais de cadeira que podemos ter na mente, pois representação é, ainda nas palavras de Carvalho, “condicionada, plasmada pela formação sociocultural que nos cerca desde o berço”.

A imagem ou conceito que o signo “cadeira” produz em nossa mente não é necessariamente a descrita acima. Pode ser que a cadeira seja de metal, tenha três e não quatro pernas, não possua encosto, mas há sempre uma noção básica e adaptável de “cadeira” a que temos acesso quando vemos, ouvimos ou imaginamos o significante ligado a essa ideia.

O significante ou a “imagem acústica” é uma representação psíquica de um som. Não é propriamente o som que se produz pela ação vocal, pois até mesmo calados podemos mentalmente formar essa imagem. Por este motivo, Saussure rejeita designar o significante como a representação fonética. Não somente uma palavra escrita ou falada nos remete a uma ideia, podemos pensar em um pássaro sem falar ou escrever a palavra “pássaro”, e mesmo assim acessarmos o significado associado à imagem acústica.

Neste sentido, Carvalho fala de um vínculo de associação que se forma em nosso cérebro entre o significante e o significado:

Podemos designar, portanto, o significante como a parte perceptível do signo e o significado como sua contraparte inteligível. É importante advertir a esta altura que o signo une sempre um significante a um conceito, a uma ideia, a uma evocação psíquica, e não a uma coisa, pois o “significado não é uma coisa, mas uma representação psíquica da coisa” (v. pp. 32-33). O próprio Saussure teve o cuidado de chamar a atenção para o perigo de se supor que o signo une um objeto a um nome, a um rótulo. O linguista deve ter sempre em mente que “os termos implicados no signo linguístico são ambos psíquicos e estão unidos, em nosso cérebro, por um vínculo de associação”. (CARVALHO, 1997 p. 34)

Para facilitar essa compreensão, podemos representar o signo em sua forma escrita. Desta forma, retomando o exemplo anterior da “cadeira”, temos como significante a própria palavra “cadeira”, e como significado a ideia que nossa mente desperta ao lermos essa palavra. O conjunto formado pelo significante e pelo significado forma o signo, aparentemente confundido em sua representação escrita com o próprio significante.

O exemplo referido por Carvalho demonstra bem essa associação:

Exemplificando, diríamos que quando um falante de português recebe a impressão psíquica que lhe é transmitida pela imagem acústica ou significante /kaza/, graças à qual se manifesta foneticamente o signo casa, essa imagem acústica, de imediato, evoca-lhe psiquicamente a ideia de abrigo, de lugar para viver, estudar, fazer suas refeições, descansar, etc. Figurativamente diríamos que o falante associa o significante /kaza/ ao significado *domus* (tomando-se o termo latino como ponto de referência para o conceito). (CARVALHO, 1997, p. 33)

Explica-nos Borba (1998, p. 16), ainda na mesma linha da associação mental, que “praticamente não existe linguagem sem pensamento, nem pensamento sem linguagem, mesmo sem realização material”. Basta pensarmos em uma bicicleta. Ainda que não falemos a palavra “bicicleta”, ou que nosso objetivo seja pensar nessa palavra, mas sim no conceito que ela traz consigo, no significado que ela nos remete, a palavra “bicicleta” é verbalizada em nossa mente, como se a “falássemos mentalmente”. O teste pode ser repetido com diversos exemplos, mas o resultado será o mesmo. Não é possível pensar sem utilizar a linguagem, ou ao menos é algo bastante difícil. Pensamos através da

linguagem usando todo um repertório de palavras (signos) que acumulamos ao longo da vida.

1.2 O Signo Linguístico e suas Qualidades Essenciais

1.2.1 Arbitrariedade

Conforme explica Warat (1995, p. 27-29), para Saussure o signo possui quatro qualidades essenciais. Ele é arbitrário, linear, imutável e mutável. A linearidade é própria do significante, enquanto a arbitrariedade, a mutabilidade e a imutabilidade são analisadas ao nível da relação de significação.

A arbitrariedade refere-se à ligação entre o significante e o significado. Por arbitrariedade do signo diz-se que a relação entre significado e significante se dá de forma não natural, de modo que não podemos encontrar na natureza um significado próprio para cada significante (GRAU, 2006, p. 222-223). A relação estabelecida entre um e outro é social, se dá de forma artificial por meio de convenções sociais.

De acordo com o ensinamento de Francisco da Silva Borba:

(...) a linguagem categoriza a realidade, isto é, classifica-a em categorias na medida em que representa essa realidade. Como toda comunicação se faz com base nesse processo de simbolização, resulta que ele é totalmente arbitrário com relação ao que comunica: não há nenhuma relação direta e necessária entre a cadeia fônica e seu conteúdo significativo. Isso confere à linguagem uma grande maleabilidade como código na medida em que abre muitas possibilidades de ação e interação, bem ao contrário de outros códigos – como o de trânsito, por exemplo – cujas unidades têm conteúdo e relações fechadas e bem delimitadas. (BORBA, 1998, p. 10)

Todavia, essa artificialidade da ligação não é definida pelo sujeito falante. A relação não é estabelecida no momento em que o signo é utilizado, ela advém de uma convenção existente na comunidade linguística. Ela não é estabelecida pela fala, mas pela língua. Carvalho nos diz que “é muito importante lembrar que, para Saussure, a arbitrariedade do signo, e nisso insistimos, repousa no fato de que o falante não pode mudar aquilo que o seu grupo linguístico já consagrou”. (CARVALHO, 1997, p. 38).

A arbitrariedade é um fator determinante para utilizarmos o termo signo em vez de símbolo. De acordo com Saussure (s. d., p. 82), o símbolo é arbitrário somente de forma

parcial, uma vez que a própria imagem do símbolo nos remete ao seu significado de forma mais completa que qualquer outra. O símbolo da balança como representativo da justiça é bastante para exemplificar que dificilmente poderíamos usar outro em seu lugar e obter a mesma carga simbólica. É o que nos explica Saussure:

Utilizou-se a palavra símbolo para designar o signo linguístico ou, mais exatamente, o que chamamos de significante. Há inconvenientes em admiti-lo, justamente por causa do nosso primeiro princípio (o da arbitrariedade do signo). O símbolo tem como característica não ser jamais completamente arbitrário; ele não está vazio, existe um rudimento de vínculo natural entre o significante e o significado. O símbolo da justiça, a balança, não poderia ser substituído por um objeto qualquer, um carro, por exemplo (SAUSSURE, s. d., p. 82)

Algo que ressalta a arbitrariedade do signo é a possibilidade de um mesmo conceito ser representado por diferentes significantes em locais diversos, pois a ligação será definida por cada comunidade linguística.

Assim, a idéia de "mar" não está ligada por relação alguma interior à sequência de sons *m-a-r* que lhe serve de significante; poderia ser representada igualmente por outra sequência, não importa qual; como prova, temos as diferenças entre as línguas e a própria existência de línguas diferentes; o significado da palavra francesa *boeuf* ("boi") tem por significante *b-ö-f* de um lado da fronteira franco-germânica, e *o-k-s* (*Ochs*) do outro. (Saussure, s. d., p. 81-82)

Juliana Campello (2014, p. 13) exemplifica utilizando a palavra "direito". Na língua portuguesa ela possui diversos significados, enquanto que na língua inglesa esses significados distintos que a palavra assume na língua portuguesa encontram-se distribuídos juntos a outros significantes:

A palavra "direito" é um exemplo de que a língua não se opera da mesma forma universalmente. Na língua portuguesa essa palavra é bastante polissêmica. A um só tempo, é utilizada para denominar o conjunto de normas que integram o ordenamento jurídico; o direito subjetivo do cidadão (a faculdade de praticar atos, ser e dispor de coisas); a ciência jurídica e suas ramificações, o curso universitário, a noção daquilo que é justo e correto, dentre outros significados. De modo que só é possível compreender a palavra "direito" no contexto discursivo.

Numa comparação com a língua inglesa, essa polissemia é reduzida, já que tais significados encontram-se diluídos em, ao menos, duas palavras *right* e *law*. Já outras palavras sequer encontram correspondência nos diversos idiomas, a exemplo da palavra “saúde” que não existe no inglês ou no alemão. (CAMPELLO, 2014, p. 13)

Por ser a relação estabelecida de forma arbitrária, qualquer significante seria capaz de representar determinado significado, desde que a comunidade linguística aceite relacioná-los, e essa aceitação muitas vezes ocorre de forma implícita pelo costume de relacionar determinado significante a dado significado (Warat, 1995, p. 27).

A arbitrariedade, contudo, é relativa. Sendo a língua um sistema sócio, deve-se observar a existência e correspondência entre os signos já consolidados no sistema linguístico. Determinados conceitos que detenham certa aproximação serão alocados juntos a significantes parecidos, como porta e porteira, vidro e vidraça. Neste sentido, pontifica Luis Alberto Warat (1995, p. 26-27) que “devemos recordar que a idéia de arbitrariedade é relativa, pois os signos, no interior da língua, constituem um sistema. A relação entre os signos de uma língua constitui um certo grau de limitação para a arbitrariedade do signo”.

1.2.2 Linearidade

A linearidade, conforme dito anteriormente, é uma característica própria do significante e refere-se à forma como ele é posto no mundo, seja foneticamente ou textualmente. Significa, sob o ponto de vista fonético, que ao falarmos uma palavra seguimos uma linha temporal em que as unidades menores, as letras ou sílabas, são encadeadas numa mesma dimensão até formar o todo do significante. O significante acústico é formado por uma cadeia de fonemas. “Esse caráter aparece imediatamente quando os representamos pela escrita e substituímos a sucessão do tempo pela linha espacial dos signos gráficos” (SAUSSURE, s. d., p. 84).

1.2.3 Mutabilidade e Imutabilidade

O signo linguístico não existe por si mesmo, ele existe na sociedade e nos sujeitos que compõe a massa falante. Ele é uma expressão cultural. Assim como a cultura, o signo linguístico é variante no tempo e no espaço. Cada comunidade linguística tem seu conjunto próprio de signos linguísticos, a sua língua.

A língua, por sua vez, não é estática, é dinâmica. Mas esse dinamismo da língua é lento, gradual, como o é o dinamismo cultural. Conforme a sociedade se modifica, muda também sua cultura geral e sua cultura linguística.

Essa analogia da mutabilidade do signo linguístico e, por consequência, da língua que é composta por tais signos, com a mutabilidade cultural de uma sociedade ajuda-nos a entender que a relação estabelecida entre significado e significante só pode ser criada e alterada socialmente, em um contexto de múltiplos atores sociais e institucionais, mas não no âmbito individual.

Desta forma, podemos afirmar que a mutabilidade se opera e é observada no nível social, ao passo que a imutabilidade do signo linguístico se refere ao fato de que o sujeito não pode modificá-lo individualmente.

Entretanto, devemos alertar que essa imutabilidade se dá ao nível da significação de base, posto que o significar não é um processo encerrado no signo linguístico, no estabelecimento de uma conexão entre um conceito e uma imagem acústica. A significação se dá em pelo menos dois níveis, o da significação de base e o da significação contextual.

1.3 O Contexto de Significação

O estabelecimento da relação entre significante e significado por meio de convenções sociais é uma forma de padronização dos signos linguísticos. Os membros de uma comunidade linguística, por um processo de significação, convencionam relações significativas que facilitem a compreensão dos signos por toda a comunidade. A realização dessa relação a nível social aperfeiçoa o processo comunicacional intersubjetivo ao evitar barreiras que porventura existiriam caso a arbitrariedade do signo tivesse ocorrência no campo individual.

Todavia, o processo de significação não pode ser compreendido apenas tendo em vista a constituição da língua como sistema de signos convencionalmente estabelecidos. Devemos ir além da noção de que o signo linguístico é fruto de uma convenção social que o estabelece mediante o estreitamento da relação significante/significado.

A relação posta pela sociedade é apenas o primeiro passo do processo de significação. Se o quisermos entendê-lo a nível comunicacional, precisamos ainda compreender o contexto de utilização do signo, o uso que lhe é dado pela prática. Nesta etapa é mais recomendável substituir a palavra "signo" por "termo", uma vez que este pode ser constituído por uma ou mais palavras (CONCEIÇÃO, 1999, p. 39).

Luis Alberto Warat (1995, p. 65) diz ser “impossível analisar o significado de um termo sem considerar o contexto no qual se insere, ou seja, seu significado contextual”. Isto é assim porque o signo linguístico nos é dado pela língua de forma incompleta, apenas com um significado de base.

A atribuição de significados pode ser analisada em dois níveis de significação, a significação de base e a significação contextual (WARAT, 1995, p. 65). Podemos falar do significado de um signo linguístico levando em conta seu significado de base, dado pela língua, ou seu significado contextual, construído pelo uso. Um significado estático (de base) e um dinâmico (contextual). E por estático deve-se entender apenas que a possibilidade de modificação do significado é menos constante ou mais difícil em relação ao significado de base que em relação ao significado contextual, como foi visto acima ao tratarmos das características imutável e mutável do signo linguístico, relacionadas à significação de base.

Além de outros possíveis aspectos que podemos tomar como ponto de partida para o estudo da linguagem, encontramos a análise feita a partir de elementos da sintaxe, da semântica ou da pragmática. Temos abaixo a forma como Katya Kozicki (2013, p.31), de forma breve, delimita o campo de atuação a partir de cada aspecto:

A sintaxe estuda as regras de formação e derivação de uma linguagem, ou seja, estuda as relações dos signos entre si (expressões faladas ou escritas). À semântica cabe o estudo do significado das expressões; o seu *designatum* (aquilo a que elas se referem). Já a pragmática se preocupa com aqueles que usam a língua; é o estudo dos seus usos e funções. (KOZICKI, 2014 p. 31)

A pragmática, conforme explica Warat (1995, p. 45-46), “é a parte da semiótica que estuda a relação dos signos com os usuários”, sendo assim:

Sua problemática central gira em torno da análise dos modos de significar, usos ou funções da linguagem. Parte-se, assim, da ideia de que fatores intencionais dos usuários provocam alterações na relação designativa-denotativa dos significados das palavras ou expressões. (WARAT, 1995, p. 45-46)

A questão que aqui nos interessa inscreve-se no campo da pragmática, dos usos que se faz na prática de conceitos indeterminados que estão presentes nos textos normativos. Barbara Weedwood (2002, p. 144) coloca que “a pragmática estuda os fatores que regem nossas escolhas linguísticas na interação social e os efeitos de nossas escolhas sobre as outras pessoas”, de modo que a autora aduz:

É comum dizer que a linguística sofreu, na segunda metade do século XX, uma “guinada pragmática”: em vez de se preocupar com a estrutura abstrata da língua, com seu sistema subjacente (com a *langue* de Saussure e a *competência* de Chomsky), muitos linguistas se debruçaram sobre os fenômenos mais diretamente ligados ao uso que os falantes fazem da língua. Para retomar a metáfora saussuriana, em vez de se preocupar em conhecer a partitura seguida por diferentes músicos na execução de uma mesma peça musical, o linguista quer conhecer precisamente em quê e por quê houve diferenças na execução, de que forma elas se manifestarem e que efeito tiveram sobre o público ouvinte. (WEEDWOOD, 2002, p. 143-144, grifos no original)

Essa questão acerca da análise linguística ser possível sob diferentes eixos remete-nos a uma questão crucial para hermenêutica jurídica: a crença de que há apenas um sentido “correto” ou possível de ser atribuído aos textos normativos.

A crença na univocidade dos sentidos veiculados pelos textos normativos decorre da inalterabilidade da instância sintática desses textos, dando a impressão de que os termos ali contidos e o próprio enunciado normativo possuem apenas uma significação possível. Somente um sentido poderia ser associado ao texto normativo. Por este motivo, diz Warat (1995, p. 68), “produz-se no direito uma febre legislativa, decorrente da falsa crença de que produzindo-se uma alteração nas palavras da lei, transformam-se mecanicamente as práticas sociais e os sentidos normativos”.

Para que fosse possível sustentar a univocidade de sentido dos textos normativos, seria necessário partir da premissa de que todos que interpretam o texto normativo compartilham de uma mesma ideologia, como pontifica Warat:

A univocidade significativa pressupõe sempre uma prévia coincidência ideológica. A crença na univocidade normativa não é fruto da ignorância ou da ingenuidade. A inalterabilidade dos significantes é o que permite sustentar o ideal de uma norma jurídica racional, como uma das principais condições asseguradoras dos efeitos sociais da lei na sociedade. (WARAT, 1995, p. 68)

De acordo com Borba (1998, p. 228-229), as palavras possuem a potencialidade de veicular um ou mais significados e, embora possuam um significado básico, “o uso propicia várias associações que se incorporam ao signo, passando a fazer parte de suas possibilidades significativas”:

Todo significado ocupa um lugar definido no sistema de que faz parte, sendo, também, delimitado por aqueles que fazem parte do mesmo conjunto. Para vários setores do vocabulário o significado se relaciona com o referente: quando as palavras estão em conexão com coisas, eventos, atributos do mundo exterior, dizemos que elas se referem a essas coisas, eventos e atributos que são, então, seus *referentes*. A referência pressupõe uma realidade derivada da nossa experiência com o mundo. Como o significado não é o referente, mas uma representação dele, então se justifica uma teoria da referência para ajudar a investigação semântica. Tomemos agora, de forma mais restrita, os termos significação ou sentido como o valor semântico resultante da combinação de unidades na seqüência. Logo, o sentido não é simplesmente uma soma de significados porque engloba todos os elementos significativos necessários à comunicação, aí incluindo-se o contexto, a situação e até mesmo as atitudes e disposições do falante/ouvinte. Em termos apenas lingüísticos pode-se dizer que a significação resulta da compatibilidade semântica dos elementos constitutivos do enunciado. (BORBA, 1998, p. 228-229)

Em virtude da incompletude de significação inerente às expressões, da potencialidade que os termos possuem de se ligarem a mais de um conceito, Katya Kozicki (2014, p. 33) acentua que “expressões exatamente iguais podem apresentar sentidos diferentes, dependendo do seu contexto de utilização. Esta alteração do modo de significar é característica do processo de comunicação (...)”.

Tal possibilidade foi bem explorada por Juliana Endriss Carneiro Campello (2014, p. 94-99) ao analisar o uso do termo “pagamento regular” inserido no texto normativo da Lei nº 9.964/2000, que trata sobre o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS.

Conforme preceitua o art. 3º, inciso VI, da Lei nº 9.964/2000, a pessoa jurídica que desejar aderir ao REFIS deverá pagar regularmente as parcelas objeto do programa, posto que o não pagamento regular implicaria sua exclusão do mesmo. Mas o que seria “pagamento regular”? Qual o significado deste termo em relação ao contexto do Programa de Recuperação Fiscal?

Em dois votos oriundo do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o termo “pagamento regular” foi interpretado de maneiras diversas. Para um, ele significaria que a existência de uma mínima diferença entre o devido e o pago, mesmo que por determinado lapso temporal, já implicaria a imposição da pena de exclusão, ainda que o pagamento a

menor estivesse sendo realizado mensalmente. Para a segunda decisão, pagamento regular é o mesmo que ser realizado com regularidade, no prazo estabelecido, ainda que em valor menor (CAMPELLO, 2014, p. 94-99)

Citando Mattoso Câmara, Claudio Cezar Henriques diz que ele compara as palavras a um pano furta-cor: a depender de como as vemos, do contexto em que elas são inseridas, podem assumir diferentes significações. “É uma significação fluida e cambiante, que assume vários modos de ser” (MATTOSO CÂMARA, 1974, p. 139, apud HENRIQUES, 2011, p. 123).

Eis o que nos diz Henriques sobre as relações de significação:

Voltemos às relações de sentido e aos processos envolvidos na atividade de referenciação. Há relações de sentido entre o significado um item lexical e o de outros itens lexicais, mas não só: os itens sintáticos, os itens pragmáticos e discursivos também ajudam a construir os elos entre a linguagem e o mundo. Em condições normais, artigos acadêmicos, textos jornalísticos e técnicos não avançam ao sabor do vento. A intencionalidade é uma das categorias principais da linguagem e, na produção de textos escritos, essa condição se realiza de modo muito mais proveitoso (ou perigoso, dependendo do ponto de vista) do que na expressão oral. (HENRIQUES, 2011, p. 124)

Desta forma, podemos perceber que há um “núcleo de significação” próprio da palavra ou do termo e que é alheio ao contexto, mas, quando a palavra ou o termo é inserido neste, no contexto, ele “provoca forçosamente um deslocamento significativo dessa compreensão para-contextual” (WARAT, 1995, p. 46).

Esse deslocamento pode ser entendido como parte de um “percurso gerativo” que é seguido na construção dos sentidos, sendo o discurso o patamar mais completo e semanticamente enriquecido, conforme enfatiza Diana Luz Pessoa de Barros:

As estruturas narrativas convertem-se em estruturas discursivas quando assumidas pelo sujeito da enunciação. O sujeito da enunciação faz uma série de “escolhas”, de pessoa, de tempo, de espaço, de figuras, e “conta” ou passa a narrativa, transformando-a em discurso. O discurso nada mais é, portanto, que a narrativa “enriquecida” por todas essas opções do sujeito da enunciação, que marcam os diferentes modos pelos quais a enunciação se relaciona com o discurso que enuncia. (BARROS, 2000, p. 53)

O percurso gerativo sofre influência direta dos interesses dos emissores, podendo-se falar ou calar sobre algo para que os receptores captem a mensagem e enxerguem a realidade de um modo ideologicamente direcionado (WARAT, 1995, p. 65-66). Os sentidos são veiculados a partir de “quatro instâncias ou usos básicos do discurso: informativo, emotivo, diretivo e performativo”.

Luis Alberto Warat assim explica a que se refere cada uma dessas instâncias:

Desta forma: a) a instância informativa veiculiza um sentido articulável com os objetos do mundo; b) a instância emotiva indica as conexões valorativas e as emoções que os termos podem transmitir; c) a instância diretiva refere-se às palavras que cumprem a função de provocar conexões de sentido, destinadas a atuar sobre o comportamento futuro do receptor; d) a instância performativa refere-se às palavras cuja característica principal é a de serem empregadas para fazer algo e não para dizer algo sobre algo. Constituem situações fáticas. Pressupõem a existência de um órgão dotado de autoridade para significar e de um corpo normativo que habilita o emprego desses termos com a função de constituir situações fáticas. As normas jurídicas, por exemplo, contêm sempre uma instância performativa. Foi apelando a esta instância performativa que Kelsen formulou a sua definição de norma jurídica. (WARAT, 1995, p. 66)

Existe ainda um outro uso, a fabulação, “que consiste na apresentação de termos ou enunciados com o único objetivo de fazer crer em determinadas situações inexistentes” (WARAT, 1995, p. 68), como a pretensa univocidade de sentidos do texto normativo:

Em suma, mediante os atos fabuladores, é obtida a coisificação dos sujeitos sociais e a consolidação do poder do Estado, sob a ficção de que seus atos e discursos são realizados em nome de uma vontade geral – em nome de todos os homens. (WARAT, 1995, p. 69)

O recurso ao emprego da terceira pessoa nos discursos é uma das formas de querer passar uma sensação de objetividade e aceitabilidade do que é dito, ao fazer crer que o emissor não está tomando partido em relação a algo que possua mais de um ponto de vista defensável, mas sim que está agindo de acordo com a certeza subsidiada por outros (BARROS, 2000, p. 56). Sobre isso, confira-se a seguinte anotação de Diana Luz Pessoa de Barros acerca de quatro notícias jornalísticas que usaram essa técnica:

Os parágrafos iniciais de quatro notícias de jornal mostram o recurso à terceira pessoa para a criação da ilusão de objetividade. Finge-se distanciamento da enunciação, que, dessa forma, é “neutralizada” e nada mais faz que comunicar os “fatos” e o modo de ver dos outros. Além de produzir efeito de verdade objetiva, o jornal, com a aparência de afastamento, evita arcar com a responsabilidade do que é dito, já que transmite sempre a opinião do outro, o saber das fontes. (BARROS, 2000, p. 56)

Em sentido análogo, Warat (1995, p. 75) fala sobre o uso persuasivo da linguagem e as falácias não formais, um modo de apelar ao senso comum para “obter-se a aceitação de alguns pontos de vista não comprovados logicamente”:

Assim, em um sentido mais amplo, poder-se-ia também dizer que as falácias não formais constituem um repertório de lugares persuasivos, com o qual se pretende indicar as diferentes maneiras como podem ser trabalhadas as opiniões generalizadas, para obter-se a aceitação de alguns pontos de vista não comprovados logicamente. A eficácia dos raciocínios falaciosos é obtida através da referência às formas ideológicas de nosso senso comum, o que proporciona o efeito de uma demonstração lógica para certas afirmações.

(...)

O mecanismo geral para o funcionamento das falácias não formais encontra-se fundamentado na produção de uma linha de argumentação que permite introduzir afirmações não demonstradas, sob a aparência de pertencerem ao universo das opiniões aceitas ou a um domínio conotativo comunitário. (WARAT, 1995, p.75-76)

Tudo isso faz parte de um processo de enriquecimento semântico, no qual entram em ação diversos fatores que influenciam no uso que é dado às palavras e que chamaremos de forma ampla como fatores ideológicos. Por ideologia tomaremos de empréstimo a definição dada por Umberto Eco (1991, p. 84) como “o universo do saber do destinatário [e do emissor] e do grupo a que pertence, os seus sistemas de expectativas psicológicas, suas atitudes mentais, a experiência por ele adquirida, os seus princípios morais”.

Conquanto exerçam influência no processo discursivo, esses fatores ideológicos nem sempre são postos de forma explícita pelo emissor. É necessário que eles se

manifestem no discurso para que possamos exercer um mínimo de controle sobre eles. Ainda de acordo com Umberto Eco:

O que um indivíduo pensa e quer, escapa à análise semiológica: só podemos identifica-lo quando o indivíduo *o comunica*. Mas ele só pode comunicá-lo *quando o reduz a sistema de convenções comunicativas*, isto é, quando o que pensa e quer é socializado, passível de ser compartilhado pelos seus semelhantes.

Para consegui-lo, porém, é mister que o *sistema de saber* se torne *sistema de signos*: a ideologia é reconhecível quando, socializada, se torna código. Nasce, assim, uma estreita relação entre o mundo dos códigos e o mundo do saber preexistente. Esse saber torna-se visível, controlável, comerciável, quando se faz código, convenção comunicativa. (ECO, 1991, p. 84)

A manifestação desses fatores no discurso se dá através da argumentação. A argumentação é um jogo de sedução e manipulação. Através dos argumentos contidos no discurso, o emissor ou enunciador busca conquistar a aderência do auditório (CAPPI et al, 2004, p. 27). Tratando do uso persuasivo da linguagem, Barros (2000, p. 62) divide os papéis assumidos pelos "sujeitos da enunciação". Assim, existe o enunciador e o enunciatário, sendo o primeiro responsável pela criação do discurso e o segundo pela sua aceitação ou não, é aquele a quem o discurso é dirigido. Em suas palavras, Barros afirma que:

O enunciador define-se como o destinador-manipulador responsável pelos valores do discurso e capaz de levar o enunciatário a crer e a fazer. A manipulação do enunciador exerce-se como um fazer persuasivo, enquanto ao enunciatário cabe o fazer interpretativo e a ação subsequente. Tanto a persuasão do enunciador quanto a interpretação do enunciatário se realizam no e pelo discurso. (BARROS, 2000, p. 62)

Para que o discurso seja interpretado conforme deseja o enunciador, ainda de acordo com Barros (2000, p. 63) este "constrói no discurso todo um dispositivo veridictório, espalha marcas que devem ser encontradas e interpretadas pelo enunciatário":

(...) o enunciador determina como o enunciatário deve interpretar o discurso, deve ler "a verdade". O enunciador constrói no discurso todo um dispositivo veridictório, espalha marcas que devem ser encontradas e interpretadas pelo enunciatário. Para escolher as pistas a serem oferecidas, o enunciador considera a relatividade cultural e

social da “verdade”, sua variação em função do tipo de discurso, além das crenças do enunciatário que vai interpretá-las. O enunciatário, por sua vez, para entender o texto, precisa descobrir as pistas, compará-las com seus conhecimentos e convicções e, finalmente, crer ou não no discurso. (BARROS, 2000, p. 63)

A presença de conceitos jurídicos indeterminados permeando os textos normativos, possibilitando ao intérprete percorrer o percurso gerativo do sentido na construção da decisão a ser aplicada a determinado caso, abre espaço para uma margem mais acentuada de arbitrariedade judicial, permitindo a incidência de fatores ideológicos no discurso jurídico a influenciar na tomada de decisão. O texto normativo não veicula uma norma jurídica pronta e acabada, mas diretrizes a serem seguidas pelo destinatário para a concretização da norma, limitando esse espaço de concretização dentro de uma moldura fornecida pela linguagem empregada no texto normativo.

1.4 A Textura Aberta da Linguagem (e) do Direito

Segundo os ensinamentos de Charles Nunes Bahia, a noção da textura aberta da linguagem está intimamente ligada à teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein (1889-1951), em decorrência da “infinidade de combinações possíveis por meio do uso da linguagem” (BAHIA, 2016, p. 234).

De início, Wittgenstein acredita que a linguagem se tratava de uma “figuração do mundo”. Conforme assinala Katya Kozicki (2014, p. 26), “apoiava-se nesta perspectiva de uma função essencialmente descritiva da linguagem. Neste momento, a premissa ainda era a de que a estrutura interna da realidade determinava a estrutura da linguagem”.

Contudo, em um segundo momento Wittgenstein muda radicalmente sua compreensão acerca da linguagem (KOZICKI, 2014, p. 34; BAHIA, 2016, p. 229). Antes uma forma de capturar a essência do mundo, um instrumento para a transmissão dos significados inerentes às coisas, passa agora a ser vista a partir do uso que fazemos dela:

Posteriormente, quando da publicação de seu *Philosophische Untersuchungen – Investigações Filosóficas* (1953) – Wittgenstein abandona a sua teoria da linguagem como “afiguração dos fatos”, em prol da concepção de uma concepção pragmática da linguagem (isto é, a relação dela com seus usuários). Como veremos, passa-se agora à verificação do contexto em que se situa o movimento comunicacional. Este livro marca o nascimento de uma preocupação com os usos e funções ordinários da linguagem, movimento que viria a ser conhecido como Filosofia da Linguagem Ordinária.

(...)

As palavras são instrumentos dos quais se servem os indivíduos (e a própria ciência) para exprimir os seus pensamentos ou ideias. Neste sentido, os indivíduos operam com palavras e expressões, eles instrumentalizam a própria linguagem. O significar é, assim, sempre o reflexo de um ato de aprender. O sujeito falante aprende a utilizar-se da linguagem, a partir do entendimento que tenha do funcionamento desta. Sancionar o estatuto da significância e funcionalidade da linguagem comum, eis o seu objetivo. Wittgenstein "(...) reconhecia na estrutura e nas modalidades de emprego da linguagem vulgar a matriz original do significado das operações linguísticas, que, por isso, não exigiam serem reconduzidas a um paradigma ideal de significância definido por requisitos lógicos de certo tipo". Neste entendimento, é o uso que atribui um significado à palavra (KOZICKI, 2014, p. 26-33).

Conforme depreendemos ao observar os jogos, percebemos que não existe uma regra comum a todos, embora eles compartilhem entre si determinadas semelhanças perceptíveis em maior ou menor nível. De igual forma ocorre com a linguagem. Não há um único modo de usá-la. O que existe são opções de combinações de signos linguísticos, que serão feitas de acordo com o uso que queremos fazer da linguagem e do objetivo pretendido:

O que Wittgenstein quer dizer resume-se ao seguinte raciocínio: existe um incontável número de proposições na linguagem que se combinam por meio de jogos. Da mesma maneira como ocorre em relação aos jogos, também em relação à linguagem não é possível encontrar uma característica unívoca capaz de ser identificada em todas as instâncias linguísticas; existem apenas semelhanças relevantes que agrupam essas expressões em determinados espaços da compreensão durante um lapso temporal (BAHIA, 2016, p. 230).

A expressão "textura aberta da linguagem" foi cunhada pelo filósofo alemão Friedrich Waismann (1896-1959). De início, Waismann era partidário da visão de que era possível, através de métodos de verificação, determinar a veracidade ou não de dado significado atribuído às palavras. Todavia, percebeu que algumas palavras podem "se combinar de uma forma tal que sejam geradas significações inéditas, sendo esse ineditismo comprometedor ao significado da expressão (BAHIA, 2016, p. 232).

Embora seja possível determinar algumas significações atreladas às palavras, Waismann admitia que para algumas palavras pode ser que sempre exista uma zona de indeterminação, devido à textura aberta da linguagem, da qual não é possível sair tão facilmente, conforme sublinha Struchiner:

Por textura aberta da linguagem, Waismann pretende dizer que os nossos conceitos empíricos não estão delimitados, de forma a priori, em todas as direções possíveis. Os conceitos empíricos não apresentam uma definição exaustiva, ou seja, nenhum conceito se encontra delimitado de forma que não surjam espaços para dúvida sobre seu significado (STRUCHINER, 2001, p. 11, apud BAHIA, 2016, p. 233)

Há de se reconhecer, em relação a alguns termos da linguagem ordinária, a existência de uma zona de penumbra onde as significações mostram-se indeterminadas. Junto a essa zona de penumbra, existe ainda as zonas de certeza positiva e de certeza negativa. Em relação à primeira, situam-se os conceitos que sabemos e podemos relacionar a determinado significante. Quanto à segunda zona, encontram-se todos os demais conceitos que sabemos não ser possível liga-los ao significante. Conquanto seja possível definir algumas denotações, haverá sempre um grau de indeterminação do qual não podemos sair por completo (KOZICKI, 2014, p. 37).

O ser humano tem de ser entendido como um sujeito histórico, um sujeito inserido em dada tradição linguística, recebendo dela diversas pré-compreensões acerca das coisas do mundo. De acordo com Katya Kozicki (2014, p. 37), por ser a linguagem fator determinante das estruturas da compreensão da realidade, posto que é através dela que nos comunicamos e significamos, a indeterminação no mundo dos fatos acaba por irradiar nos termos linguísticos.

A ideia da textura aberta da linguagem exerceu influência direta na teoria jurídica de Herbert Hart e na concepção da Textura Aberta do Direito:

Para o positivismo jurídico analítico de Hart, a textura aberta do direito apresenta-se como resultado claro da imprecisão linguística na qual se funda a construção das normas jurídicas. A normatividade que garante um pouco de certeza à esfera jurídica é a mesma que se desintegra diante dos engodos da linguagem. Uma zona de penumbra normativa que se faz inerente; deve ser consequência de uma textura aberta da linguagem (BAHIA, 2014, p. 228)

Reconhecendo não ser possível prever todas as situações fáticas, Hart entendia que essa imprevisão redundaria numa possível vagueza normativa, contornada pela

utilização de termos abertos que pudessem dar ao hermenauta a possibilidade de concretização conceitual de acordo com contexto fático de aplicação.

2. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

O signo linguístico, conforme visto no capítulo anterior, é constituído pela união arbitrária entre significante e significado. Essa união arbitrária se dá a nível social e na significação de base. Embora significante e significado se formem no intelecto das pessoas, como imagem acústica e conceito, respectivamente, pode-se dizer que o significante é o suporte material através do qual nos referimos a um conceito relacionado a uma noção acerca de "objetos, circunstâncias, fatos ou acontecimentos" (GRAU, 2006, p. 222).

Ao falarmos dos conceitos jurídicos indeterminados, há algo de inconveniente nesta denominação. Referimo-nos na verdade não aos conceitos em si, isoladamente, mas aos termos que possuem a capacidade de se relacionar com conceitos vários, dada sua origem advinda da linguagem natural, e cuja delimitação dessa relação não é de um todo determinada.

Como bem adverte Eros Roberto Grau, citando John Hospers, podemos dar às coisas (objetos, circunstâncias, fatos ou acontecimentos) qualquer denominação. Há muito já foi desconstruída a ideia de que para cada coisa existiria uma palavra a se relacionar de forma natural. É o ser humano, e não a natureza, que estabelece a relação entre as palavras e as coisas:

As palavras - observou Hospers [apud Gordillo 1977:2] - são como rótulos que colocamos nas coisas, para que possamos falar sobre elas: "Qualquer rótulo é conveniente na medida em que nos ponhamos de acordo com ele e o usemos de maneira conseqüente. A garrafa conterá exatamente a mesma substância, ainda que coloquemos nela um rótulo distinto, assim como a coisa seria a mesma ainda que usássemos uma palavra diferente para designá-la" (GRAU, 2006, p. 222)

Analisando a questão referente aos direitos morais que os cidadãos teriam contra o poder exercido pelo Estado e pela maioria, direitos esses reconhecidos e protegidos tanto por disposições precisas como por disposições vagas, Ronald Dworkin (2014, p. 210) traça duas posições que podem ser adotadas pelos juristas neste último caso. Quando reconhecidos por disposições vagas, o autor afirma que podemos seguir uma posição estrita, cujo apego à letra da lei predomina, ou uma posição liberal, tendente a dar maior amplitude possível às palavras positivadas.

Os juristas que adotam a posição de que os termos vagos devem ser estritamente interpretados, além do tradicional apego às palavras do texto normativo, geralmente seguem aquilo que pregavam os defensores da jurisprudência dos interesses. Para eles, a interpretação ficaria limitada àquilo que o legislador tinha em mente proteger quando da elaboração do texto normativo ou, quando muito, às situações que teriam sido valoradas se pudessem ter sido previstas, embora não tenham sido. É o que afirma Ronald Dworkin na seguinte passagem:

Contudo, no caso das cláusulas “vagas”, como as do processo legal justo e as da igual proteção, os juristas fundiram as duas questões porque se basearam, em grande medida sem se dar conta, em uma teoria do significado que poderia se assim enunciada: se os autores da Constituição utilizaram uma linguagem vaga, como fizeram ao condenar as violações do “processo legal justo”, então o que “disseram” o “quiseram dizer” fica limitado às instâncias de ação estatal que eles concebiam como violações, ou, pelo menos, a aqueles exemplos que teriam eles considerado violações, caso esses exemplos lhes tivessem ocorrido. (DWORKIN, 2014, p. 210)

Todavia, diante de um texto normativo que tenha sido construído com o uso de termos vagos, antes de adotarmos uma posição estrita em relação a eles, é preciso refletir sobre os motivos que levaram os legisladores ao empregarem tais termos, quando poderiam utilizar-se de outros cuja área de significação é menos nebulosa. É imperioso advertir que neste ponto não estamos nos referindo a ir buscar o sentido do texto ou a norma jurídica na “vontade do legislador”, mas de questionar os motivos que levariam alguém a formular proposições jurídicas assentadas em palavras conceitualmente indeterminadas.

Caso quisessem delimitar o âmbito de incidência do texto normativo às situações por eles pensadas quando de sua elaboração, teria sido mais eficaz deixar essa intenção expressamente registrada no próprio texto normativo. O uso de termos vagos, cujos conceitos válidos para o sistema jurídico são indeterminados, é resultado de uma escolha feita “deliberadamente pelos homens que os redigiram e adotaram, em lugar das regras mais específicas e limitadas que poderiam ter sido promulgadas” (DWORKIN, 2014, p. 209), de forma que os legisladores tinham plena consciência que, ao usarem a linguagem desta forma, quando do surgimento de um caso que necessite da aplicação de uma norma jurídica, o sentido dos termos que compõem o texto normativo ficaria por ser definido a depender da situação fática e do contexto que a envolve.

É salutar deixar claro que a referência que fazemos não é a conceitos jurídicos indetermináveis, mas indeterminados. A distinção tem grande relevo, posto que conquanto aquilo que é indeterminável não pode ser determinado, pois a impossibilidade de

determinação é seu predicado chave, o indeterminado é passível de determinação (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 261), uma vez que a indeterminação é apenas um estágio no qual se encontra e do qual pode sair a partir de “um processo de refinamento progressivo de seu sentido”:

Diz-se, assim, que o conceito indeterminado sempre admite uma determinação, isto é, conceitos indeterminados são, presumidamente, determináveis, o que acontece por um processo de refinamento progressivo de seu sentido. No campo jurídico, conceitos indeterminados admitem uma generalização pela constituição de *standards*. A indeterminação está na extensão imprecisa de seu campo de referência objetiva, ou seja, quais os objetos abarcados (*denotados*) pelo conceito. O conceito é indeterminado se não é possível, de antemão, precisar tais objetos. A determinação é o processo pelo qual esse campo é delimitado. São conceitos indeterminados, nesse sentido, *repouso noturno*, *perigo iminente* etc (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 261) (grifos no original).

Na hipótese dos conceitos jurídicos indeterminados, a determinação de seu sentido é realizada quando de sua aplicação aos casos concretos. E aqui mais uma advertência deve ser feita. Apesar de ao longo da obra falarmos que a determinação se realiza diante de um caso concreto, não estamos excluindo a possibilidade de determinação perante casos hipotéticos, mormente quando realizada na construção do conhecimento doutrinário do direito. Apenas optamos por nos referir a casos concretos por uma questão de economia, evitando a repetição do termo “casos concretos ou hipotéticos” e reduzindo a referência apenas aos “casos concretos”.

Retornando ao cerne da questão, pensar de forma estrita os termos vagos, afirma Dworkin (2014, p. 211), é restringir os direitos aos “reconhecidos por um grupo limitado de pessoas em um momento determinando da história”. Embora a citação refira-se à interpretação restrita dos textos normativos que veiculam direitos e garantias constitucionais, o mesmo pensamento pode ser aplicado ao Direito em geral, pois, reformulando a frase anterior, interpretar de forma estrita os termos vagos, apegando-se ao “exato” delineamento das palavras postas no texto legal, é restringir o Direito e seu processo de criação a um grupo limitado de pessoas em um momento acurado da história, pondo em risco sua eficiência ao negar seu caráter dinâmico, tão imprescindível para que possa acompanhar as mudanças experimentadas pela sociedade.

Assim como a sociedade se modifica com o tempo, o Direito deve estar em constante adaptação para que possa seguir o mesmo fluxo e não se manter preso a uma realidade social de outrora que não lhe diz mais respeito.

O Direito não está petrificado nos enunciados normativos legais, mas vivo no seio social. De igual forma, a norma jurídica não deve ser entendida como mero resultado de um raciocínio silogístico de subsunção do fato ao texto normativo, ou do fato à norma, como dizem os defensores do método de subsunção. Conforme assinala Andrade, “o direito não existe para manter a ordem, mas para transformá-la, sendo assim a transformação do presente e a construção do futuro, isto é, a construção de um mundo mais humano” (ANDRADE, 1992, 101).

A norma jurídica é instrumento de controle social, transformação do presente e construção do futuro, como sublinha Andrade:

[Ela] é proposição, prescrição e comunicação. Assim, em razão do princípio da intersubjetividade, o direito se exterioriza através da linguagem. Daí a dimensão linguística do direito, de modo que o elemento lingüístico possa servir como instrumento de interpretação. (ANDRADE, 1992, p. 103)

O direito é comunicação que se realiza através da linguagem, expressa sob a forma de determinada língua. A língua é um conjunto de signos linguísticos, estes formados pela união indissociável entre significante e significado.

As convenções sociais que definem a relação entre significado e significante, na lição de Eros Grau (2006, p. 224), podem ser estabelecidas de forma “explícita e ‘ad hoc’ ou tácita e geral”. No primeiro caso, das convenções formadas de modo explícito, temos as linguagens técnicas, próprias de áreas do conhecimento que demandem elevado grau de certeza dos termos e conceitos utilizados. São tácitas e gerias as convenções que formam a linguagem ordinária, isto é, aquela que usamos comumente para nos comunicar, também chamadas de linguagens naturais.

Ao utilizarmos a linguagem ordinária na construção dos textos jurídicos, sobretudo os textos normativos legais, alguns aspectos daquela acabam por irradiar no ordenamento jurídico, como a vagueza e a ambiguidade de determinados termos.

Christiano José de Andrade (1992, p. 108) ressalta bem essa influência que o uso da linguagem ordinária exerce sobre os textos jurídicos, posto que as palavras que constituem aquela nem sempre possuem um perfil nítido de aplicação, podendo ser “atual ou potencialmente vagas (textura aberta), apresentando assim uma zona de transição ou de penumbra”.

As palavras da linguagem natural, de que faz parte a linguagem do direito, não têm critérios de aplicação rígidos ou de perfis nítidos, o que vale dizer que são atual ou potencialmente vagas (textura aberta), apresentando assim uma zona de transição ou de penumbra. (ANDRADE, 1992, p. 108)

Karl Larenz (1997, p. 283) diz que há casos em que o sentido das expressões apresentam-se claros de forma imediata e casos em que é necessária uma atividade interpretativa para que se possa escolher, dentre os possíveis sentidos, qual pode ser atribuído àquele termo dentro daquele contexto em que foi usado:

Os textos jurídicos são problematizáveis deste modo porque estão redigidos em linguagem corrente, ou então numa linguagem especializada a eles apropriada, cujas expressões – com ressalva de números, nomes próprios e determinados termos técnicos – apresentam uma margem de variabilidade de significação que torna possível inúmeros cambiantes de significação. (LARENZ, 1997, p. 283)

Para que o âmbito de incidência do texto normativo seja ampliado, de forma a manter sempre atual a norma jurídica, utilizam-se termos cujos conceitos jurídicos são indeterminados, posto que assim a norma mantém-se atual ainda que o suporte físico (significante) permaneça inalterado por considerável espaço de tempo. Mantém-se o significante e a relação sintática, e modifica-se o significado, permitindo que o Direito acompanhe as mudanças sociais sem que com isso seja preciso modificar constantemente as palavras dos textos normativos.

O “termo” a que nos referimos tem uma noção mais ampla que a de “signo” que tratamos no capítulo anterior. Enquanto que nos referimos ao signo como o resultado da união de um significante (palavra) a um significado (conceito), o termo pode ser formado por uma ou mais palavras, um ou mais signos linguísticos (CONCEIÇÃO, 1999, p. 39). De resto, o mesmo permanece. Podemos dizer que o termo constitui a parte material, o significante, e está ligado à parte imaterial, o conceito ou significado.

É preferível falar em termo jurídico no lugar de signo. Nos textos normativos muitos conceitos jurídicos são expressos em mais de uma palavra, como a “dignidade da pessoa humana”. O significante deixa de ser uma palavra e passa a ser uma ou mais palavras, um termo, também ligado a um ou mais significados. Os conceitos jurídicos, por sua vez, podem corresponder ou não àqueles que os termos carregam na linguagem ordinária.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2008) fala em uso onomasiológico e uso semasiológico das palavras. Ocorre o primeiro quando a significação da palavra encontra correspondência com a usualmente atribuída no cotidiano, e o segundo quando ela assume uma significação própria dentro do sistema jurídico, uma significação normativa. Para Ferraz Jr.:

Ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos lingüísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Esse uso oscila entre o aspecto *onomasiológico* da palavra, isto é, o uso corrente para a designação de um fato, e o aspecto *semasiológico*, isto é, sua significação normativa. Os dois aspectos podem coincidir, mas nem sempre isso ocorre. (FERRAZ JR., 2008, p. 220)

A linguagem jurídica é expressa às vezes em termos cujos significados são tecnicamente pré-estabelecidos e em termos que tem sua significação correspondente ao da linguagem natural, como bem observa Claudia Maria Barbosa:

A linguagem pela qual o direito é expresso é uma linguagem de características especiais. Em parte constitui uma linguagem técnica, especializada, e neste sentido busca um determinado rigor; por outro lado, nela também estão presentes diversos símbolos próprios da linguagem natural, os quais, na linguagem jurídica podem adquirir sentidos diversos daqueles que lhe atribui a linguagem cotidiana. (BARBOSA, 2005, p. 35)

Os conceitos jurídicos indeterminados habitam a zona de penumbra no campo das significações jurídicas, localizam-se entre a área de certeza positiva e a de certeza negativa. Nesta ficam as situações que sabidamente não podem ser enquadradas como hipóteses de incidência da norma veiculada pelo conceito. Na área de certeza positiva encontram-se as situações que indubitavelmente se enquadram na moldura do texto normativo (CONCEIÇÃO, 1999, p. 47).

Em um segundo momento deve-se frisar que, além do problema terminológico retromencionado, o termo *indeterminado* também tem sido objeto de certas substituições, como: impreciso, fluido, elástico, vago, poroso. A estas denominações, pensamos poder acrescentar o termo *flexível* por cremos na potencialidade de adaptação ou flexibilidade às situações às quais pode ser aplicado.

Desta forma, quaisquer destas expressões revelam, de modo cristalino, tratar-se de conceitos cuja área de significação não se

apresenta definida ou limitada precisamente, no momento de sua aplicação ao caso concreto. Situam-se, portanto, na *zona de penumbra*, intermediária entre a região de certeza positiva – aquela na qual um conceito se inclui, sem que reste qualquer incerteza – e de certeza negativa – casos excludentes do uso do conceito. (CONCEIÇÃO, 1999, p. 47) (grifos no original)

Contudo, como bem alerta Conceição (1999, p. 47), devemos ficar atentos ao fato de que não existe uma rígida separação entre as referidas zonas ou áreas de certeza e indeterminação quando tratamos dos conceitos jurídicos em geral. Dizer que um conceito é determinado não é suficiente para excluí-lo totalmente da zona de penumbra, assim como dos conceitos jurídicos indeterminados também não se exclui a possibilidade de existência de zonas de certeza positiva ou negativa.

A diferença fulcral entre um conceito determinado e um indeterminado é que para o primeiro a área de significação é mais precisa, enquanto que para o segundo ela é mais plástica, maleável (CONCEIÇÃO, 1999, 47). A área de certeza e a de incerteza existirá para ambos, o que muda é sua graduação. Para os conceitos jurídicos indeterminados a área de incerteza é maior que as de certeza positiva e a de certeza negativa, aplicando-se o inverso aos conceitos determinados.

Infere-se, conseqüentemente, que os conceitos jurídicos indeterminados diferem dos conceitos determinados cuja área de significação é mais precisa embora, cremos, não de forma absoluta, porquanto o Direito tem por finalidade regular as relações na sociedade, por si só instáveis, o que, forçosamente, impede a eliminação da incerteza de modo inequívoco, como ocorre nos conceitos relativos às Ciências Exatas. (CONCEIÇÃO, 1999, p. 47)

Podemos pegar essa alegoria da zona de penumbra e imaginarmos perante uma neblina com diferentes áreas de visibilidade, umas mais opacas e outras mais claras. As áreas opacas são as zonas obscurecidas em que a indeterminação é mais latente, as claras são aquelas que se encontram próximas às regiões de certeza positiva ou negativa. A determinação do sentido dos termos cujos conceitos são indeterminados em uma primeira visualização é realizada através de um processo de interpretação do texto normativo.

Qualquer texto normativo, seja relativo a uma regra ou a um princípio, pode veicular termos cujos conceitos jurídicos são de antemão indeterminados. Assim, podemos citar, com base no ordenamento jurídico brasileiro, os seguintes exemplos: o termo “boa-fé” presente em diversos artigos do Código Civil brasileiro de 2002; o “terror social ou generalizado”, a “paz pública” e a “incolumidade pública”, termos que fazem parte do tipo

penal relativo à prática de ato de terrorismo previsto no art. 2º da Lei nº 13.260/2016 (Lei Antiterrorismo); o “motivo relevante” e o “motivo imperioso” dos artigos 264 e 265 do Código de Processo Penal; a “dignidade da pessoa humana” prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal, assim como em diversos outros textos normativos constitucionais e infraconstitucionais.

3.INTERPRETAÇÃO E REALIZAÇÃO DO DIREITO

3.1 A Hermenêutica Jurídica e a Interpretação como Atribuição de Sentido

Carlos Maximiliano faz uma síntese do estudo histórico dos termos hermenêutica e interpretação, expondo os conceitos que eles assumem em diversas línguas. Assim, defende que existe uma diferença entre as palavras hermenêutica e interpretação. A hermenêutica é uma ciência geral da interpretação, sendo que a hermenêutica jurídica reflete a “sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões em Direito” (MAXIMILIANO, 2003, p. 6). Ela dispõe acerca dos métodos de interpretação.

A interpretação, por sua vez, seria a atividade realizada a partir da aplicação desses processos de determinação do sentido e alcance das expressões jurídicas. Mas não é só a atividade, senão também o próprio produto desta atividade interpretativa (NOJIRI, 2005, p. 122; TROPER, 2008, p. 123).

A ótica de Carlos Maximiliano, contudo, reflete uma hermenêutica jurídica clássica que idealiza a interpretação do texto normativo como uma busca pelo “esclarecimento sobre o que está condito na norma”, uma hermenêutica que vai redundar no único e correto sentido do texto normativo (SCHMITZ, 2015, p. 89).

No mesmo sentido é a crítica de Lenio Luiz Streck (2004, p. 35-39), para quem a hermenêutica jurídica no Brasil ainda está arraigada no ensinamento de Emilio Betti (1890-1968) de que há um processo trifásico de interpretação e aplicação do Direito, onde primeiro busca-se compreender, depois interpretar e ao fim aplicar a norma ao caso:

*Calha registrar, ademais, que o exame de vários textos – antigos e contemporâneos – que tratam da interpretação jurídica no Brasil aponta para o fato de que é ainda dominante a idéia de que *interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma; fazer hermenêutica jurídica é procurar a significação dos conceitos jurídicos; enfim, interpretar é esclarecer; esclarecer, dar o verdadeiro (sic) significado ao vocábulo; extrair, da norma, tudo que nela se contém...* Não é difícil perceber, aqui, a prevalência da (metafísica) dicotomia sujeito-objeto. Parte considerável dos autores que se enquadram nesse contexto sofreu*

influência da hermenêutica de cunho objetivista de Emilio Betti, baseada na forma metódica e disciplinada da compreensão, onde a própria interpretação é produto de um processo triplo que parte de uma abordagem objetivo-idealista. De um modo ou de outro, a interpretação, nesse contexto, embora não admitida, continua a ser um processo de reprodução do sentido, uma vez que a atribuição de sentido e a interpretação são tratadas separadamente. Em alguns casos, é possível perceber nitidamente o problema metafísico da separação fato-direito, norma-realidade, ser-ente, texto-norma, uma vez que a interpretação fica restrita à simples análise semântica determinativa da significação abstrato-ideal do “conceito” da norma, como se nesse “conceito” pudessem ser “aprisionadas” as “incidências fáticas”.

Ou seja, os pressupostos da hermenêutica clássica, subsuntiva e dedutivista, ainda não foram superados, continuando bem atuais as ideias de Carlos Maximiliano, que entendia que interpretar é a busca do esclarecimento, do significado verdadeiro de uma expressão; é extrair de uma frase, de uma sentença, tudo o que na mesma se contém. Tais teses fizeram escola no Brasil, forjando um imaginário reproduzido quotidianamente nas salas de aula dos cursos de direito, nos concursos públicos e no processo de avaliação institucional (...) (STRECK, 2004, p. 35-36) (grifos no original).

Leonardo Ziesemer Schmitz também preleciona que o ensino jurídico no Brasil ainda anda de mãos dadas com a hermenêutica jurídica clássica, sendo ensinado que existe um sentido real ínsito ao texto normativo, podendo esse sentido ser buscado pelo esclarecimento da “vontade da norma” ou da “vontade do legislador”:

É algo arraigado no imaginário jurídico brasileiro a ideia de que existam regras para identificar a “vontade do legislador”, a “vontade da norma”, o “real sentido” de um texto jurídico. Assim, a hermenêutica em seu estado mais primitivo estipulava procedimento para objetivar a busca por esse suposto sentido unívoco. Essa é a posição adotada, entre outros, por Carlos Maximiliano, autor da obra que provavelmente é a mais difundida no País sobre o tema da interpretação do direito. Para o autor, interpretar é buscar o esclarecimento sobre o que está contido na norma (SCHMITZ, 2015, p. 89).

Seguindo a linha de entendimento de Lenio Luiz Streck (2014, p. 280), devemos fazer uma distinção entre a “hermenêutica clássica, vista como pura técnica de interpretação (*Auslegung*), e a hermenêutica filosófica, de matriz gadameriana, que trabalha com um ‘atribuir sentido’ (*Sinngebung*)”. Uma hermenêutica cujo objeto são as “técnicas de interpretação”, num modelo objetivo-idealista, e uma hermenêutica filosófica que trabalha com a questão da interpretação como atribuição de sentido:

É nesse ponto que reside *o maior contributo de Gadamer à hermenêutica jurídica*. O mestre alemão é claro ao dizer que é impossível reproduzir sentidos (por isto não se pode mais falar em *Auslegung* – extrair sentido, e sim, em *Sinngebung* – atribuir sentido). O processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nós nunca nos banhamos na mesma água do rio). Gadamer vai dizer, a partir disto, que é uma ficção insustentável a concepção de que é possível o intérprete equiparar-se ao leitor originário, fazendo, aqui, uma crítica tanto a Schleiermacher como a Savigny, que ignorou a tensão entre o sentido jurídico originário e o atual, erro que continua sendo repetido pela dogmática jurídica na atualidade, a partir da metafísica equiparação entre vigência e validade, texto e norma (STRECK, 2014, p. 305-306) (grifos no original).

Essa atribuição de sentido, entretanto, não se dá de forma arbitrária, ao bel prazer do intérprete, conforme aduz Alexandre Pasqualini:

À diferença do que pensava Valéry de seus versos, a ordem jurídica não tem, pura e simplesmente, o sentido que se lhe queira atribuir ou impor. Em cada ato interpretativo, estão presentes, em distintos níveis de densidade, não só os apontados princípios, normas e valores jurídicos, mas, antes, junto à consciência dos operadores do Direito, a tradição histórica, doutrinária e jurisprudencial, com base em que a exegese faz o sistema falar. Trata-se, portanto, sem prejuízo da regra da poliinterpretabilidade, de tarefa intrinsecamente dialógica e crítica, em que a comunidade hermenêutica dos juristas culmina ou por sufragar as interpretações mais adequadas ou, então, por desenganar as mais aberrantes (PASQUALINI, 1999, p. 25-26)

A linguagem assume importância vital na obra de Gadamer, posto que “é através da linguagem que se interpreta, e através da interpretação é que se concretiza a compreensão” (PAZÓ, 2004, p. 109). De acordo com Lenio Luiz Streck (2014, p. 305), o filósofo reconhece que o ser humano utiliza-se da linguagem para que possa acessar as coisas do mundo, não porque ela lhe serve como “instrumento e veículo de conceitos”, mas sim por “ser a condição de possibilidade da manifestação do sentido”:

Por isso Gadamer vai dizer que a hermenêutica como teoria filosófica diz respeito à totalidade de nosso acesso ao mundo (*Weltzugang*). Pois é o modelo da linguagem e sua forma de realização – ou seja, o diálogo – que suporta não somente o entendimento entre os homens, senão também o entendimento sobre as coisas de que é feito nosso mundo. A teoria do conhecimento no sentido tradicional tem subvalorizado a articulação linguística (*Sprachlichkeit*). Nosso pensamento atual, entretanto, encontra-se orientado de modo decisivo ao fenômeno da linguagem. Isto se manifesta, acentua Gadamer, “em minha própria teoria, no que concerne ao papel que joga a linguagem e o linguístico para toda a compreensão e o conhecimento (*Verstehen und Erkennen*)” (STRECK, 2014, p. 280-281) (grifos no original).

Estando inserido em uma tradição linguística, o intérprete é entendido como um ser histórico, um ser que está no mundo, mundo esse que lhe confere uma gama de pré-compreensões a partir das quais partirá sua própria compreensão de mundo:

É enaltecido por Gadamer o descobrimento da acepção da linguagem como acepção do mundo produzida por Humboldt. Para Humboldt, o homem pertence a uma comunidade lingüística que introduz o indivíduo, quando este nela cresce, uma determinada relação com o mundo e num determinado comportamento com relação a ele (PAZÓ, 2004, p. 129).

Lúcio Grassi de Gouveia (2000, p. 123-124) diz ser preferível utilizarmos a expressão “realização” no lugar de “interpretação” do direito, posto que o juiz é sujeito ativo no processo de criação da norma jurídica, não se encontrando ela pronta e acabada para ser aplicada. Assim, ele afirma:

A expressão aplicação do direito, tendo em vista o caráter constitutivo da atividade decisória do juiz, perdeu espaço para a noção de realização do direito. Caráter constitutivo e atividade criadora andam de mãos dadas, já que a atividade judicante não se limita a uma mera aplicação de uma norma pronta e acabada, mas construção de algo novo, podendo essa criatividade ser maior ou menor, dependendo das peculiaridades do caso concreto que se apresente. (GOUVEIA, 2000, p. 173)

Dizer que é preferível falar em realização a interpretação do direito não significa que o uso desse último termo esteja de toda forma incorreto. Embora acertada a

asseveração de que a norma não se encontra pronta e acabada para que seja aplicada a um caso concreto, participando o juiz do processo criativo do direito, entendemos que o termo “interpretação” ainda encontra seu lugar na hermenêutica jurídica, posto que quando falamos de interpretação não estamos dizendo simplesmente que o direito é interpretado. Não interpretamos o direito em si, mas sim o texto normativo, tomando-o como ponto de partida do percurso gerativo do sentido e da norma jurídica a incidir no caso concreto.

O objeto da interpretação, segundo Michel Troper (2005, p.132-133) não é a norma jurídica. Interpretar é dar sentido, e se o texto normativo já apontasse para um sentido apropriado, não haveria o que interpretar, o sentido já estaria dado. Interpretamos o enunciado ou texto normativo para atribuir-lhe um significado. Dessa atribuição de significado resultará a realização do direito, a finalização do processo de construção da norma jurídica.

No processo de realização do direito, no percurso gerativo do sentido, o ponto de partida é o texto normativo e seu aspecto gramatical, sendo esse “somente um estágio da interpretação, nunca seu momento final. Por isso mesmo esse exame da semântica dos dispositivos legais carecerá sempre, pelo menos, do auxílio de outras formas de interpretação judicial” (SCHMITZ, 2005, p. 94). Analisamos as palavras, seus significados na linguagem corrente e o modo como elas se relacionam no enunciado, conforme sublinha Ferraz Junior:

A letra da norma, assim, é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica. Como interpretar juridicamente é construir uma paráfrase, a interpretação gramatical obriga o jurista a tomar consciência da letra da lei e estar atento às equívocas proporcionadas pelo uso das línguas naturais e suas imperfeitas regras de conexão léxica (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 253).

O texto normativo legal deve ser encarado não como fonte exclusiva do direito, e sim como uma das matérias-primas de que dispõe o jurista, ao lado da doutrina, da jurisprudência e dos costumes, por exemplo, para que possa realizar o direito. Todavia, em um sistema jurídico positivo, em que se busca conferir às relações sociais maior segurança jurídica possível, os textos normativos legais, de caráter geral e abstrato, e fruto da atividade legislativa desenvolvida pelos “legítimos representantes do povo”, sobressaem como ponto de partida da interpretação jurídica.

Ao iniciar a interpretação do texto normativo para que possa afastar a indeterminação do conceito jurídico atrelado a determinado termo, o jurista já possui em sua mente uma pré-compreensão dos possíveis sentidos que podem ser relacionados ao termo e daqueles que podem ligar-se aos demais termos conectados ao seu no contexto

linguístico do texto. “Esta pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à linguagem em que se fala dela” (KARL LARENZ, 1989, p. 244, apud GOUVEIA, 2000, p. 140).

A pré-compreensão está atrelada ao reconhecimento do ser humano como um sujeito histórico, inserido em uma tradição linguística e cultural, e que traz consigo suas próprias experiências e vivências de mundo (BITAR, 2002, p. 184-185; MELLO, 2004, p. 97-99; PAZÓ, 2004, p. 127-133; STRECK, 2014, p. 308-309), projetando-as no objeto cognoscível e no ato de interpretar (GADAMER, 1997, p. 402). Ela importa reconhecer e valorar toda a formação jurídica e pessoal de quem interpreta o texto normativo, segundo acentua Gouveia:

Mas tal pré-compreensão é um processo que traz para o discurso jurídico, de forma clara e inequívoca, a importância de toda a formação do decisor, considerando todos os conhecimentos adquiridos desde a mais tenra idade, todo o processo de aprendizagem, experiências profissionais e não-profissionais, dores, alegrias, emoções sentimentos. É o direito admitindo de forma clara e insofismável a entrada de elementos que não são obtidos diretamente da leitura do ordenamento jurídico. (GOUVEIA, 2000, p. 141)

Conforme já referido anteriormente, Karl Larenz (1997, p. 282-283) afirma que a compreensão das expressões contidas nos textos normativos pode ocorrer de modo imediato e irreflexivo, quando o sentido é compreendido pelo intérprete como algo não problemático, tendo em vista a crença de que há somente um possível sentido para aquele termo quando presente no contexto em que foi utilizado. Ou pode ser que se pense haver mais de um sentido possível, tornando-se problemática a questão da significação, pelo que deve ser realizada uma ação interpretativa para poder solucionar o problema das múltiplas significações.

Sobre a compreensão do sentido, apenas uma observação há de ser feita: problemática ou não a questão do sentido, toda compreensão é em si já uma interpretação (PAZÓ, 2004, p. 114; STRECK, 2014, p. 304). Karl Larenz reconhece que seria “um erro aceitar-se que os textos jurídicos só carecem de interpretação quanto surgem particularmente ‘obscuros’, ‘pouco claros’ ou ‘contraditórios’; pelo contrário, em princípio todos os textos jurídicos são susceptíveis e carecem de interpretação” (LARENZ, 1997, p. 283-284).

A interpretação envolve todo um conjunto de expectativas que os intérpretes têm sobre o objeto interpretado. São expectativas de sentido, “frente a um texto, todos nos encontramos em uma determinada expectativa de sentido imediata” (STRECK, 2014, p.

207). Esperamos que possamos reconhecer o sentido de um texto e que esse sentido seja conforme aquele que projetamos (GADAMER, 1997, p. 403). Não sendo possível, seja porque o sentido não nos aparece explicitamente de fácil compreensão, ou porque vai de encontro ao que esperávamos, nos é mostrada toda a riqueza de significação que a linguagem nos fornece:

Em geral tem-se de dizer que é somente a experiência do choque com um texto – seja porque ele não oferece nenhum sentido, seja porque seu sentido não concorda com nossas expectativas – o que nos faz parar e perceber um possível ser-diverso do uso da linguagem. (GADAMER, 1997, p. 403).

Segundo Gadamer (1997, p. 402), essa projeção inicial do sentido expande-se por todo o texto. Ao tomarmos como certo um sentido no ponto inicial da interpretação, imaginamos que ele se manterá até o final do processo. Contudo, ao irmos desenvolvendo o processo interpretativo, nós revisamos e reelaboramos essa projeção constantemente. Ela é o ponto de partida, mas nem sempre coincidirá com o de chegada:

Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete perlineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifeste porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido (GADAMER, 1997, p. 402)

Essa projeção do sentido pré-concebido, em termos de linguística, nos é fornecida em um primeiro momento pela significação de base do signo linguístico ou dos signos que formam o termo, mas não só. Tomado o sentido do termo em seu contexto de significação, chegamos a uma concretização do conceito. A indeterminação, naquela situação, se esvai. Em uma futura interpretação do mesmo termo, já teremos adicionado ao pré-conceito que ele nos remete o conceito anteriormente concretizado. “No Direito ninguém dá a última palavra (interpretação): o fim sempre constitui um novo e eterno começo” (PASQUALINI, 1999, p. 24).

Podemos dizer que há um refinamento sucessivo da compreensão, como assevera Cleyson de Moraes Mello:

Não resta dúvida que o intérprete traz consigo opiniões prévias de sentido sobre algo e a verdadeira compreensão da coisa somente é

alcançada a partir de refinamentos sucessivos onde o intérprete vai corrigindo suas opiniões prévias visando uma unicidade de sentido do todo (MELLO, 2004, p. 98).

Conforme preleciona Eduardo Bitar (2002, p. 184), essa circularidade em que partimos de noções pré-concebidas, passamos por um percurso gerativo do sentido e adicionamos o resultado, o conceito concretizado, àquele conjunto de pré-conceitos que tínhamos anteriormente, constitui um círculo hermenêutico:

Está formado, a partir desta ideia, o círculo hermenêutico, pois, se conheço as coisas a partir de “pré-conceitos”, estes passam a se incorporar às coisas de modo que quando conheço essas coisas conheço também “pré-conceitos”; à ciência é dado o dever de desvendar estes “pré-conceitos” que se arraigam às coisas (BITAR, 2002, p. 184).

Como exemplo podemos citar a questão da “relevância” e da “urgência” necessárias para a edição de uma medida provisória pelo Presidente da República. Nas situações em que se considera a existência da relevância e da urgência para que uma medida provisória seja editada, o significado contextual de cada um desses termos será adicionado ao conjunto de pré-conceitos a ser considerado em situações futuras, dentro da zona de certeza positiva, assim como figurarão na zona de certeza negativa aquelas situações que foram consideradas irrelevantes ou não urgentes.

Eduardo Bitar (2002, p. 188), citando Gadamer, afirma que para este o ser humano se relaciona com o mundo através de evidências que assimila. A relação é parcial, não completa, tendo em vista a limitação do ser humano em decorrência da sua finitude, historicidade e circunstancialidade, o que implica diretamente na impossibilidade de conferir neutralidade ao ato de interpretar:

Esta postura de Gadamer, que coloca claramente o conhecimento como algo condicionado às ideias de “pré-conceito” e de experiência, atenta contra o postulado maior das ciências desde o positivismo científico e filosófico do século XIX: a neutralidade do método (BITAR, 2002, p. 185).

Pela noção de “pré-compreensão” é valorizada a perspectiva histórica do ser humano. Um ser que existe no mundo, é herdeiro de sua tradição linguística e que tem suas próprias experiências, as quais são fatores de influência na atividade interpretativa:

Pode-se desde logo dizer que a experiência de mundo, a vivências das coisas, a existência histórica não estão excluídas do sistema de produção do conhecimento. Portanto, toda vez que me aproximo de um objeto, não o conheço, simplesmente, mas já o interpreto. Quando o faço, em verdade, dele permito aproximar-se um conjunto de outras preocupações ligadas à minha experiência de mundo. É exatamente este importe fenomenológico que será o fundamento para a construção de um conceito de experiência hermenêutica (*hermeneutisch erfahrung*) (BITAR, 2002, p. 183).

O resultado da atividade interpretativa, a conclusão a que chegamos, não pode ser tida como decorrente de um processo lógico de descobrimento ou clareamento do sentido (LARENZ, 1997, p. 283), mas antes como uma escolha do intérprete dentre os sentidos que lhes se apresentaram possíveis, conforme sublinha Karl Larenz:

O intérprete tem presente os diferentes significados possíveis de um termo ou de uma sequência de palavras e pergunta-se sobre qual é aqui o significado 'correcto'. Para tal, interroga o contexto textual e o seu próprio conhecimento do objeto de que no texto se trata, examina a situação que deu origem ao texto ou ao seu discurso, assim como outras circunstâncias 'hermeneuticamente relevantes', que possam ser consideradas como indícios relevantes ao significado procurado. A conclusão a que chega não é uma conclusão logicamente vinculante, mas uma opção, devidamente fundamentada, entre diferentes possibilidades de interpretação. 'Interpretar' um texto quer dizer, portanto, decidir-se por uma entre muitas possíveis interpretações, com base em considerações que fazem aparecer tal interpretação como a 'correcta'. (LARENZ, 1997, p. 283).

No mesmo sentido, confira-se as palavras de Cristina Grobério Pazó acerca do entendimento esposado por Hans-Georg Gadamer em Verdade e Método:

Gadamer identifica que não existe uma interpretação correta em si, pois a vida histórica da tradição gera interpretações sempre diferentes, e afirma que toda interpretação está obrigada a entrar nos eixos da situação hermenêutica do intérprete (PAZÓ, 2004, p. 112).

Ao lado das noções de pré-compreensão e círculo hermenêutico, Gouveia destaca que a sinépica é um importante instrumento de realização do direito. O autor explica que a sinépica é a análise das implicações que determinada decisão poderá acarretar na sociedade, de modo que "uma determinada solução do caso concreto poderá

assim ser afastada diante da constatação evidente de que contraria o sistema pelas conseqüências nefastas que poderá acarretar” (GOUVEIA, 2000, p. 142-143)

Gouveia (2000, p. 159-163) cita o caso em que os Tribunais brasileiros passaram a afastar a presunção de violência prevista no tipo penal do estupro, quando a vítima tem idade não superior a quatorze anos, em duas hipóteses: quando não é possível prever a idade da menor e/ou quando esta trabalha em casa de prostituição. Esse afastamento da presunção de violência leva em consideração a interpretação do termo “vulnerável” ou “vulnerabilidade”. O autor faz a seguinte indagação:

Como condenar por um crime hediondo, como o estupro, todo aquele indivíduo que freqüentou a casa de prostituição e manteve relações sexuais com aquela prostituta menor de 14 anos? Não poderiam os tribunais e seus componentes, em paz com suas consciências, fazê-lo. Mesmo considerando-se um absurdo a prostituição e ainda mais a de uma menor de 14 anos, o fato existe e não pode ser punido como os demais casos comuns. E alguns tribunais conseguiram, dentro do próprio sistema, utilizando-se da sinépica, ou de uma interpretação teleológica-axiológica notável, solucionar o problema e evitar uma insuperável injustiça. (GOUVEIA, 2000, p. 161-162).

Apesar de a hermenêutica jurídica clássica disponibilizar diversos “métodos de interpretação” (gramatical, histórico, teleológico, por exemplo) para serem usados no percurso gerativo do sentido, a interpretação jurídica não pode ser enclausurada em padrões objetivistas, posto que fatores diversos influem na compreensão e atribuição dos sentidos.

Para Hans Kelsen (apud GOUVEIA, 2002, p. 49-52), a atividade interpretativa é indispensável quando da aplicação do direito, “por mais inequívoco que seja o significado da norma”, não sendo possível falar em uma única interpretação correta do texto normativo, mas em interpretações que estariam à disposição do julgador para que, utilizando-se de alguma delas, crie a norma individual a incidir no caso a partir da moldura normativa que dispõe.

Os métodos da hermenêutica clássica, ainda que não reflitam o processo de compreensão e atribuição do sentido, ao menos servem-nos como forma de argumentar e fundamentar as decisões judiciais, conforme explanaremos logo mais.

Relembrando o que foi dito no capítulo anterior, há nos discursos, incluindo aqui o discurso jurídico determinante do sentido atrelado a termos cujos conceitos são

indeterminados, uma forte presença de fatores ideológicos a influir em sua construção (WARAT, 1995, p. 46; BARROS, 2000, p. 53). A linguagem é usada persuasivamente para que possa conquistar a aderência daqueles a quem o discurso é dirigido.

Ainda que seja recorrente a tentativa de determinar uma hierarquia entre os métodos interpretativos, conforme veremos, aqueles que tentaram fixa-la têm falhado até hoje, sendo reconhecido que os métodos interpretativos são “ferramentas do decisor que determinariam a área de soluções justificáveis, evitando-se soluções estranhas ao sistema jurídico”, apesar da impossibilidade de construção de uma fórmula universal de interpretação que sirva a todo e qualquer caso (GOUVEIA, 2000, p. 131-136).

A questão da indeterminação dos conceitos jurídicos, atrelada à atividade criativa dos juízes e à impossibilidade de fixação de uma hierarquia e um critério universal de aplicação dos métodos interpretativos leva-nos ao problema da insegurança jurídica e da fundamentação das decisões judiciais.

3.2 Realização do Direito e Segurança Jurídica

Há situações da vida e relações sociais que reclamam maior segurança jurídica para que se desenvolvam plenamente. A fixação dos significados de antemão, a utilização de termos mais precisos, às vezes com os significados delineados no próprio texto normativo, se torna imperiosa. Diversos subsistemas jurídicos, como o do Direito de Empresa, o Financeiro, o Tributário e o Marítimo, por exemplo, são campos mais propensos para a inserção de termos dotados de maior certeza e precisão conceitual. São áreas do Direito mais ligadas ao aspecto financeiro da vida e que interferem diretamente nos investimentos que podem ser realizados na economia de um Estado, reclamando segurança jurídica redobrada.

Quando tratamos das normas penais incriminadoras não é diferente, uma vez que refletem em um dos direitos subjetivos mais valiosos do ser humano, sua liberdade, disciplinando o agir social ao definir quais condutas devem ser penalmente reprimidas para propiciar um sadio convívio em sociedade. O sentido do texto normativo deve ser o mais preciso possível.

Contudo, ainda no campo do direito penal, encontraremos casos em que o direito-dever do Estado de punir quem praticou a conduta tida como delituosa vai de encontro à proteção dada a direitos outros, sejam eles de quem cometeu o fato ou de outrem, a exemplo da legítima defesa e da legítima defesa de terceiro. Podemos falar assim nas excludentes de ilicitude, como as anteriormente citadas, e nas excludentes de culpabilidade. Em casos tais, diversamente dos textos normativos que veiculam normas penais incriminadoras, o uso de termos conceitualmente abertos possibilita uma análise maior das hipóteses de aplicação das excludentes, permitindo sua extensão a casos que o

legislador poderia não prever se usasse regras rígidas, baseadas em uma linguagem artificial.

Não só perante as excludentes ocorre a criação do direito pelos juízes no âmbito do direito criminal. Lúcio Grassi de Gouveia cita que acerca do termo “motivo fútil” existe ampla margem de trabalho para que os magistrados determinem o alcance da norma penal incriminadora, ainda que a legalidade estrita seja marca deste tipo normativo (GOUVEIA, 2000, p. 151-152).

Conforme assevera Paulo Nader (2012, p. 119), o conceito de segurança jurídica é por muitos concebido como equivalente à certeza do direito consubstanciada no respeito à literalidade do texto normativo legal, herança herdada das primeiras escolas positivistas com o apego à codificação.

Em geral, à ideia de segurança jurídica vem atrelada uma concepção rígida de separação dos poderes, segundo a qual apenas ao Legislativo caberia a atividade criativa do direito, ficando resguardado ao Judiciário a mera aplicação das normas editadas pelos “legítimos representantes do povo”, não sendo lícito inovar na ordem jurídica (CARVALHO, s. d., p. 101)

Embora se possa afirmar que a doutrina da separação dos poderes remete à Antiguidade Clássica (século VIII a.C – século V d.C.), a atual e mais difundida versão da teoria é atribuída a Montesquieu (NOJIRI, 2005, p. 125-127). Foi o referido pensador o responsável por difundir a noção de que ao juiz caberia apenas ser “a boca que pronuncia a lei”, um mero autômato responsável por aplicar o direito posto pelo legislador.

A par disso, é preciso reconhecer que o contexto histórico em que forjada a teoria estava inserido no período de uma França pré-revolucionária, donde a classe dos juízes estava intimamente ligada à Monarquia do Antigo Regime, quase que inexistindo limites e controle sobre a atividade exercida pelos magistrados:

A ruptura institucional da revolução gerou uma desconfiança profunda do Poder Legislativo – agora e pela primeira vez detentor de força sobre as decisões do Estado – em relação ao Judiciário. A magistratura da época era vista como “nobreza de toga”, além de ser reconhecida por vender decisões e funções públicas em troca de favorecimentos reais. Como consequência disso, houve um choque entre a forte ideologia liberal da revolução e uma magistratura umbilicalmente ligada ao *Ancien Régime*, enquanto os juízes tendiam sempre a apoiar a aristocracia, os burgueses tomavam o poder de forma rápida e crescente (SCHMITZ, 2015, p. 54).

Teresa Arruda Alvim Wambier (apud NOJIRI, 2005, p. 135-136), vê na doutrina da separação dos poderes difundida na França Revolucionária e sustentada ainda nos dias atuais uma nítida presença ideológica de dominação:

Como se afirmou, todavia, a vinculação do juiz à lei se tem dado, em diversos momentos históricos, de modo diferente. As decisões já não mais podem ser consideradas como resultado imediato e automático da aplicação do texto legal. A idéia de que a sentença judicial surge claramente e sem vacilação da norma codificada se pode dizer que hoje estaria absolutamente superada. Assim, a idéia de que a sentença decorreria automaticamente da lei foi substituída por outra idéia, a de que o juiz exerce função, até certo ponto e em certa medida, *criativa* em relação à lei. Esta substituição de idéias, na verdade, consistiu no abandono de uma visão simplista do fenômeno decisório judicial para uma visão realista, e a relação entre sentença e o texto da lei, não sendo tão óbvia quanto antigamente, tem gerado polêmicas e profundas discordâncias em todo o mundo ocidental. Em realidade, quando nos referimos a visão simplista, não queremos significar ingênua, porque a adscrição do juiz à letra da lei correspondia a propósitos lucidamente imaginados e realizados, pela revolução burguesa, com vistas a alcançar o objetivo de dominar os parlamentares, e, a partir daí – mercê do instrumento lei – dominar a todos da sociedade. Os juízes, neste contexto, não eram senão a boca da lei. Restavam rigidamente submetidos à lei, e, esta, a seu turno, representavam a vontade da burguesia. (WAMBIER apud NOJIRI, 2005, p. 135-136).

É da tradição herdada dos opositores ao Antigo Regime, com medo do arbítrio que poderia ser exercido pelos juízes caso lhes fossem concedidos “poderes indesejados” (NOJIRI, p. 135) que se sustenta a ideia de um magistrado cuja tarefa primordial é a mecânica aplicação da letra da lei, negando-lhe participação no processo criativo do direito.

Soma-se a tudo isso, como bem acentua Sergio Nojiri (2005, p. 130-132), o pensamento de que a lei, resultante da atividade legislativa levada a cabo pelos “legítimos representantes do povo”, seria a expressão da “vontade geral”.

Ao comentar sobre a crescente atuação do Judiciário em matéria de políticas públicas, Carvalho (s. d., p. 44-46) avalia que se atribui legitimidade às decisões tomadas pelo Legislativo, e também às tomadas pelo Executivo, em decorrência de um suposto controle da atuação de seus membros através do voto popular. Contudo, ainda segundo Carvalho, esse argumento cai por terra a partir do momento no qual se verifica que, a

despeito da escancarada mistura efetivada entre a esfera pública e a privada, e do constante envolvimento de seus membros em escândalos que chegam ao conhecimento do povo através dos meios de comunicação em massa, ainda são os mesmos sujeitos de uma seleta casta a ocupar grande parte do espaço político nacional, sobrevivendo ano após ano ao alarmado “controle popular através do voto”.

Todavia, ainda que pela clássica teoria da separação das funções fosse defendida a mínima atuação do judiciário, foi a partir dela que se desenvolveu a ideia de que as funções estatais deveriam servir como parte de um sistema de freios e contrapesos, de forma a “estabelecer um mecanismo de equilíbrio e recíproco controle entre os poderes” (NOJIRI, 2005, p. 127-128).

Como já afirmado anteriormente, ao perquirir quais os motivos levaram o legislador a editar enunciados normativos com emprego de termos que encerram conceitos jurídico indeterminados, a resposta obtida foi a de que essa foi uma opção deliberada dos legisladores, que desejaram conferir ao ato de aplicação do direito maior carga criativa deste, possibilitando que peculiaridades do caso concreto sejam mais fortemente levadas em consideração para que se atribua significado ao texto normativo, isto é, para que o direito seja realizado.

Assim, o uso de termos cujos conceitos são indeterminados permite dar ao sistema jurídico a maleabilidade necessária para que possa acompanhar de perto as modificações sociais, sem que com isso seja necessária uma constante modificação do texto das leis, uma vez que quando da tomada de decisão em um caso concreto, o direito aplicado ou realizado será o direito conforme a sociedade atual, não um direito imutável que remonte à sociedade em que fora editado o enunciado normativo.

Em conclusão, a ideia de que apenas o Legislativo teria legitimidade para atuar no processo de criação do direito por ser composto por membros eleitos através do voto popular, suposto meio de controle da atividade realizada nas Casas Legislativas, não pode mais ser sustentada na atualidade. A questão da segurança jurídica e da legitimidade das decisões tomadas no âmbito do Judiciário deve ser entendida sob o enfoque da fundamentação das decisões e do respeito aos precedentes judiciais.

3.3 Fundamentação das Decisões Judiciais

Chaim Perelman (1998, p. 96-98) cita uma situação bastante curiosa que ocorria no Tribunal de Primeira Instância de Château-Thierry entre os anos de 1889 e 1904. Baseado nos escritos de François Génys, constantes da segunda edição de *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, que denunciou as atitudes do presidente daquele Tribunal de Primeira Instância, Perelman narra a história do juiz

Magnaud. Em suas palavras, este magistrado acreditava ser a encarnação do Direito, uma vez que seus julgamentos eram fundamentados em normas erigidas de seus juízos de valores mais íntimos, sendo o Direito somente aquilo que o juiz achava que era.

A passagem a seguir transcrita da obra de Perelman traduz muito bem a problemática de se conferir amplos poderes de criação do direito a pessoas que inescrupulosamente abusam deles:

O presidente Magnaud queria ser “o bom juiz, clemente para com os miseráveis, severo para com os privilegiados”. Não se preocupava com a lei nem com a doutrina, nem sequer com a jurisprudência, comportava-se como se fosse a encarnação do direito: “É a apreciação subjetiva”, escreve Gény, “que domina e anima, ao mesmo tempo, todo o processo de julgamento do presidente Magnaud. Ele pretende ver, por si mesmo e à primeira vista, o motivo da decisão. E, se recorre à lei, é para apreciar-lhe o valor segundo seu juízo pessoal. Assim, critica do alto e sem medir palavras a jurisprudência estabelecida que não corresponderia a suas opiniões pessoais. Entretanto, mais grave ainda, essa apreciação subjetiva consiste apenas em considerações vagas, mais aptas a tocar o sentimento do que a firmar a razão, e que é, de qualquer modo, impossível de condensar, quer em princípios firmes, quer em meios práticos, constitutivos, em seu conjunto, de um sistema bem articulado” (PERELMAN, 1998, p. 97-98).

Como bem afirma Carlos Maximiliano (2003, p. 68-69), após dedicar algumas palavras ao que ele chamou fenômeno Magnaud, “quando o magistrado se deixa guiar pelo sentimento, a lide degenera em loteria, ninguém sabe como cumprir a lei a coberto de condenações forenses”.

É grande a problemática envolvida no modo de agir do citado magistrado, pois a incerteza do direito imposta às pessoas em geral a partir de seus julgados acaba por limitar o desenvolvimento de diversas relações jurídicas. Os sujeitos ficam cada vez mais acuados em suas ações, sem saber se elas, na concepção de quem poderia futuramente julgar um litígio que as envolvam, seriam juridicamente aceitas ou não.

Todos os dias os seres humanos sujeitam-se a diversas relações jurídicas. Participar de relações jurídicas é algo imanente à vida em sociedade, mas a partir do momento em que damos aos juízes amplos poderes de criação do direito sem que com isso haja o devido controle sobre as decisões, viver nessa sociedade se torna algo perigoso, comparado a um jogo de “roleta russa”, ou loteria da morte, na qual o sujeito realiza suas ações sem saber exatamente o que lhe espera.

Porém, é necessário reconhecer que discricionariedade não significa arbítrio. A textura aberta do direito, que confere discricionariedade ao reconhecer que o enunciado normativo é construído a partir da linguagem natural e que a impossibilidade de o legislador prever todas as situações da vida leva-o a adotar termos que nos remetem a conceitos indeterminados, não pode ser vista como algo a ser combatido. A textura aberta da linguagem (e) do Direito deve ser compreendida para que possa ser bem trabalhada.

Discricionariedade, nos termos aqui trabalhados, significa escolha, mas é uma escolha juridicamente guiada. Uma escolha entre diversas possibilidades significativas, uma escolha sobre qual caminho seguir no percurso gerativo do sentido. Não se trata de uma escolha realizada arbitrariamente pelo intérprete. O poder criativo do juiz não é ilimitado, consoante afirma Antonio Cappi e Carlo Crispim Baiocchi Cappi:

As excentricidades dos Juízes se equilibram. Um juiz considera os problemas do ponto de vista da história, outro da filosofia, outro da utilidade social; um é formalista, outro demasiado liberal; um tem medo de mudança, outro está descontente com o presente; apesar do atrito dos diversos espíritos, atinge-se um grau de constância e de uniformidade (...) o juiz, mesmo quando livre, não o é totalmente. Ele não pode inovar a seu bel-prazer. Não é um cavaleiro-errante, vagando à vontade em busca de seu próprio ideal de beleza ou de bondade (...) não deve ceder ao sentimento espasmódico, à benevolência indefinida e desgovernada (CARDOZO, 1978, p. 128-157, apud CAPPI et al, 2004, p. 548-549).

É o próprio sistema jurídico que limita o poder criativo dos juízes. Entendido o sistema jurídico como um sistema autopoietico (GUERA FILHO, 1997, p. 66), as decisões judiciais não de se adequar às regras do sistema para que sejam válidas, para que tenham normatividade. O sistema jurídico, segundo a teoria dos sistemas autopoieticos, é um sistema operativamente fechado, o que significa que ele trabalha a partir de suas próprias regras:

O sistema jurídico, enquanto autopoietico, é fechado, logo, demarca seu próprio limite, auto-referencialmente, na complexidade própria do meio ambiente, mostrando o que dele faz parte, seus elementos, que ele e só ele, enquanto autônomo, produz, ao conferir-lhes qualidade normativa (=validade), e significado jurídico às comunicações que nele, pela relação entre esses elementos, acontecem (GUERRA FILHO, 1997, p. 66).

Entretanto, isso não significa que o sistema jurídico exista em isolamento quanto ao ambiente circundante (sistema social em sentido amplo) e aos demais subsistemas parciais da sociedade, como o político e o econômico. O fechamento operacional importa reconhecer que somente o sistema jurídico e nenhum outro sistema poderá determinar o que entra e o que fica de fora dele, o que faz separando o relevante do irrelevante para o mundo jurídico, através do código binário lícito e ilícito:

Desempenhando a função de reduzir complexidade em um mundo que atesta as limitações dos instrumentos jurídicos utilizados pelo Estado social, o direito realiza a estabilização das possibilidades por ele próprio admitidas de acordo com a atuação de seu código binário (lícito/ilícito). (GUERRA FILHO, 1997, p. 120).

Um importante instrumento de combate ao arbítrio de alguns magistrados é o dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto em nossa Constituição Federal no art. 93, inciso IX.

Em nosso país, o dever de fundamentação das decisões judiciais não é algo que surgiu a partir da Constituinte de 1988. As preocupações com o porquê das decisões tomadas no âmbito do Judiciário remontam, na história recente do Brasil, à Decisão nº 78 de março de 1824, *in verbis*:

N. 78. – JUSTIÇA. – EM 31 DE MARÇO DE 1824

Determina que os Juizes fundamentem as sentenças que proferirem.

Desejando S. M. o Imperador que os subditos deste Imperio comecem desde já a gozar de todas as vantagens promettidas na sabia Constituição, ha pouco jurada, e sendo uma das principaes a extirpação dos abusos inveterados no fòro, cuja marcha deve ser precisa, clara, e palpavel a todos os litigantes: Manda o mesmo A. S., pela Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça, que os Juizes de mór alçada, de qualquer qualidade, natureza, e graduação, declarem nas sentenças, que proferirem, circunstanciada e especificadamente, es razões, e fundamentos das mesmas, e ainda nos agravos chamados de petição, não só por ser isto expressamente determinado no § 7º da Ord. do Li v. 3º, Tit. 66, como por ser conforme ao liberal systema ora abraçado ; afim de conhecerem as partes as razões, em que fundaram os julgadores as suas decisões ; alcançando por este modo ou o seu socego, ou novas bases para

ulteriores recursos, a que se acreditarem com direito. E assim o Manda, pela referida Secretaria de Estado, participar no Conde Regedor da Casa da Supplicação, ou quem seu cargo servir, para que expeça a este respeito as convenientes ordens.

Palacio do Rio de Janeiro em 31 de Março de 1824.- Clemente Ferreira França. (BRASIL, 1886, pág. 57).

A Decisão Nº 78 da Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça do Império Brasileiro parece captar bem a finalidade almejada ao estabelecer o dever de fundamentação das decisões judiciais: a) coibir abusos decisórios, como o que ocorria no caso do juiz Magnaud na França; e b) garantir às partes a possibilidade de conhecerem os motivos que levaram à decisão tomada pelo magistrado, podendo escolher conformar-se com eles ou utilizá-los como base para a interposição de recursos, mostrando o que entende equivocado e como deveria ter sido decidido.

No Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), há dispositivo específico tratando da fundamentação quando utilizado algum termo cujo conceito jurídico é indeterminado. Diz o inciso II do parágrafo único do art. 489 que não se considera fundamentada a decisão judicial que “empregar conceito jurídico indeterminado, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”

Leonard Ziesemer Schmitz sublinha que o dever de fundamentação das decisões judiciais é uma forma de o Judiciário prestar contas à sociedade acerca de sua atividade. Esse prestar contas é direcionado a toda a sociedade, a todos aqueles que desejem tomar conhecimento das motivações que levam os juízes a decidir os casos concretos como decidem, e não apenas às partes envolvidas no litígio submetido à apreciação do Estado-juiz:

É a isso que comumente se refere a doutrina como um possível *controle externo* da motivação das decisões judiciais. Fala-se da possibilidade de verificação do conteúdo da decisão não apenas pelas partes vencedora e sucumbente, mas por quem quer que seja (SCHMITZ, 2015, p. 212).

Se a legitimidade das decisões tomadas no âmbito do Legislativo pode ser justificada pelo controle popular exercido mediante o voto, é a fundamentação que conferirá legitimidade às decisões judiciais:

Neste ponto, é preciso superar definitivamente a ideia de que uma decisão legítima seria aquela proferida por um intérprete autêntico –

assim compreendido aquele investido de jurisdição. A legitimidade dá-se pela fundamentação, e não pela imposição de vontade (SCHMITZ, 2015, p. 213).

Ainda que a prestação de contas, o dever de fundamentar, seja direcionada a todos, isso não significa que qualquer pessoa poderia intervir no processo para recorrer das decisões que reputar incorretas. Neste sentido, a lição de Schmitz:

O prestar de contas não significa necessariamente que alguém, alheio a uma lide individual, vá exercer alguma espécie de correção da decisão; a ideia de controle externo é uma construção decorrente das exigências constitucionais feitas ao Judiciário. Em outras palavras, o controle da fundamentação pela sociedade, embora seja uma ficção, é uma ficção da qual depende a legitimidade das decisões jurisdicionais (SCHMITZ, 2015, p. 214).

Conquanto não exista uma forma correta de fundamentar, entendemos que os “métodos de interpretação” que a doutrina nos fornece são ferramentas úteis à disposição intérprete para que possa, de forma argumentativa, defender a conclusão a que chegou.

3.4 Argumentando através dos “Métodos de Interpretação”

Entendemos, assim como Michel Troper (2005, p. 130), que os “métodos de interpretação” que a hermenêutica jurídica clássica nos fornece não podem ser tidos como fórmulas ou meios pelos quais podemos chegar à única resposta certa em termos interpretativos.

Os métodos ou cânones de interpretação, conforme a hermenêutica jurídica clássica ensina, são diretrizes interpretativas (SCHMITZ, 2015, p. 90). Ferraz Junior (2008, p. 252) diz que “os chamados métodos de interpretação são, na verdade, regras técnicas que visam à obtenção de um resultado. Com elas procuram-se orientações para os problemas da decidibilidade dos conflitos”.

Trataremos os consagrados “métodos de interpretação” como métodos argumentativos, modificando a nomenclatura clássica a eles conferida. Mas qual diferença isso resultará? A diferença mais sensível, à primeira vista, é que podemos deixar de fazer uma crítica que não aponta soluções e apenas condena o que já está posto, isto é, a utilização dos métodos como uma forma de argumentação, e passamos a reconhecer essa possibilidade para melhor trabalharmos com ela.

A utilização dos métodos é antes de mais nada um justificar. Justificar o que nos levou a determinada conclusão acerca de qual é a norma a incidir no caso concreto. É o justificar do raciocínio que o intérprete desenvolveu em sua atividade, qual o caminho

percorrido para a atribuição de sentido ao texto normativo e aos termos que encerram conceitos jurídicos indeterminados.

Podemos argumentar a favor de uma significação atribuída ao texto normativo indo buscar em documentos históricos quais as discussões travadas na casa legislativa acerca de determinado projeto de lei que resultou na promulgação daquela lei interpretada; ou analisar a forma como os elementos textuais, os signos linguísticos, são dispostos no enunciado normativo, a conexão que os signos e os enunciados estabelecem entre si, tomando o ordenamento jurídico como um todo sistemático onde as normas devem ser harmonicamente relacionadas.

Lenio Luiz Streck (2004, p. 37-38) ensina que não é possível falar na existência de um momento em que se decide e outro no qual busca-se a fundamentação. A fundamentação já existe e passou a existir em momento concomitante com a tomada de decisão, o fundamentar é explicar, explicitar a decisão e defende-la:

Com efeito, a partir de um olhar hermenêutico, é possível afirmar, entre outras coisas, que *o julgador não decide para depois buscar a fundamentação; ao contrário, ele só decide porque já encontrou o "fundamento"*. Na verdade, àquilo que chamam de "fundamento" nada mais é do que a explicitação de um *standart* (vetor) de racionalidade de segundo nível, de caráter argumentativo. Ora, pretender alçar a retórica e/ou a argumentação a um *status* de "condição de possibilidade" do "processo interpretativo" nada mais é do que uma derivação da (velha) dualidade metafísica que sustenta a busca da verdade a partir da revolução moderna do método, no momento em que o método passa a representar o modo de resolução do problema de conhecimento, *problemática que ex-surge com a passagem da filosofia como problema do conhecimento para uma metafísica do conhecimento* (STRECK, 2004, p. 37-38) (grifos no original).

Interpretar, como visto nas páginas anteriores, não é conhecer o sentido posto do texto normativo. Não conhecemos simplesmente um objeto, atribuímos-lhe um significado. O sentido do texto normativo não é apreendido, mas atribuído pelo intérprete, e interpretar é significar, seguir no percurso gerativo do sentido e realizar o direito (BITAR, 2002, p. 183). Houvesse um sentido fixo inerente ao texto, seria desnecessário interpretá-lo.

Se tomarmos a interpretação como atribuição de sentido, os "métodos interpretativos" nada mais são que uma forma de argumentar acerca do percurso gerativo

do sentido que seguimos, e ainda que todos os pormenores não sejam explicitados na fundamentação da decisão, ainda que diversos fatores subjetivos possam ser encobertos sob a capa da objetividade conferida pela argumentação jurídica, é essa argumentação e fundamentação que nos dará um mínimo de segurança. Uma segurança no sentido de que não devemos concordar ou discordar de aspectos subjetivos não explicitados, mas do que foi posto na sentença como fundamento. Analisamos a fundamentação para que com ela concordemos ou dela discordemos, e eventual recurso contra a decisão será pautado não nos fatores subjetivos não explicitados do decisor, mas sim no que podemos depreender da análise da fundamentação da decisão.

Ao expor qual método argumentativo pode ser utilizado para justificar o sentido atribuído ao texto normativo não estamos demonstrando como se pode chegar ao “correto” sentido do texto, mas argumentando como chegamos àquele sentido e não a outro. Estamos justificando a interpretação que adotamos. Não há uma interpretação verdadeira ou uma melhor interpretação, mas possibilidades interpretativas que possam parecer-nos mais ou menos adequadas (TROPER, 2005, p.130).

Michel Troper (2005, p. 130) fala da existência de quatro “métodos interpretativos”, que, como já sublinhado, serão denominados métodos argumentativos, são eles: semiótico, sistemático, funcional e genético.

O método semiótico de argumentação relaciona-se à linguagem empregada na construção dos textos normativos e à significação que as palavras presentes nestes assumem tanto na linguagem ordinária quanto em outra linguagem técnica porventura tomada de empréstimo pelo legislador (TROPER, 2005, p. 130).

O que Michel Troper denomina método semiótico, Ferraz Junior chama de método gramatical, e assinala:

Ao valer-se da língua natural, o legislador está sujeito a equívocos que, por não existirem nessas línguas regras de rigor (como na ciência), produzem perplexidades. Se a norma prescreve: “a investigação de um delito *que* ocorreu num país estrangeiro não deve levar-se em consideração pelo juiz brasileiro”, o pronome *que* não deixa claro se se reporta a *investigação* ou a *delito*. Outro exemplo: “o exame da mercadoria, quando *indispensável* para a confecção do produto, deverá ocorrer à vista do fornecedor”; como o adjetivo *indispensável* não flexiona, pode-se ficar na dúvida sobre se a condição de indispensabilidade refere-se a *exame* ou a *mercadoria* (FERRAZ JR. 2008, p. 253) (grifos no original).

Leonardo Zieseimer Schmitz faz a seguinte crítica à utilização do método gramatical:

Na realidade, crer que o exame das palavras (signos linguísticos) de um texto revelará de pronto o sentido aplicável do direito é uma consequência direta da ideia do Código Napoleônico de 1804, que no imaginário jurídico era perfeito e completo, quase sagrado. É uma nítida concepção de norma em abstrato, e em verdade não se trata sequer de interpretação, senão de mero exercício de semântica.

(...)

Interpretar “literalmente” um dispositivo é uma proposição tão vaga (já que nem mesmo a sintaxe e a gramática são unívocos campos do conhecimento) que desemboca na possibilidade de o método gramatical ser invocado quando o seu resultado for favorável àquilo que deseja o intérprete. É imprescindível concluir que a extração dos sentidos a nível sintático-semântico é uma atividade que merece ser superada (SCHMITZ, 2015, p. 91-92)

Todavia, reconhece Schmitz (2015, p. 92-93) a importância do método gramatical como ponto de partida para a realização do direito e sua utilidade como ferramenta para a delimitação do que está fora do âmbito normativo daquele enunciado ao fixar “os contornos externos do sentido de uma determinada proposição textual”. Através do método gramatical podemos, em parte, definir quais conceitos ficam dentro da zona de certeza negativa, isto é, que não podem se relacionar ao termo:

O que ocorre é que a “interpretação gramatical” serve, minimamente, para fixar os limites, os contornos externos do sentido de uma determinada proposição textual. Essa é a chamada função negativa das regras gramaticais, pois servem para excluir hipóteses, remetendo à moldura semântica do positivismo. Quer dizer, analisar qualquer regra de direito a partir da perspectiva gramatical auxilia, ao menos, na delimitação daquilo que *não* é possível concluir a partir da interpretação. Em outras palavras, a gramática não se contrapõe ao direito. Não existe uma “opção: gramática ou direito. A gramática é um veículo expressivo, geral do direito. O método gramatical, por consequência, existe sempre” (SCHMITZ, 2015, p. 92-93).

Tomando o ordenamento jurídico como um sistema harmônico, donde os textos normativos devem ser tidos como parte de um todo e não como individualidades,

chegamos à argumentação sistêmica ou sistemática, que “tem como objetivo esclarecer um fragmento do texto por outro ou mesmo por outro texto” (TROPER, 2005, p. 130). “A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 256). O sistema jurídico não é tido como um conjunto de enunciados soltos, mas como uma organização sistemática e harmônica de normas, ou de enunciados dotados de normatividade, se considerarmos que a norma está ainda por fazer quando da interpretação e aplicação a um caso, quando da realização do direito (GOUVEIA, 2000, p. 173).

A respeito da argumentação sistemática, destacamos a importante lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, para que se preserve a coerência do todo. Portanto, nunca devemos isolar o preceito nem em seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil etc.) e muito menos em sua concatenação imediata (nunca leia só um artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos). De modo geral, por exemplo, a questão de saber se uma lei pode, sem limitações, criar restrições à atividade comercial e industrial de empresas estrangeiras, leva o intérprete a buscar, no todo (sistemático) do ordenamento, uma noção padrão de empresa nacional e seu fundamento nas normas constitucionais. Assim, diante de uma lei que de fato estabelecesse tais restrições, é preciso saber se a Constituição, ao estabelecer a igualdade de todos perante a lei e discriminar, ela própria, alguns casos em que o princípio se vê excepcionado (por exemplo, a propriedade e administração de empresas de TV, rádio e jornalísticas é vedada a estrangeiros), cria algum princípio geral sobre as exceções autorizadas. Portanto, se se puder dizer que, quando a constituição excepciona a regra geral da igualdade, elege como qualidades da empresa a nacionalidade de proprietários e dirigentes, a nacionalidade do capital, a nacionalidade dos trabalhadores, a nacionalidade da orientação intelectual e tecnológica, a interpretação sistemática dirá que nenhuma lei (por pressuposto, subordinada à constituição) poderá criar uma *nova* qualidade (por exemplo, a nacionalidade da matéria-prima utilizada na produção) para restringir a atividade de empresas estrangeiras (FERRAZ JR., 2008, p. 257).

Seguindo pelo caminho da investigação da finalidade do texto normativo, o método empregado é o funcional ou teleológico. Segundo Troper (2005, p. 130), deve-se buscar qual a função que o legislador desejou alcançar com a edição daquele texto. O método teleológico, segundo Leonardo Ziesemer Schmitz (2015, p. 99), difere-se do exegético, posto que este se relaciona à “vontade do legislador” e aquele à “vontade da lei”. Entende-se que, após os trabalhos legislativos, o texto normativo assume uma identidade própria:

De certa maneira, essa ideia dá um passo à frente em relação à exegese: admite que a lei, consubstanciada em um texto, desvincula-se de quem a criou, e perde qualquer sentido dado originalmente com pretensão universalizante. No entanto, a teleologia recai em outro equívoco, igualmente ou ainda mais grave, pois acredita que o intérprete para chegar ao sentido da norma deveria transformar o texto normativo em um ente próprio, dotado de um único e pré-concebido sentido. A obra do legislador é substituída pela lei em si, ela mesma portadora de uma finalidade própria (SCHMITZ, 2015, p. 99).

A argumentação genética, por fim, nos dizeres de Michel Troper (2005, p. 130), “se funda num conhecimento da vontade real do autor do texto, tal como podemos reconstituí-la, como, por exemplo, por meio de trabalhos preparatórios”. Por interpretação genética devemos entender aquela que busca a gênese do texto. Se for um texto de lei, o intérprete analisará em documentos históricos quais foram as discussões travadas quando da apreciação do projeto de lei. A gênese do texto normativo legal é o projeto de lei e a “vontade real do autor do texto” é a externada quando da discussão deste projeto na casa legislativa.

A crítica, mais uma vez, parte de Leonardo Ziesemer Schmitz (2015, p. 94-96). Para o autor, a ficção da “vontade do legislador” é utilizada para encobrir a própria vontade de quem decide. Sob o manto da legitimidade democrática, uma vez que o legislador é visto como “tradutor cristalino da vontade democrática” do povo, recorre-se à ficção de que se está decidindo conforme quis o legislador:

No entanto, o procedimento lógico de busca por essa vontade é apenas uma tentativa de expor em termos racionais uma compreensão que, na consciência do intérprete, já ocorreu: a decisão já foi tomada, e a justificativa se escora na legitimidade democrática de que goza o Poder Legislativo. Em outras palavras, o argumento do método exegético é que não foi meramente o julgador que assim

entendeu; foram os parlamentares, esses sim detentores dos verdadeiros sentidos das normas jurídicas. Há aqui a ficção de se equiparar o legislador a um oráculo de sentidos (SCHMITZ, 2015, p. 94).

Questão recorrente, citada por Ferraz Junior (2008, p. 263), é que por vezes o intérprete percebe que não há como se dar por satisfeito após o uso de um dos “métodos de interpretação”, o que o leva a conjugar dois ou mais métodos para que possa realizar o direito como reputar adequado.

Sendo a interpretação uma atividade complexa que não se dá de forma objetiva, mas sim leva em consideração a condição histórica do hermeneuta, sua finitude, circunstancialidade, o fato de estar inserido em uma cultura linguística carregada de pré-compreensões, de expectativas de sentido etc., a busca por um “método interpretativo”, que na verdade é apenas argumentativo, posto que a interpretação já foi realizada, restando apenas explaná-la, redundante na utilização de diversos métodos para que se chegue ao resultado esperado.

Isso é possível porque nem sempre as respostas obtidas se mostram conclusivas, podendo gerar ainda mais dúvidas, além do que a escolha pelo uso de determinado método não importa taxar os demais como formas erradas de proceder à “autêntica interpretação” do texto normativo.

Inexiste interpretação certa ou errada, mas sim interpretação mais ou menos adequada sob a perspectiva de quem realiza a atividade interpretativa. Insistimos nisso: interpretar é atribuir sentido, atribuição que é feita através de escolhas entre diversas alternativas significativas que se apresentam.

Diversos são os métodos que podem ser empregados pelos juristas para tentar explicar de forma mais ou menos objetiva o processo de atribuição de sentido aos textos normativos. Contudo, já sublinhamos que não há ou ao menos ainda não foi possível elaborar uma fórmula universal de interpretação que possa ser usada para decidir todo e qualquer caso, assim como inexiste hierarquia entre os métodos de interpretação.

Eles são ferramentas a serviço do decisor para que possa explicar em sua decisão qual o caminho percorrido na geração do sentido (GOUVEIA, 2000, p. 131-136). Essa explanação, fazendo parte da fundamentação da decisão, poderá ser tomada como base para que aqueles a quem a decisão é dirigida, ou para os que são afetados por ela, possam manifestar seu conformismo ou inconformismo em relação aos argumentos utilizados e à conclusão que se chegou.

3.4 A Delimitação das Zonas de Certeza pelos Precedentes Judiciais

O Direito, enquanto sistema comunicativo parcial da sociedade, é elaborado sob a base da linguagem natural. Uso da linguagem natural traz uma abertura no horizonte do significar. Um mesmo significante pode ligar-se a diversos significados, e essa relação plurissignificativa, plástica, repercute no Direito através de termos que se ligam de forma indeterminada a vários conceitos jurídicos. A indeterminação reside no conhecimento completo da relação entre dado significante e os diversos significados a que com ele podem se conectar.

Havendo um extenso campo de significação decorrente da textura aberta da linguagem, donde existem zonas de certeza negativa, de certeza positiva e de penumbra, como garantir que casos semelhantes sejam resolvidos de forma igualitária? A problemática dos conceitos jurídicos indeterminados põe em relevo a questão da segurança jurídica e da isonomia, também trabalhadas no âmbito dos estudos relacionados aos precedentes judiciais (MACEDO et alli, 2013, p. 126).

Para as finalidades aqui almejadas não nos cabe fazer um estudo e uma explanação detalhada acerca do precedente judicial, mas apenas ressaltar alguns de seus caracteres e sua importância dentro da temática relativa aos conceitos indeterminados, a segurança jurídica e a realização do direito perante sua textura aberta.

A sistemática dos precedentes judiciais propicia a previsibilidade do Direito, conferindo segurança jurídica à aplicação das normas aos casos que possam ser abarcados por textos normativos que contenham termos cujos conceitos são indeterminados de antemão. Possibilita que seja dado tratamento isonômico às lides ao estabilizar de forma parcial a fluidez conceitual. A estabilização conceitual é parcial porque o precedente delimitará apenas uma parcela do campo de significação, definindo parte da zona de certeza positiva ou negativa, o que não exclui por completo a zona de penumbra.

Podemos compreender o precedente em sua acepção ampla ou na mais restrita. De acordo com o sentido amplo do termo "precedente", temos que ele "é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos" (DIDIER JR. et alli, 2015, p. 441). No seu sentido restrito, o precedente é a razão de decidir (*ratio decidendi*), "os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão" (DIDIER JR. et alli, 2015, p. 442).

Em um sistema jurídico onde os precedentes são cada vez mais valorizados, deve-se redobrar a atenção quanto ao dever de fundamentação das decisões judiciais, posto que a decisão, conforme assinala Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 442), cria não só a norma individual a incidir e resolver o caso concreto, mas também uma norma geral que servirá de base para decisões de casos semelhantes.

A fundamentação traz à luz a importância da cooperação entre partes e juiz na elaboração da decisão judicial, de modo que a cooperação é apontada por Lucas Buris de Macedo, Mateus Costa Pereira e Ravi de Medeiros Peixoto (2013, p. 138) como fundamental para o sucesso da implantação do sistema de precedentes no Direito brasileiro. Afirmam os autores que somente com uma decisão dialeticamente construída será possível chegar a uma solução que os sujeitos processuais e extraprocessuais possam qualificar como justa, posto que elaborada levando em consideração todos os argumentos que as partes foram capazes de apresentar, deixando o juiz de inovar com teses que não foram submetidas ao contraditório.

Desta forma, continuam os autores, evita-se que a tese consagrada na decisão seja rapidamente superada (*overruling*) por outra ou que ocorram sucessivas distinções (*distinguishing*) em casos diversos, levando-se em conta argumentos não apresentados naquele caso ou argumentos que foram subvalorizados na fundamentação da decisão:

O controle pelas partes possibilita o trabalho do precedente pelo tribunal, tanto fático quanto jurídico, e, na medida em que o fundamento determinante da decisão (*ratio decidendi*) se estabilizará e deverá ser aplicado nos casos posteriores pelos demais julgadores, é imprescindível seja a decisão objeto de debate e aprimoramento. Tal conduta evitará futura surpresa dos magistrados quanto a novas argumentações jurídicas, evitando seja o precedente desconsiderado com brevidade ou distinguido demasiadamente ou, ainda, de forma inconsistente, situações que ensejam grande insegurança jurídica (MACEDO et alli, 2013, p. 135).

Assim como, segundo o Código de Processo Civil em vigor, não se considera fundamentada uma decisão que se limita a empregar termo cujo conceito jurídico é de antemão indeterminado, o mesmo se dá no caso de invocar um precedente ou uma súmula sem que seja feita a devida justificativa relativa à adequação entre a hipótese fática e a situação em análise, dando-se o mesmo quando uma súmula ou um precedente é afastado ou superado sem que se explique os motivos determinantes para tal (art. 489, IV e V, do CPC/2015).

Na doutrina (DIDIER JR. et alli, 2015, p. 444-450) preleciona-se que na fundamentação das decisões judiciais podemos encontrar aqueles fundamentos identificados como a razão de decidir (*ratio decidendi*) e outros que não se enquadram como decisivos para a solução da causa (*obiter dictum*).

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira ensinam que há uma “evolução” perceptível dos precedentes até redundarem em enunciados sumulados. Assim, “um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que,

se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula de jurisprudência deste tribunal” (DIDIER JR. et alli, 2012, p. 401).

Sendo uma norma geral construída a partir da solução de casos concretos, o enunciado sumular deve ser edificado o mais possível em termos precisos (DIDIER JR. et alli, 2012, p. 401). A precisão é requerida porque é justamente a vacuidade dos termos, a indeterminação significativa, que tornou necessário o estabelecimento da súmula jurisprudencial. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como intérpretes últimos da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional federal, respectivamente, assumem papel de grande importância nesse quadro.

Vimos ao longo da obra que a relação de significação pode se dar em ao menos dois níveis, o nível da significação de base e o da significação contextual, que depende do contexto fático em que o signo linguístico é empregado. Sendo os textos normativos construídos sob a base da linguagem natural, terra fértil para a indeterminação conceitual, ao contrário do que sucede no campo da linguagem técnica, é a partir das decisões judiciais, resolvendo em definitivo as lides (situações fáticas), que os conceitos jurídicos indeterminados serão concretizados, que o percurso gerativo do sentido será finalizado. Finalização essa que não encerra a indeterminação, mas delimita em parte o âmbito de certeza positiva e de certeza negativa.

Ainda que não seja possível eliminar a indeterminação conceitual, e isto não é nem desejável, posto que ela garante a adequação ao momento social de realização do direito, o respeito aos precedentes judiciais fornece uma delimitação parcial do âmbito de certeza positiva e de certeza negativa, sem excluir a zona de penumbra, garantindo aplicação isonômica das normas e segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito é um conjunto de normas dispostas em termos advindos da linguagem ordinária. Os signos linguísticos, elementos que compõem determinada língua, são formados pela união arbitrária entre significante e significado, imagem acústica e conceito, união essa que se forma na mente do sujeito e é posta pela sociedade, pela comunidade linguística.

Da união entre significante e significado resulta uma significação léxica básica. A partir da imutabilidade do signo linguístico pudemos compreender que a relação inicial, de base, só pode ser modificada a nível social, através de convenção social implícita (linguagem natural) ou explícita (linguagem técnica). Todavia, é necessário considerar ainda a significação contextual dada pelo contexto de aplicação do signo, pelos modos e usos da linguagem.

Embora existam diversos casos em que é possível precisar de antemão a relação entre o significante e dado significado, há termos da linguagem natural que possuem uma plasticidade conceitual, dada a Textura Aberta da Linguagem.

No campo do jurídico, a Textura Aberta da Linguagem redundante na Textura Aberta do Direito. Sabendo ser impossível prever todas as situações fáticas que necessitem de regulação por norma jurídica, além dos pormenores dos casos concretos, os legisladores, utilizando-se da linguagem natural, constroem enunciados normativos dotados de maleabilidade para serem trabalhados a partir do contexto de aplicação, a partir do caso que será posto à análise.

Devemos ter em vista que não é possível tornar real um ordenamento jurídico cujas normas positivadas pelo processo legislativo encerrem em si uma completude tal que não deixe margem para valorações durante o processo decisório. Isso já foi há muito percebido. O legislador é incapaz de prever todas as hipóteses fáticas que possam ocorrer no seio da sociedade e que reclamem a incidência de uma norma jurídica disciplinando-as, fato que fez os cultores da jurisprudência dos interesses recorrerem a uma alegada “vontade do legislador” para solucionar casos em que a aplicação literal de um dispositivo normativo se mostrasse injusta, tendo em vista as mudanças sociais ocorridas entre a data da edição do texto e a de aplicação do direito.

Em um ordenamento jurídico que pretenda acompanhar a dinamicidade da vida social, sem que para isso necessite de uma constante atualização legislativa, a utilização de termos cujos conceitos jurídicos são de antemão indeterminados torna-se imperiosa. Garante-se assim o estabelecimento de uma constante comunicação entre o sistema jurídico e o meio social, onde a contemporaneidade do Direito é mantida através do processo hermenêutico.

Vimos que é possível adotar ao menos duas posições referentes à interpretação de um texto normativo. A primeira, mais restrita, apega-se à literal disposição das palavras no texto positivado, fazendo-se crer na univocidade dos sentidos veiculados. A segunda, liberal ou extensiva, tende a dar maior amplitude possível aos termos do texto, mormente quando utilizados termos cujos conceitos jurídicos são indeterminados, posto que a utilização destes termos, quando possível substituí-los por outros ou mesmo quando possível a construção de um enunciado normativo mais fechado, é uma opção deliberada dos legisladores, que possuíam plena consciência de que eles possuem uma zona de indeterminação mais acentuada.

Na linguagem natural, de uma forma geral, os termos habitam três zonas de determinação conceitual: a zona de certeza positiva, que alberga os conceitos que sabemos se relacionar com aquele termo, a de certeza negativa, relativa aos conceitos que não se relacionam com o termo, e a de indeterminação ou de penumbra, onde se encontram os

casos duvidosos, que não sabemos ainda se devem ir para a zona de certeza positiva ou negativa.

Os termos cujos conceitos jurídicos são indeterminados, embora habitem em parte as zonas de certeza positiva e de certeza negativa, possuem uma zona de penumbra mais acentuada que outros termos mais precisos. Todos os termos tem a possibilidade de habitar em parte a zona de penumbra, a diferença se dá em relação à graduação dessa indeterminação.

A utilização de termos vagos, constituindo conceitos jurídicos indeterminados ou padrões vagos, é feita justamente para que seu âmbito de incidência, a extensão que podem vir a tomar, seja ampliado de modo a manter a norma jurídica sempre atual, ainda que seu suporte físico (significante) se mantenha inalterado por considerável lapso temporal. Para que o Direito acompanhe as mudanças sociais não se torna necessária a mudança constante das palavras dos textos normativos. O significante e a relação sintática permanecem, o significado, porém, se modifica.

Num sistema jurídico repleto de termos cujos conceitos jurídicos são de antemão indeterminados, a problemática relativa à segurança jurídica e à garantia da isonomia na realização do Direito é resolvida no âmbito da fundamentação das decisões judiciais, perpassando pela interpretação jurídica como ato criativo do direito, entendida como a realização deste.

A interpretação dos textos normativos não pode ser entendida como resultado de uma atividade desenvolvida objetivamente. O uso dos métodos de interpretação para fundamentar uma decisão judicial nada mais é que um simples argumentar acerca da interpretação que fizemos, mas não é em si interpretar.

De igual modo, a interpretação não se confunde com um descobrimento ou desvelamento do sentido inerente ao texto normativo. Inexiste um sentido próprio às coisas, que podemos dizer ser de sua essência. A atividade hermenêutica consiste não em descobrir os sentidos, ela é sempre um atribuir sentido. Nós compreendemos as coisas para interpretá-las, não as interpretamos para compreendê-las.

Nesse cenário, a linguagem assume importante função, e ela não deve ser entendida como veículo de conceitos das coisas do mundo, mas como aquilo que torna possível a manifestação dos sentidos.

O ser humano deve ser visto como um sujeito histórico pertencente a dada comunidade linguística, que lhe fornece pré-compreensões acerca dos sentidos dos termos de sua linguagem. É um sujeito inserido em determinada cultura linguística. Essas

pré-compreensões ou pré-conceitos são projetadas no ato de interpretar, constituindo uma expectativa de sentido sobre o resultado final desse processo. Todavia, toda interpretação deve ser compreendida como um refinamento do sentido pré-concebido, que é revisado e reelaborado constantemente, de modo que aquela expectativa inicial de sentido nem sempre se conforma com o resultado final.

A hermenêutica jurídica, em sua clássica concepção, entendia que os textos veiculavam sentidos fixos a serem descobertos pelo intérprete. Contudo, a hermenêutica filosófica vê no ato de interpretar um movimento de atribuição de sentido. O Direito não é apenas interpretado, a interpretação é do texto normativo. Há na verdade uma realização do direito, um processo de criação da norma jurídica que se inicia com a edição do texto normativo e é finalizado com a aplicação da norma ao caso, o que no âmbito do Judiciário se dá através da decisão judicial.

Os métodos de interpretação que nos legou a hermenêutica clássica, antes de serem postos de lado, uma vez que não é possível objetivar o processo interpretativo, devem ser vistos como métodos argumentativos, como formas de fundamentar uma decisão judicial, explanando os motivos que nos levaram a tomar essa e não aquela decisão, a atribuir um sentido no lugar de outro possível.

Constata-se a importância de compreendermos a textura aberta da linguagem e do direito, aceitarmos sua existência e buscarmos uma forma de controle da discricionariedade gerada pela presença de conceitos jurídicos indeterminados permeando os textos normativos.

A utilização dos métodos argumentativos serve para que possamos exercer um mínimo de controle sobre o processo de criação judicial do direito, dispondo de forma clara na decisão judicial os argumentos a favor do sentido atribuído, permitindo aos sujeitos processuais conformarem-se ou não com o resultado obtido.

Nesse contexto, é vital a importância do precedente judicial como garantia de um mínimo de segurança jurídica, entendida esta como a previsibilidade do direito e a isonomia na aplicação deste.

Tomando proporções cada vez maiores no sistema jurídico brasileiro, a sistemática do precedente judicial demanda maior rigor no controle da fundamentação das decisões judiciais, posto que a tese jurídica firmada, a razão de decidir, poderá ser largamente utilizada para fundamentar casos semelhantes, e só com uma adequada fundamentação que leve em consideração todas as possibilidades visíveis quanto à atribuição do sentido poderá garantir a aderência dos sujeitos processuais e extraprocessuais ao conteúdo da decisão, evitando constantes distinções e superações da tese em casos outros.

Embora a fixação da relação conceitual através dos precedentes não abarque toda a gama significativa, ela proporciona a ampliação do conhecimento das zonas de certeza positiva e de certeza negativa, diminuindo a indeterminação conceitual, permitindo a aplicação igualitária das normas em casos semelhantes e garantindo segurança jurídica perante a textura aberta da linguagem (e) do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS:

AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma (org.). **Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade**. - Niterói, RJ: Impetus, 2004.

ANDRADE, Cristiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

BARBOSA, Claudia Maria. **Lógica e direito: Linguagem jurídica sob diferentes paradigmas lógicos**. - Curitiba: Juruá, 2005.

BARROS, Diana Luz Pessoa de. **Teoria semiótica do texto**. - São Paulo: Editora Ática, 2000.

BILLIER, Jean-Cassier; MARYIOLLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**: tradução de Maurício de Andrade. – Barueri, SP: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto; MORRA, Nello. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. 1. ed. Sao paulo: Ícone, 1996.

BORBA, Francisco da Silva. **Introdução aos estudos linguísticos**. – 12ª edição – Campinas, SP: Pontes, 1998.

BRANDÃO, Claudio. Introdução às ideias jurídicas da modernidade. In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coord.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. – São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Colleção das Decisões do Governo do Imperio do Brazil de 1824**. – Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**; tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. - 2. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CARVALHO, Castelar de. **Para compreender Saussure: fundamentos e visão crítica.** – 7ª. ed. rev. e ampl. com exercícios e um estudo sobre as escolas estruturalistas. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

CAPPI, Antonio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **Lógica jurídica: a construção do discurso jurídico.** Goiânia: UCG, 2004.

CARVALHO, Ricardo José Ramos de. **O precedente na fundamentação da decisão judicial: a fundamentação precisa.** - [S. l.]: Novas Edições Acadêmicas, [s. d.].

CONCEIÇÃO, Marcia Dominguez Nigro. **Conceitos indeterminados na constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da CF).** – São Paulo: Celso Bastos, 1999.

DEL VECCIO, Giorgio. **História da filosofia do direito:** tradução de João Baptista da Silva – Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** - 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** – 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil.** – 27. ed. – São Paulo: Saraiva: 2010.

DWORKIN, R. M. **Levando os direitos a sério.** 3.ed., [3. reimpr. 2014]. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ECO, Umberto. **Semiótica e filosofia da linguagem.** 1. ed. São Paulo: Ática, 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método;** tradução de Flávio Paulo Meurer. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito.** – Recife: Bagaço, 2000.

GOYARDE-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica;** tradução Claudia Berliner; revisão da tradução Maria Ermentina Galvão. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** – São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão de tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HECK, Phillip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses;** tradução de José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

HENRIQUES, Claudio Cezar. **Léxico e semântica: estudos produtivos sobre palavra e significação.** – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.) **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito;** tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

KOZICKI, Katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial.** – Curitiba: Juruá, 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3. ed. Tradução de José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias.** - 3. ed. - 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Cleyson M. A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. In: MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma (org.). **Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade.** – Niterói, RJ: Impetus, 2004.

MICHAELIS: dicionário escolar língua portuguesa. – São Paulo: Editora Melhoramentos, 2008.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**; tradução Jefferson Luiz Camargo, revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação: diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. – 34.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NOJIRI, Sergio. **A interpretação judicial do direito**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PAZÓ, Cristina Grobério. A experiência hermenêutica teorizada por Hans-Georg Gadamer a partir do conceito de linguagem. In: MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma (org.). **Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade**. – Niterói, RJ: Impetus, 2004.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**; tradução Maria Ermantina Galvão. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**; tradução de Verginia K. Pupi. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**; tradução de Vítor Marques Coelho, revisão de M^a Irene Gouveia, Filipe Delfim Santos. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

REZENDE, Antonio Paulo; DIDIER, Maria Thereza. **Rumos da história: história geral e do Brasil**. – São Paulo: Atual, 2001.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. – [S. l.]: Editora Cultrix, [s. d].

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SCHNAID, David. **Filosofia do direito e interpretação**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao estudo do direito**. – 11. ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Os métodos de interpretação, a metafísica e de como não há um grundmethode na hermenêutica: um contributo à luz do ontological turn. In: MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma (org.). **Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade**. – Niterói, RJ: Impetus, 2004.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**; tradução de Ana Deiró. – São Paulo: Martins, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**: 2ª versão /; com a colaboração de: Leonel Severo Rocha. – Porto Alegre, S. A. Fabris, 1995.

WEEDWOOD, Barbara. **História concisa da linguística**; trad. Marcos Bagno. – São Paulo: Parábola Editorial, 2002.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

DISSERTAÇÕES:

CAMPELLO, Juliana Endriss Carneiro. **Análise crítica do discurso de decisões judiciais: um estudo do uso da 'proporcionalidade' e da 'razoabilidade' como ferramentas de decisão**. 2014. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Coordenação Geral de Pós-graduação. Mestrado em Direito, 2014. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1076>. Acesso em: 14 out. 2017.

PERIÓDICOS:

BAHIA, Charles Nunes. Da textura aberta da linguagem à textura aberta do direito: o contributo de Wittgenstein e Waismann à filosofia jurídica de Hart. In: **Revista Justiça do Direito, [S. I.]**, v. 30, n. 2, p.227-241, 15 ago. 2016.

BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do direito. In: **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 186, p. 275-290, abr./jun. 2010.

LAMY, Marcelo. Conceitos Indeterminados: limites jurídicos de densificação e controle. In: **Revista Internacional D'humanitats**, [S. l.], v. 11, p.53-58, 2007.

MACEDO, Lucas Buril de; PEREIRA, Mateus Costa; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura. In: **Civil Procedure Review**. [S. l.], v. 4, n. 3, p.122-152, 2013. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 01 out. 2017.

INTERNET:

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. **Quem combate o positivismo tem poucas alternativas a oferecer. Será?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-12/opinioao-quem-combate-positivismo-oferecer>>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

LEGISLAÇÃO:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Lei, de 16 de março de 2016. **Lei Antiterrorismo**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

AS LIBERDADES INDIVIDUAIS CONSTITUCIONAIS E AS CONCEPÇÕES SOCIAIS DE VIGILÂNCIA E PODER

LUIS FELIPE DA SILVA MATHIAS:
Advogado e Encarregado de Dados
(DPO) da AACRIMESC.¹¹

Resumo: O presente artigo aborda as concepções sociais de vigilância e poder através da ótica constitucional das liberdades individuais. Com enfoque na proteção de dados e nos elementos de privacidade presentes no ordenamento jurídico atual, este artigo visa coadunar conceitos sociais e teóricos com a sociedade digitalizada, evidenciando os meandros de uma nova conceituação jurídica dos temas debatidos. O método de abordagem foi o dedutivo, em que se partiu de uma perspectiva macro da realidade social de uma era digitalizada para concluir que o estado de vigilância presenciado na era atual pode afetar o cerne das liberdades individuais constitucionais, notadamente pela violação itinerante à privacidade. A pesquisa ostenta caráter qualitativo, enfatizando a subjetividade do assunto e com maior interesse pelo processo (análise crítica) do que pelos resultados. A técnica de pesquisa foi a de revisão bibliográfica de fontes primárias e secundárias, por meio da qual se buscou material em livros temáticos, artigos científicos publicados em periódicos diversos, assim como análise legislativa.

Palavras-chave: Liberdades individuais constitucionais. Estado de vigilância. Privacidade. Proteção de dados. Sociedade digital.

Introdução

O mundo digital enquanto forma social típica trouxe significativas alterações para as ciências sociais, notadamente para o âmbito jurídico. Também alcinhada de digitalização do comportamento, a presença predominante do indivíduo em ambientes não físicos revela que perante a nova dinâmica social, alguns bens jurídicos sofrem maior incidência de uma premente violação.

O principal bem jurídico afetado de maneira reflexa por essa novel dinâmica é a liberdade, através das recorrentes investidas contra a privacidade dos indivíduos. Isso porque, o compartilhamento massivo de dados pessoais e a enxurrada de diagnósticos que podem ser extraídos das condutas humanas acaba conclama a revisão de teóricos da era analógica, a exemplo de Michel Foucault, que muito antes da disseminação massiva da

¹¹ E-mail: advtech.mathias@gmail.com

internet, já alertava sobre os feixes entrecruzados de controle difuso e autorregulação do “corpo social”.

Cediço que há uma correlação entre o tratamento de dados com as concepções de vigilância e controle social no que tange às liberdades individuais. Discute-se, nesta oportunidade, o grau da eficácia legislativa brasileira com relação ao seu objetivo principal, qual seja, o de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (art. 1º da Lei nº 13.709/19), e, por fim, analisar os impactos jurídicos que a implementação da inovação legal poderá proporcionar mediante a coleta de informações, sobretudo o consentimento do titular de dados.

A privacidade enquanto direito fundamental

O termo privacidade é oriundo do latim “*privatus*” e significa “separado do resto”. De modo ampliativo, diz respeito à habilidade dos indivíduos (ou grupos) de afastar a si próprios e, conseqüentemente, revelar apenas as suas informações que desejam, de modo seletivo. Portanto, “privacidade é o poder de uma pessoa seletivamente revelar suas informações ao mundo” (HUGUES, 1993, p. 53).

Apesar do termo variar bruscamente de cultura para cultura, no seio social de cada uma delas e ao longo do tempo, a privacidade continuará sendo, de maneira perene, um seletivo requisito para revelação de informações pessoais em função de um determinado contexto (ambiente, situação, pessoas, redes sociais, etc.).

Insta frisar que privacidade não é sinônimo, necessariamente, de segredo - esse diz respeito às informações que não devem ser partilhadas em momento algum, em nenhum contexto. Já a regulação da privacidade está ligada com a relação de “para quem” se revela e “o que” se revela, atrelando-se necessariamente ao contexto. Daí a importância de “como revelar” uma informação de maneira seletiva.

Conscientemente ou não, os indivíduos exercem o controle de privacidade em seu cotidiano. Por exemplo: o que se fala em um bar talvez não seja dito em um templo religioso. O que se revela a um amigo íntimo talvez não seja revelado a uma pessoa desconhecida. Dados do cartão de crédito são fornecidos para websites de comércio eletrônico, mas não são ostentados às pessoas que nos cercam. Isso tudo integra e emoldura o plano fático da privacidade, seu cunho social e reflexos contemporâneos.

Em outro turno, já no plano normativo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, em seu art. 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Nessa senda, firma garantias fundamentais

de proteção à privacidade de modo geral que são tuteladas pelo Estado de Direito, doravante intituladas de liberdades individuais constitucionais, cuja proteção é a finalidade mor da Lei Geral de Proteção de Dados, conforme dispõe seu art. 1º, o objetivo de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.

De acordo com Mendes (2008, p. 4), “a utilização massiva de dados pessoais por organismos estatais e privados, a partir de avançadas tecnologias da informação, apresenta novos desafios ao direito à privacidade. A combinação de diversas técnicas automatizadas permite a obtenção de informações sensíveis sobre os cidadãos, que passam a fundamentar a tomada de decisões econômicas, políticas e sociais”.

E, não por outro motivo, entram em jogo diversas características da pessoa humana guardadas pela rigidez constitucional. A saber, a dignidade da pessoa humana, sua livre disposição de consciência, sua autodeterminação, e, por óbvio, sua vida íntima, dentre outras.

Segundo Ramos (s.d., p. 2),

a dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente a cada ser humano, e que na qualidade de princípio fundamental possui como principal característica o fato de serem elemento e medida dos direitos fundamentais. Deste modo, observa-se que em regra a violação a um dos direitos fundamentais à privacidade estará sempre vinculada a uma ofensa à dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa impõe limites ao poder estatal, visando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas igualmente implica em que este mesmo Estado venha a promover a proteção e promoção de uma vida com dignidade para todos.

Desse modo, eventuais violações ao cerne privativo fundamental do indivíduo acarretarão em violações reflexas às demais liberdades individuais constitucionais, eis que compõem um rol interligado de livre disposição, que, por ação natural ou provocada, podem ser afetados sob pena de ineficácia, devendo manter-se incólumes.

Para Pilati e Olivo (2014, p. 9), apud Silva (2009, p. 206):

toma-se, pois, a privacidade como o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. A esfera de inviolabilidade,

assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo.

As liberdades individuais, ou liberdades civis, por sua vez, são aquelas protegidas constitucionalmente. São os direitos subjetivos presumidos e salvaguardados pela Constituição que protegem o cidadão do poder discricionário do Estado de modo a evitar o autoritarismo e a tirania. Há alguns tipos de liberdades asseguradas pela Carta Magna, por exemplo: a livre expressão de pensamento e expressão, a liberdade de consciência e de crença, a inviolabilidade de direitos por motivos de convicção política, a liberdade artística, intelectual, sendo guarnecidas, dentre todas as outras, também a vida privada, a honra e a imagem individual.

Segundo França (s.d., p. 4), “a vida privada representa a área de autodeterminação do ser humano nas relações com outros cidadãos, no que diz respeito à sua família e círculo de amizade”.

Importa também frisar que direito à privacidade não necessariamente diz respeito a direito à informação. Não por acaso, existe uma legislação específica para a modalidade informacional e remédio constitucional próprio (habeas data), notadamente quando se trata de informações oriundas de órgão público. Por outro lado, o direito à intimidade deve ser enfrentado de maneira expansiva, vez que está em constante mutação no tempo e no espaço.

Bem por isso, e por envolver temas de que dimanam aspectos pessoais e culturais, deve ser concebido de “forma aberta”, dinâmica e flexível, de modo a acompanhar essa constante evolução (SAMPAIO, 1998, p. 262-263).

Com substrato principiológico assentado na dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade e, nessa condição, é oponível erga omnes, intransmissível à esfera jurídica de outrem, indisponível e extrapatrimonial.

Celso Ribeiro Bastos (2004, p. 71) afirma que:

o direito à intimidade consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre essa área da manifestação existencial do ser humano.

No Brasil, as expressões “direito à vida privada”, “direito à intimidade”, “direito à privacidade”, “direito ao resguardo” e “direito de estar só” são frequentemente utilizadas como sinônimas, e não há unanimidade quanto à existência de distinção conceitual entre elas (FREGADOLLI, 1997, p. 207).

Atualmente o direito à privacidade difere muito daquele conteúdo delineado em sua origem – o direito a estar só. A sociedade mudou, e o singelo caráter de isolamento já não dá conta de toda a realidade. Um conceito mais dinâmico do instituto abarca também o direito a controlar o uso que outros fazem das informações pessoais, como projeção do respeito à vida privada e à intimidade.

De fato, o indivíduo é centro de referência de informações. Dele sai ou nele ingressam uma série de dados que passam por um processo de assimilação ou descarte. Nesse contexto, o direito à privacidade deve conferir ao cidadão um poder de controle sobre a circulação de informações a seu respeito, cabendo-lhe a decisão sobre quando, como, em que extensão e para que finalidade determinada informação será conhecida por terceiros.

Nem toda informação, entretanto, interessará à tutela constitucional. Existe uma gama de dados pessoais cujo conhecimento e divulgação não avançam propriamente sobre a esfera da privacidade do indivíduo.

Em geral, pode-se dizer que a invasão na intimidade e na vida privada pressupõe o conhecimento de uma particular informação que seu titular não deseja ser obtida por outros. Nessa ordem de ideias, a privacidade guarda relação com a vontade individual, com a necessidade de se expor e, ainda, de se retrair frente aos demais indivíduos, guardando para si, se assim necessitar, suas informações pessoais. Informações tais, que são objeto precípua de proteção da LGPD, conforme se verá no delinear desta pesquisa.

Para José Adércio Leite Sampaio (1998, p. 374-375),

informação pessoal não pode ser entendida como ‘segredo’ ou como ‘informação confidencial’, senão como, literalmente, ‘informação a respeito de uma pessoa’, o que pressupõe o seu caráter nominativo. Vale dizer, capacidade de identificar ou tornar identificável, direta ou indiretamente, a pessoa a que se refere.

Neste escrito, as expressões “dados pessoais” ou “informações pessoais” são utilizadas em seu sentido geral, como o elemento que, ao menos potencialmente, uma vez consultado, revela aspectos da privacidade de determinada pessoa. São informações concernentes a uma pessoa singular, identificada ou identificável, capazes de dizer algo

sobre sua personalidade e passíveis de ser captadas, armazenadas, processadas ou transmitidas por meio informatizado ou analógico (físico).

Outro fato de suma importância é o êxodo analógico das informações para o seio digital que aumenta sobremaneira o enfoque atual e a relevância da privacidade e da autodeterminação.

Em virtude do aumento da informação por todo o globo, surgiram novas formas de se manejar, armazenar e utilizar dados pessoais, fato que refletiu em uma imensa quebra de paradigma na conceituação do Direito, de tal modo que, o que antes era informação avulsa, tornou-se organizada. Violar o direito à personalidade, e por conseguinte a própria privacidade, é muito mais comum nos tempos atuais. Com isso, a utilização ilícita dos dados coletados dão azo à classificação discriminatória de pessoas, marketing abusivo, vigilância estatal, publicidade comportamental, entre outras práticas.

Para tanto, vale expandir, ainda que de maneira breve, o conceito de privacidade, para melhor absorver a análise da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. Apesar de sua substantivação no direito brasileiro, a disciplina da proteção de dados ainda não é praticada amplamente no Brasil.

Conforme supracitado e, mesmo que no direito norte-americano seja comum a definição de privacidade como “o direito de ser deixado só” (tradução livre para “*the right to be left alone*”) ¹², no texto constitucional, o tema ganhou status de direito fundamental, principalmente ao resguardar a inviolabilidade da correspondência, bem como o direito à intimidade e à vida privada.

Tal abordagem, entretanto, utilizou o termo “privacidade” como sinônimo de “intimidade”, e acabou por gerar uma dualidade na conceituação da privacidade por parte da doutrina. O direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo do direito à privacidade. Esta é uma terminologia do direito americano (*right of privacy*), para designar aquele, mais empregada no direito dos povos latinos.

A Constituição Federal prevê também o direito do cidadão de não ter revelado os fatos que não deseja, tutelando, portanto, o âmbito cível e até mesmo penal, para responsabilizar o infrator do ilícito gerado, mas principalmente com sanção patrimonial. Já no Código Civil, a questão da privacidade também foi levada em consideração, embora que de forma genérica.

A abordagem ocorre no Livro I “Das Pessoas”, destacando a proteção de divulgação de escritos, da transmissão da palavra, e da exposição ou utilização da imagem das

¹² *The right to be left alone – the most comprehensive of rights and the right most valued by a free people. Olmstead v. U.S. (1928) – Juiz Louis Brandeis*

peças físicas ou jurídicas que poderão ser proibidas de imediato, inclusive se o intuito for apenas comercial, sem falar em prejuízo no tocante à fama, honra e respeitabilidade, questões também protegidas pelas normas citadas.

Assim, depreende-se que a “privacidade” está adstrita aquilo que é particular ao indivíduo, figurando como gênero contido na espécie “intimidade”. A personalidade por sua vez, não é apenas um direito, mas sim o alicerce que o sustenta, haja vista que da personalidade irradiam obrigações e garantias tuteladas pelo ordenamento pátrio.

Sob esse prisma é possível identificar que o direito de privacidade visa preservar e garantir o desenvolvimento do indivíduo, defendendo-o de agressões praticadas contra a sua identidade intelectual, física e moral. E, uma vez havendo ameaças à autodeterminação individual, faz-se necessária a proteção de dados pessoais.

Proteção De Dados: Aspectos Relevantes

Partindo-se da premissa de que os dados pessoais detêm status de alto valor na conjuntura mundial e brasileira, exercendo verdadeiro papel econômico para quantificar desempenhos, garantir vantagens mercantis e também funcionando como alicerce de vigilância para proporcionar segurança às nações, por meio de engenharia social, o escopo jurídico atrela-se inarredavelmente a uma função imperiosa: a garantia de sua proteção.

A utilização sempre mais ampla de dados pessoais para as mais variadas atividades – identificação, classificação, autorização e tantas outras – transforma “simples dados” em elementos essenciais para que a pessoa possa se mover com autonomia e liberdade nos corredores do que hoje costumamos denominar de Sociedade da Informação (CASTELLS, 1999, p. 84).

O tratamento de dados pessoais é uma atividade de risco. Este risco é delineado pela premente possibilidade dos dados coletados não estarem submetidos à lúdima representação de seu titular ou ainda, estarem sendo utilizados por pessoas alheias à atividade de tratamento.

Também por isso é que se faz imperiosa a adoção de políticas públicas e privadas para informar o titular de dados. É incontroverso que a essência de um dado pessoal, é a própria personalidade do agente representado, e deve ser objeto de proteção, eis que detém caráter de direito fundamental.

Nessa seara, algumas ferramentas mostram-se muito presentes na atualidade, participando ativa ou passivamente na vida cotidiana geral, muitas vezes sem o próprio discernimento ou consciência voluntária da pessoa (titular) que tem seus dados tratados.

Um grande exemplo é o “caldeirão digital” que traduz o fato de que, majoritariamente, as pessoas naturais estão inseridas nos bancos de dados.

Desde a concepção natural do ser humano à essa existência, seus dados já são coletados, difundidos, compartilhados e armazenados. Desde o dia mais singular (com exceção do fim) de sua vida, o titular de dados já está alimentando banco de dados, quer saibamos ou não.

O que muda no momento atual, é a estruturação organizada da informação, conforme salienta Stefano Rodotà (1973), “ a novidade fundamental introduzida pelos computadores é a transformação de informação dispersa em informação organizada.”

Conforme apregoa Catala (1983),

mesmo que a pessoa em questão não seja a autora da informação, no sentido de sua concepção, ela é a titular legítima de seus elementos. Seu vínculo com o indivíduo é por demais estreito para que pudesse ser de outra forma. Quando o objeto dos dados é um sujeito de direito, a informação é um atributo da personalidade.

E quando tais atributos da personalidade dizem respeito à condutas cotidianas, a velocidade inigualável dos dados e da tecnologia pode ultrapassar qualquer regulamentação jurídica-estatal. Permitindo-se o desafogo conceitual, a demonstração pragmática dos efeitos (benéficos ou nefastos) da proteção de dados deve ser levada a efeito.

A empresa Amazon lançou o robô “Alexa” (gadget-device) no ano de 2014. A sua função primordial é a de robô-assistente, modulando efeitos sonoros, funcionando como despertador, buscador online, conectando-se com todos os dispositivos internos da casa do seu dono, através de uma rede local. Este fenômeno de interligar-se simultaneamente aos dispositivos domiciliares (televisão, luzes, amplificadores, videogames, aparelhos de cozinha, etc.) é denominado Internet das Coisas (Internet of Things - IoT).

No ano de 2017, a Alexa exerceu impecável papel de polícia judiciária nos Estados Unidos. O caso ocorreu no Novo México, quando um homem e sua namorada estavam em meio a uma acalorada discussão, sob a alegação de que a companheira havia traído o namorado. Ato contínuo, o rapaz começou a desferir todo tipo de ameaça verbal, culminando no disparo com arma de fogo para amedrontar os ocupantes da casa, principalmente a namorada.

Esse caos foi seguido da seguinte frase: “você chamou a polícia?” Para o desgosto do agressor, os sistemas de captação de áudio do robô Alexa captaram o sinal sonoro emitido pelo homem e interpretaram o conjunto de palavras como uma ordem (vez que

ela é programada para atender chamados de emergência, e fazer contato com a polícia quando requerido).

Bastaram alguns minutos para que a ocorrência fosse atendida, o criminoso percebesse que estava sob perseguição, o que infelizmente resultou em brutais agressões à mulher que não havia contatado a polícia de fato, mas sim, sido igualmente surpreendida por um fenômeno extrajurídico: o fenômeno disruptivo-tecnológico.

O caso foi amplamente elogiado pela comunidade local, mostrando a efetividade real desse dispositivo para realizar, por mais cômico que pareça, uma prisão em flagrante. De fato, pode ter poupado vidas nessa ocorrência específica. Entrementes, como a preocupação nesta obra é a proteção de dados pessoais, até que ponto este *input* informacional exarado pelo robô-assistente foi positivo?

Imagine-se que de maneira igualmente enérgica, um casal, dentro do abrigo inviolável, ao manter relações sexuais e proferindo palavras de baixo calão, hipoteticamente ameaça de morte o(a) companheiro(a), no sentido erótico dos termos. O robô, utilizando-se de seus sistemas invasivos de captação sonora perene, poderia interpretar o enredo como uma agressão física, realizando um chamado à polícia local.

Ao chegar no local, há o registro de uma ocorrência, mediada pela invasão ao núcleo privativo do casal, revelando-se como uma situação no mínimo vexatória, “colocando em xeque” qualquer confiabilidade no algoritmo do robô, porquanto violada a privacidade dos indivíduos, revelando seus dados à comunidade local de polícia, por exemplo.

Esse exercício hipotético não é difícil de ocorrer, tendo em vista a recalcitrância dos atos e ocorrências que sucedem o episódio criminal do robô-assistente. O que se questiona é até que ponto os gadgets e devices podem ser úteis sem violar a privacidade dos titulares.

Delineada, brevemente, a questão da Internet das Coisas enquanto elemento natural a ser desenvolvido quando se preocupa com proteção de dados, há de ser levado em conta o caminho pelo qual a tecnologia utiliza para tirar conclusões, tomar decisões, ativar ou desativar mecanismos, alterando a vida das pessoas em geral.

E justamente esse “caminho” pode ser definido em uma concepção concisa do termo, como algoritmo. Um algoritmo, de maneira simplificada, pode ser tido como sequência limitada de atos executáveis com o escopo de solucionar algum tipo de problema¹³. O conceito de algoritmo existe há séculos e o uso do conceito esteve presente em todas as sociedades, eis que toda ação, para se concretizar, necessita da estrita

¹³ The Editors Of Encyclopaedia Britannica. Algorithm. Acesso em: 02 dez. 2018.

observância de passos e etapas previamente programadas para se atingir um determinado fim.

Não se confunde, entretanto, programas de computadores com algoritmo. Um pode ser hospedeiro dos passos necessários para realizar determinada tarefa. Isso não significa dizer que são a mesma coisa.

Conforme pesquisa realizada na década passada por Nuno Miguel da Conceição, "o programador, quando vai elaborar um algoritmo, passa para o código o seu ponto de vista, com vieses e preconceitos". Da mesma maneira afirma Priscilla Silva, pesquisadora em Direito e Tecnologia do ITS-Rio que "mesmo os algoritmos de *machine learning*, que aprendem sozinhos, dependem dos dados que são alimentados por humanos, que podem cometer erros".¹⁴

Ora, se as tecnologias que hoje utilizam-se dos dados pessoais dos titulares para proporcionar determinado serviço ou comodidade (buscadores, "gps", redes sociais, personalização sonora, visual, etc.) por meio de um "caminho", diga-se, algoritmo elaborado por um humano, a proteção de dados é a barreira jurídica para a violação ao direito fundamental de liberdade.

Em outras palavras, um algoritmo mal elaborado pode deixar sequelas irreparáveis no titular de dados, ocasionando danos reflexos, diretos ou até mesmo inconscientes. Como toda tecnologia, respeitando o princípio do mentalismo, deve ser pensada antes de ser executada, as violações à privacidade decorrem de um animus específico do programador (figurativamente falando). Equipara-se o animus do tratamento de dados ao animus do legislador, emergindo um certo (e subjetivo) "espírito" tecnológico.

Cumpra saber se tais intenções estão munidas de boa-fé, encampadas em plena conformidade com as legislações de apreço, ou se guarnecem pretensões escusas. De fato, não há como sopesar friamente a "intenção algorítmica" atual de maneira geral, e isso porque o tratamento de dados pessoais, hoje, passa quase que inevitavelmente por composições algorítmicas, revelando seus vieses.

Um grande problema de basear-se nesses teoremas é porque ninguém sabe ao certo a fórmula do algoritmo, exceto seu dono. Há muitos casos em que eles são construídos e acabam tendo um efeito discriminatório. Muitas pessoas podem ficar fora de listagens, que pode ser de concessão de crédito, ou porque caíram em uma fórmula de algoritmo que não necessariamente se espelha em sua realidade, por exemplo.

¹⁴ Nuno Miguel da Conceição Fernandes Verdasca (janeiro de 2013). Identificação e Análise de Movimento Humano com Ultrassons (PDF) (Dissertação de mestrado). Consultado em 12 de Março de 2020.

O caráter inevitável dos caminhos para o tratamento de dados, mesclando a atuação homem-máquina, ocasionam um “estado paralelo” de fato, penetrando no tecido social com uma função eminentemente vigilante. Esse fato jurídico não é necessariamente bom ou mau, mas sim, existente. Obtendo consciência desse fato social, cabe ao Direito enquanto mecanismo de regulação social frear seus efeitos maléficos através da proteção de dados pessoais, ao passo que deve construir arcabouço acadêmico e literário que contemple a disrupção atual, a qual, frisa-se, está anos luz à frente dos manuais e códigos obsoletos que vigoram.

O estado de vigilância no mundo digital

Um marco na história da privacidade veio do advento da evolução tecnológica, bem como dos meios de comunicação, o desenvolvimento da internet e o surgimento das redes sociais, verdadeiros palcos da exposição do cotidiano. O monitoramento da vida íntima foi extremamente facilitado pelas novas tecnologias, restando cada vez mais frágil a tutela a esses direitos protegidos.

Mesmo se tratando de um romance, George Orwell previu em sua obra “1984” que haveria uma transposição da privacidade alheia em detrimento dos avanços tecnológicos. Na obra, os cidadãos eram reféns da ilusória sensação da benevolência estatal, da utilidade mecanicista da academia, e da ficção sob a qual estavam submetidos. Paradoxalmente, as tais ilusões ainda exaram suas nuances nos dias atuais.

Com efeito, o estado era tido como um “Grande Irmão”¹⁵, o qual se dedicava à vigilância contínua e geral a fim de supostamente evitar o caos e a desordem. Isso é facilmente demonstrado nos dias de hoje pela maneira como a rede mundial de computadores se apresenta na praxe cotidiana. Cada vez mais os aplicativos, sites e redes sociais aumentam a acurácia de funcionamento através da coleta exacerbada de dados.

Ademais, os dados coletados nesse monitoramento cibernético são perenes e, portanto, investigáveis, em tese, por qualquer pessoa que tenha interesse em ter acesso a essas informações. Assim, pode-se concluir de maneira lógica que o aumento do que é monitorado implica o aumento do que é investigável, ocasionando um status de vigilância contínuo.

¹⁵ É de se notar que desde os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, várias agências governamentais estão reforçando o caráter de permanência do monitoramento, com quase que integral aceitação da opinião pública. Neste sentido, é de se mencionar o projeto americano Registro de Informação total, coordenado pelo Departamento de Defesa, ainda em fase de pesquisa, batizado pela imprensa de “Grande Irmão”, em alusão ao livro de George Orwell, 1984. Revista Veja, 27 de novembro de 2002, p. 87.

Nesse contexto, a questão da privacidade no âmbito virtual deve receber cada vez mais atenção da sociedade, uma vez que o seu tênue limite é cada vez mais invadido pela tecnologia. Isso ocorre sempre que um usuário visita um site, preenche formulários virtuais, anui (muitas vezes mediante vícios de consentimento), e, o que é pior, sem certeza alguma da destinação dos dados fornecidos.

É cediço que na atual fase tecnológica em que a sociedade se encontra, a informação é um dos bens de maior valor. Por essa razão, a sua proteção deve ser questão de importância máxima, merecendo a atenção do legislador. Por óbvio, insta salientar que o desenvolvimento tecnológico vigilante não apresenta tão somente aspectos negativos. A evolução da tecnologia dos mecanismos de monitoramento proporciona uma queda no tempo e nas despesas envolvidas em buscas, por exemplo, dentre outras facilidades.

Por tais comodidades, é que o titular investigado (ou sob vigilância), deve saber que sua privacidade pode estar sendo invadida. De um lado, a pessoa que busca as informações o faz muito mais rapidamente e com baixo custo econômico e, de outro lado, a pessoa vigiada tem menor possibilidade de aperceber-se disso, compreendendo o fato social complexo que é o estado de vigilância.

Tendo em vista que estão inseridas nesse contexto, as informações atinentes ao arbítrio e ações dos titulares vinculam-se obrigatoriamente à regulação de um ente (figurativo) detentor de poder. De maneira geral, o ente munido de coação é (ou era) o Estado, todavia no âmbito cibernético, essa relação tende a escorrer pelo tecido social, permeando camadas mais distantes (extremas) e descentralizadas, culminando no Estado de Vigilância, difundido pelo autor Michel Foucault (1979, p. 182):

Trata-se [...] de captar o poder em suas extremidades, lá onde ele se torna capilar; captar o poder nas suas formas e instituições mais regionais e locais, principalmente no ponto em que, ultrapassando as regras de direito que o organizam e delimitam, ele se prolonga, penetra em instituições, corporifica-se em técnicas e se mune de instrumentos de intervenção material [...] Em outras, palavras, captar o poder na extremidade cada vez menos jurídica de seu exercício" (FOUCAULT, 1979, p. 185).

Não obstante, para Foucault (1987, p. 153-154), a descentralização do poder, que no caso da tecnologia em dados cinge-se ao fato de obter informações sensíveis atingindo o núcleo fundamental de liberdade humana protegida pela Constituição Federal de 1988 (outrora monopólio estatal), se utiliza de técnicas múltiplas, manejadas entre os cidadãos a fim de manter e perpetuar um poder regulador:

Ao lado da grande tecnologia dos óculos, das lentes, dos feixes luminosos, unida à fundação da física e da cosmologia novas, houve as pequenas técnicas das vigilâncias múltiplas e entrecruzadas, dos olhares que devem ver sem ser vistos; uma arte obscura da luz e do visível preparou em surdina um saber novo sobre o homem, através de técnicas para sujeitá-lo e processos para utilizá-lo.

Assim, para o autor, a vigilância social ocorre de maneira hierarquizada e contínua, pois

organiza-se assim como um poder múltiplo, automático e anônimo; pois, se é verdade que a vigilância repousa sobre indivíduos, seu funcionamento é de uma rede de relações de alto a baixo, mas também até um certo ponto de baixo para cima e lateralmente; essa rede “sustenta” o conjunto, e o perpassa de efeitos de poder que se apoiam uns sobre os outros: fiscais perpetuamente fiscalizados (MICHEL FOUCAULT, 1978, p. 201).

Internalizar esse saber, enxergá-lo minimamente na vida cotidiana é admitir o surgimento de uma nova ética. Por derradeiro, estaria mitigando-se conceitos fundamentais de privacidade e liberdade pré-estabelecidos em troca de um bem maior, que poderia ser extensivamente definido como melhorias de paz, segurança social, avanço tecnológico, um desenvolvimento econômico ou científico brilhante, por exemplo.

Cumpra ainda ressaltar que o processo de inserção em um estado social de vigilância é inevitável. Como sabiamente preceitua o historiador Yuval Noah Harari, os algoritmos poderão saber exatamente quem você é:

O que já está começando a acontecer na medicina provavelmente ocorrerá em outros campos. A invenção decisiva e a do sensor biométrico, que as pessoas podem usar nos seus corpos ou dentro deles, e que converte processos biológicos em informação eletrônica que computadores podem armazenar e analisar. Se tiverem dados biométricos e capacidade computacional suficientes, sistemas de processamento de dados externos poderão intervir em todos os seus desejos, todas as suas decisões e opiniões. [...] Mesmo se você for, e continuar a se esconder de si mesmo e de seus colegas de turma, não conseguirá se esconder da Amazon, do Alibaba e da polícia secreta. Quando estiver navegando na internet, assistindo a vídeos no youtube ou lendo mensagens nas suas redes sociais, os algoritmos vão discretamente monitorá-lo, analisá-lo e dizer à Coca-Cola que, se

ela quiser lhe vender alguma bebida, melhor seria usar o anúncio com o sujeito sem camisa, e não o da garota sem camisa. Você nem vai saber. Mas eles saberão, e essa informação valerá bilhões. (HARARI, 2018, p. 76-77).

Inicialmente tais assertivas podem demonstrar-se assombrosas, pois causam impacto cognitivo grande na vivência comum do cidadão moderno. Todavia, é o próprio titular de dados que retroalimenta esse faminto sistema invisível. Novamente pontua brilhantemente o professor israelense:

[...] Talvez tudo isso se faça abertamente, e as pessoas compartilharão com prazer suas informações para poder contar com as melhores recomendações, e para poder fazer o algoritmo tomar decisões por elas. Começa com coisas simples, como decidir a que filme assistir. [...] No entanto, esses problemas podem ser resolvidos se deixarmos que o algoritmo recolha de nós dados em tempo real, enquanto estamos efetivamente assistindo aos filmes, em vez de se basear em nossos próprios e duvidosos relatos pessoais. Para os iniciantes, o algoritmo pode monitorar quais filmes vimos até o fim, e quais deixamos de assistir no meio. Mesmo se dissermos ao mundo inteiro que... “E o vento levou” é o melhor filme já produzido, o algoritmo saberá que nunca fomos além da primeira meia hora. [...] Porém o algoritmo pode ir muito mais fundo que isso. Engenheiros estão desenvolvendo um software que detecta emoções humanas com base nos movimentos dos olhos e dos músculos faciais. Acrescente uma boa câmera ao aparelho de televisão, e esse software saberá quais cenas nos fizeram rir, quais cenas nos deixaram tristes e quais cenas nos entediaram. Em seguida, conecte o algoritmo a sensores biométricos, e ele saberá como cada fotograma influenciou nosso ritmo cardíaco, nossa pressão sanguínea e nossa atividade cerebral (HARARI, 2018, p. 78).

Isso tudo redundando no fato de que o titular de dados acaba recaindo em uma sociedade de puro controle vigilante, arregimentada na captação e monitoramento constantes de dados pessoais.

O termo Sociedade de controle (Foucault, 1975 & Deleuze, 1990) tem origem no século XX, mas as transformações sociais que ele discute vêm sendo observadas de forma cada vez mais significativa nos dias atuais, conforme o tecido social se torna mais conectado. Até o final do século XX, a conexão do mundo privilegiava as instituições – governos, empresas de mídia, multinacionais, etc.

A partir dos últimos anos do século XX, e principalmente no início do século XXI, a penetração da internet e das tecnologias digitais no cotidiano do cidadão comum alcançou uma incrível mobilidade e ubiquidade comunicacional e informacional no nível do indivíduo – e não mais apenas no nível das organizações –, catalisando, assim, tanto o controle e a transparência quanto as possibilidades de autoexposição em níveis inéditos na história. Esse processo redefine e transforma a sociedade, o modo como vivemos e nos relacionamos, manifestando, em plenitude, a sociedade de controle.

Até o final do século XX, as sociedades eram caracterizadas pelo enclausuramento no espaço fechado (escolas, hospitais, indústrias, empresas, prisão, etc.) e pela ordenação do tempo de trabalho. Os mecanismos de controle disciplinar favoreciam a constante observação dos indivíduos, que se tornavam transparentes para quem estivesse no poder. O poder estava fora do alcance e do controle dos indivíduos, tornando-se opaco a eles. Esse tipo de sociedade foi analisado e descrito por Michel Foucault (1975) como sociedade disciplinar, que é marcada por uma opacidade do poder e pela transparência dos indivíduos. As sociedades disciplinares se estenderam do século XVIII até a Segunda Grande Guerra, sofrendo, então, declínio até o final do século XX e, simultaneamente, dando lugar à ascensão de outro tipo de sociedade: a do controle.

Apregoa, sabiamente, Martha Gabriel:

No final do século XX, Gilles Deleuze (1990) apresenta aspectos que mostram que estávamos passando de uma sociedade disciplinar para uma sociedade de controle, que surge em função das tecnologias de comunicação e informação em rede, que passam a provocar a dissolução de limites físicos e definidos (redes não têm paredes delimitantes) e transformam o tempo em um contínuo que permeia os espaços. Ocorre, dessa forma, uma mudança de natureza do poder, que deixa de ser hierárquico, e passa a ser disperso e difuso numa rede global. Assim, nas sociedades de controle, o poder se torna disseminado e disperso entre os nós das redes, e sua ação torna-se horizontal e impessoal (COSTA, 2004). O poder de controle e a transparência se distribuem na rede. (GABRIEL, 2019, p. 57-58).

As instituições sociais (governos, empresas, instituições de ensino etc.) têm sido sociedades disciplinares por séculos. No entanto, as tecnologias digitais as estão transformando, de forma consciente ou não, em sociedades de controle (de vigilância). Não é à toa que uma das características predominantes da “geração Y” é o não reconhecimento de hierarquia, pois cresceram junto com o nascimento da sociedade de

controle, em que a horizontalização do relacionamento é característica marcante (GABRIEL, 2019, p. 59).

Paralelamente ao fenômeno atual de ausência hierárquica pela proliferação de dados, surge a crise de propriedade desses dados. Acerca desse complexo fenômeno, é colocado “em xeque” até o operador do direito do futuro:

Nos dois séculos passados nos tornamos extremamente sofisticados em regular a propriedade da indústria - hoje posso comprar ações e ser dono de um pedaço da General Motors e um pedacinho da Toyota. Mas não temos muita experiência em regular a propriedade de dados, que é inerentemente uma tarefa muito mais difícil, porque, ao contrário da terra e de máquinas, os dados estão em toda parte e em parte alguma ao mesmo tempo, podem movimentar-se à velocidade da luz, e podem ser indefinidamente copiados. [...] Assim, faríamos melhor em invocar juristas, políticos, filósofos e mesmo poetas para que voltem sua atenção para essa charada: como regular a propriedade de dados? Essa talvez seja a questão política mais importante de nossa era. Se não formos capazes de responder a essa pergunta logo, nosso sistema sociopolítico pode entrar em colapso. As pessoas já estão sentindo a chegada do cataclismo. Talvez seja por isso que cidadãos do mundo inteiro estão perdendo a fé na narrativa liberal, que apenas uma década atrás parecia irresistível (HARARI, 2018, p. 110-111).

Delineados os parâmetros do controle social e da vigilância, destaca-se o olhar social-pragmático dessas relações amparadas a posteriori pelo celeuma da Lei Geral de Proteção de Dados. O alicerce de relevância reside por fim, na análise qualitativa da impressão dos usuários acerca da iminente regulação de dados, cujo impacto afeta diretamente o convívio social e as relações tuteladas pelo Direito.

Para tanto, emerge uma imperiosa necessidade reguladora (ao menos pretensiosamente) de blindar o núcleo fundamental de privacidade, sob pena de colapso não apenas do ordenamento jurídico e dos fatos ocorridos em ambiente virtual, mas do próprio embalsamento da sociedade como nos moldes pretéritos.

Também assemelhada à “arquitetura do comportamento”, no pensamento lúdico de que o ser humano molda coisas para posteriormente ser moldado por elas, a vigilância social aproxima-se de um conceito que abarca a construção, a influência e a manipulação das atitudes cotidianas. A humanidade não é simplesmente um meio de aumentar lucros, com base nas informações coletadas sobre as preferências das pessoas, oferecendo-lhes, anúncios que sejam relevantes.

Em verdade, os dados permanentemente coletados e analisados por algoritmos, cujo funcionamento já foi analisado nos capítulos inaugurais, mostram-se de difícil compreensão, permitindo com que a conduta dos titulares seja previsível, dando margem à interferência externa na vida social, e conseqüentemente, na intimidade da pessoa humana.

Em 2014, por exemplo, a Amazon patenteou um sistema que permite antecipar o que os clientes querem comprar¹⁶, antes mesmo que eles próprios o saibam. Uma das características que bem ilustra o estado de vigilância é a quantidade de informações reunidas sobre cada um dos cidadãos e a análise que delas é feita. Somando-se Alexa (da Amazon), Siri (da Apple) ou Google Assistant, um quarto dos domicílios norte-americanos possui hoje um smart speaker¹⁷.

A eles podem-se acrescentar outros dispositivos de vigilância como as televisões inteligentes, que não só respondem a comandos de voz, mas registram e armazenam as informações derivadas de conversas no local onde o aparelho se encontra.

Em suma, a vigilância tornou-se a marca característica das sociedades contemporâneas. Não se trata de teorias da conspiração, ou ficções científicas, mas sim de matéria extremamente relevante, dotada de alto impacto: a vigilância se converteu em parte indissociável de nossa sociabilidade, ou seja, dita também a maneira de relacionamento uns com os outros e com as coisas. Isso porque a vigilância social ocupa o escopo econômico das empresas (suas metas), gerando maior valor de mercado, e acentuando maior presença em nossa vida cotidiana, especialmente quando reúnem inovação tecnológica e a dissipam pela sociedade. Embora o Estado não seja mais o seu principal vetor (como propunha Foucault), ainda possui protagonismo em sua proliferação, na medida em que é omissivo quanto a certas práticas que continuam ocorrendo.

O que caracteriza o estado de vigilância não é só o sistema de captação de dados em massa. Tão importante quanto a captação desses dados é a capacidade daqueles que os usam de interferir no comportamento alheio, dando margem para que possam conhecer melhor e possam aplicar modelos às atitudes alheias com o objetivo de prever quais atitudes serão adotadas.

¹⁶ Amazon patenteia sistema de entrega que se antecipa à compra. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/amazon-patenteia-sistema-de-entrega-que-se-antecipa-a-compr/>. Acesso em: 25 de Maio de 2021.

¹⁷ Smart speaker: uso cresce com a pandemia. Disponível em: <https://newvoice.ai/2020/03/30/smart-speaker-uso-cresce-com-pandemia/>. Acesso em: 25 de Maio de 2021.

Em uma perspectiva mais contemporânea, deduz-se que a sociedade disciplinar foi sobreposta pelo modelo de controle tecnológico. Enquanto na concepção *foucaultiana* o panóptico vigiava os sujeitos fisicamente, na sociedade de controle a disciplina passou a ser imposta virtualmente.

Segundo ele, nesse novo arquétipo o aspecto disciplinar não desapareceu, mas apenas mudou a atuação das instituições. Os dispositivos de poder que ficavam circunscritos aos espaços fechados das instituições (escola, quartel, prisão) passaram a adquirir total fluidez, o que lhes permitiu atuar em todas as esferas sociais¹⁸.

O poder vigilante, conforme já explicado, tornou-se extraterritorial. Há vigilância irrestrita e contínua de dispositivos, telefones e outros que aumentam demasiadamente o controle dos titulares de dados. Todos podem vigiar e ser vigiados, de modo que espaços públicos passaram a estar sob o constante julgo de uma "sentinela moral". O poder tornou-se líquido e dinâmico, pouco importando de onde provêm as ordens de controle.

Muito provavelmente em vista disso, no decorrer do século passado, surgiram os primeiros regulamentos normativos que disciplinavam as interferências sociais da tecnologia. De maneira tardia ou não, a regulamentação jurídica foi necessária, especialmente para estratificar parâmetros de legalidade para permitir ou frear a atuação social, incumbência que ensejou a edição do novel diploma brasileiro.

Considerações Finais

É possível concluir que a dinâmica social foi drasticamente alterada pela tecnologia. A Lei, enquanto norma reguladora dos comportamentos sociais, visa reprimir dissídios humanos, e balizar condutas, equalizando a realidade com o objetivo constitucional de preservação dos direitos de primeira geração.

O ambiente virtualizado¹⁹ modifica as estruturas sociais de poder, diluindo o controle do Estado entre os cidadãos, de maneira entrecruzada e constante. Isto é, os

¹⁸ POMBO, Olga. **Sociedade de controle.** Disponível em: <https://www.revistaaskesis.ufscar.br/index.php/askesis/article/view/131> Acesso em 10 de agosto de 2023.

¹⁹ O termo "metaverso" veio do romance de ficção científica "Snow Crash" (1992), de Neal Stephenson. Ele juntou as palavras "meta" (que pode ser traduzida do inglês como "transcendente" ou "mais abrangente") e "universo". No livro, os personagens usam avatares digitais para entrar em um universo online, na maioria das vezes para fugir dos horrores de uma realidade distópica. Outro antecessor importante do metaverso foi Philip Rosedale, o criador do Second Life, jogo virtual em que os usuários podiam criar seus personagens e interagir dentro de um universo totalmente digital. A realidade virtual como conhecemos hoje começou a ganhar forma na década de 1990 na indústria dos games, com o lançamento do Sega VR. Mas a ideia de combinar realidade virtual com redes sociais começou a ganhar força com o anúncio do Facebook. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tudo-sobre/noticia/2022/04/o-que-e-metaverso-entenda-origem-do-termo-e-saiba-como-entrar-nesse-universo-virtual.html> Acesso em 10 de agosto de 2023.

olhares atentos da internet repousam de maneira vigilante e recalcitrante sobre todos os usuários, que juntos, exercem – ainda que de maneira não proposital – uma função de controle paralela à do Estado, funcionando como mecanismo distópico de afetação das liberdades alheias.

Por mais denso e indelével que seja o tema, a realidade da vigilância social nos últimos anos é frequentemente debatida em rodas informais, documentários, filmes e nos portais de notícias. O que chama a atenção – juridicamente posicionada – é a afetação dos direitos de primeira geração, notadamente o direito fundamental de privacidade dos indivíduos e seus reflexos nos objetivos centrais da Carta Magna, visto que, uma sociedade que contém um poder de vigilância paralelo está caminhando para um colapso premente, ainda que adstrito tão somente ao Direito.

Referências

“Alexa chama a polícia e babaca que batia na namorada vai em cana”. Disponível em: <https://tecnoblog.net/meiobit/368513/eua-amazon-alexa-assistente-virtual-chama-policia-e-ajuda-a-prender-babaca-que-batia-na-namorada/> Acesso em: 15 out. 2020.

“Amazon patenteia sistema de entrega que se antecipa à compra”. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/amazon-patenteia-sistema-de-entrega-que-se-antecipa-a-compr/> Acesso em: 25 de Maio de 2021.

BERÇOTT, Tamara. **A Era Digital**. Disponível em: http://www.vestibularfatec.com.br/download/prova_ant/redacao_71_1.pdf. Acesso em: 10. Nov. 2020.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2019. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm Acesso em: 14 jun. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede** (A era da informação, economia, sociedade e cultura). São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

CATALA, Pierre. **Ebauche d' une théorie juridique de l'information. Informatica e Direito**, ano 9, p. 20, janv./avril 1983.

FOUCAULT, Michel. **"Soberania e Disciplina"**. In: Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 182.

FOUCAULT, Michel. **"Vigiar e punir: nascimento da prisão"**; Terceira parte: Disciplina; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p.

FRANÇA Vladimir R.; FRANÇA Catarina Cardoso S. **Proteção constitucional da privacidade contra biografia não autorizada no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496883/RIL151.pdf?sequence=1> Acessado em: março de 2017.

FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 5, no 19, p. 196-246, abr./jun. 1997.

GABRIEL, Martha. **"Eu, Você e os Robôs: Pequeno Manual do mundo digital"** – São Paulo: Atlas, 2019.

GUIMARÃES, Saulo Pereira. **Amazon patenteia sistema de entrega que se antecipa à compra**. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/amazon-patenteia-sistema-de-entrega-que-se-antecipa-a-compr/> Acesso em: 29 de maio de 2021.

HARARI, Yuval Noah. **"21 lições para o século 21"**. Tradução: Paulo Geiger. - 1ª Ed. - São Paulo: Companhia das letras, 2018

HARARI, Yuval Noah. **"Homo Deus – Uma breve história do amanhã"**. Trad. Geiger Paulo. São Paulo: Cia. Das Letras, 2016.

Informação versus privacidade: quando direitos fundamentais entram em rota de colisão – Autor: Luciano Pires de Moraes. Portal Jusbrasil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59075/informacao-versus-privacidade-quando-direitos-fundamentais-entram-em-rota-de-colisao>. Acesso em: 14 jun. 2020.

ORWELL, George. **1984**. Tradução: Heloisa Jahn e Alexandre Hubner - 1ª Ed. - São Paulo: Companhia das letras, 2009.

POMBO, Olga. **Sociedade de controle**. Disponível em: <https://www.revistaaskesis.ufscar.br/index.php/askesis/article/view/131> Acesso em 10 de agosto de 2023.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância**. A privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **Elaboratori elettronici e controllo sociale**. Bologna: II Mulino, 1973.

Smart speaker: uso cresce com a pandemia. Disponível em: <https://newvoice.ai/2020/03/30/smart-speaker-uso-cresce-com-pandemia/>. Acesso em: 25 de Maio de 2021.

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO DISSÍDIO COLETIVO

GUILHERME DIAS SILVA:
graduando em Direito pela
Universidade de Gurupi-
Unirg²⁰

ADRIANO DE OLIVEIRA RESENDE²¹

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo a obtenção de maior conhecimento acerca do instituto do dissídio coletivo, este que por sua vez é um importante mecanismo de resolução de conflitos na justiça do trabalho, sendo assim, o presente artigo busca muito mais que apenas conceituar o tema, e sim trazer informações que permitam o claro entendimento da funcionalidade dessa ação na vida cotidiana e como a justiça atua de maneira a abranger determinados pontos cuja a norma não pode alcançar. As convenções coletivas surgiram com o objetivo de melhorar as condições de trabalho através da negociação direta com os empregadores por meio dos sindicatos, contudo, é normal ocorrer discordâncias quanto aos termos firmados, e é nesse conflito de ideias que os dissídios coletivos ganham foco, assim, estudaremos mais sobre essa tão importante demanda judicial.

Palavras-chave: Convenção coletiva, Dissídio coletivo, justiça do trabalho.

ABSTRACT: The present work aims to obtain greater knowledge about the institute of collective bargaining, which in turn is an important mechanism for resolving conflicts in the labor courts, therefore, this article seeks much more than just conceptualizing the theme, but to bring information that facilitates a clear understanding of the functionality of this action in everyday life and how justice acts in a way that covers certain points that the norm cannot reach. Collective agreements inspired with the objective of improving working conditions through direct negotiation with employers through unions, however, it is normal for disagreements to occur regarding the terms signed, and it is in this conflict of ideas that collective bargaining gains focus, as well as, we will study more about this very important lawsuit.

Keywords: Collective convention, Collective bargaining, labor justice.

20 E-mail: guilhermediaas19@gmail.com

21 especialista em: Direito Processual Civil; Direito Civil; Direito Empresarial; e Direito Trabalhista.

INTRODUÇÃO

Quando estudamos os direitos coletivos do trabalho observamos uma verdadeira flexibilização da normatividade trabalhista, a possibilidade de realização de acordos entre sindicatos de classes e de empregadores é um salto imensurável para as relações sociais de trabalho, algo que a tempos atrás seria quase que inconcebível, tendo em vista a disparidade existente entre patrão e empregado, é claro que ainda existe um elo mais fraco na relação empregatícia, mas o ordenamento jurídico vem sempre tentando se moldar de forma a contornar essas desigualdades e promover melhores condições de trabalho.

Com o aumento no número de negociações coletivas as possibilidades para negociação tornam-se muito amplas, e é claro que em determinado momento pode vir a ocorrer um choque de ideias entre as partes que estão atuando nos distintos pólos da convenção, dessa forma, surgem conflitos oriundos das diferentes vontades, conflitos esses que podem vir a prejudicar toda a classe trabalhadora, e até mesmo os empregadores, visto que tais convenções tem poder para gerar normas que regem toda a classe, pensando nisso, o legislador abre margem para que o judiciário haja de forma a dirimir esses conflitos, atuando de forma excepcional, gerando através de sentenças com poder normativo regras que vão reger a relação empregatícia, essa forma de resolução de conflitos ganha o nome de dissídio coletivo.

O presente artigo busca estudar sobre esse instituto para melhor conhecermos sobre esse mecanismo presente na justiça do trabalho que é tão pouco comentado, mas possui uma grande importância nas situações fáticas da vida cotidiana. Para a confecção deste trabalho foi realizada ampla pesquisa doutrinária nas obras recomendadas pelo orientador, com o fim de elencar os tipos de dissídio existentes e suas peculiaridades, assim o procedimento específico para tal demandajudicial.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Conforme leciona Giacomelli (2021, p. 89)²², foi necessário uma evolução do direito coletivo para que os trabalhadores pudessem acordar melhores condições de trabalho individuais, dessa forma, deve-se primeiro partir da esfera coletiva para depois ir para o individual. Com o passar dos anos, a figura dos sindicatos ganhou cada vez mais notoriedade,

²² ZAFFARI, Eduardo Kucker. GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira. REIS, Anna Carolina Gomes. PINTO, Flávia Aguiar Cabral Furtado. VIEIRO, Guérula Mello. OLIVEIRA, Luciano. Direito Coletivo do Trabalho - Volume único - Porto Alegre - RS: Editora Sagah 2021.

O que é resultado de uma longa evolução histórica, afinal, o labor humano a princípio era um castigo, uma forma de punição, além de ser destinado às camadas consideradas como inferiores da sociedade, muito diferente da visão que se tem na atualidade, onde o trabalho é reconhecido como um direito humano estabelecido na Declaração Universal de direitos dos homens, no Brasil, ganhou previsão na Constituição Federal como um direito social.

O direito que versa sobre as prerrogativas do trabalho surgiu na sociedade industrial da mesma forma que o trabalho em moldes próximos aos que conhecemos nos dias atuais, com a revolução industrial o trabalho escravo deu espaço ao trabalho assalariado, surgindo assim a relação entre empregador e empregado, o direito trabalhista nasce então como uma forma de proteger o proletariado de abusos de seus patrões. Conforme leciona Delgado (2017, p. 89)²³ o direito do trabalho é fruto de uma sociedade capitalista, pois somente ela reúne os elementos necessários para seu surgimento que são eles: elementos socioeconômicos, políticos e culturais, pois ainda conforme o renomado autor, o direito trabalhista teria surgido para retificar distorções existentes no estabelecimento das empresas relacionadas às dinâmicas de poder existentes entre chefe e empregado.

Com base no que já foi explícito é fácil visualizar como funciona o Estado nessas questões trabalhistas, sendo que sua intervenção age de forma a coibir imposições abusivas de capitalistas a seus trabalhadores, é claro que a liberdade de pactuação entre as partes fica comprometida até certo ponto, mas tudo isso para proteger aquele que é o elo mais fraco em uma relação entre empregado e empregador.

Ainda conforme a doutrina de Giacomelli (2021. p. 91)²⁴, algumas correntes foram essenciais para consolidação dos movimentos dos trabalhadores que acarretaram a criação de leis que regem as relações de trabalhos tanto coletivas quanto individuais, como por exemplo a doutrina social da Igreja na figura das encíclicas, o próprio Manifesto Comunista que impactou o mundo das relações trabalhistas de maneira inacreditável, e até mesmo a criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

Não podemos falar em dissídio coletivo sem falar sobre os sindicatos, a Constituição Federal atribui a eles a função de defender os direitos individuais e coletivos da categoria, tanto nas questões administrativas quanto nas judiciais, atuando nos conflitos trabalhistas que surgem quando há insatisfação em relação às questões fáticas, para que se alcancem melhores condições de trabalho deve-se passar por conflitos, pois

23 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 17. ed. São Paulo: LTR, 2017

24 ZAFFARI, Eduardo Kucker. GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira. REIS, Anna Carolina Gomes. PINTO, Flávia Aguiar Cabral Furtado. VIEIRO, Guérula Mello. OLIVEIRA, Luciano. Direito Coletivo do Trabalho - Volume único - Porto Alegre - RS: Editora Sagah 2021.

assim será possível a criação de novas soluções por parte dos empregadores e dos empregados, sendo assim uma das fontes do direito.

Como fontes do direito nós podemos destacar as chamadas sentenças normativas, que são de competência do poder judiciário, digamos que é uma função atípica de legislar que é cabível aos tribunais, decorrendo de uma competência constitucional nos dizeres de Delgado (2017. p 169)²⁵, essas sentenças servem para estruturar um espectro normativo, abstrato, obrigatório e impessoal, que é colocado às vistas dos tribunais para que estes exerçam aquela que é a função típica dos legisladores, fugindo da atuação típica.

Por derradeiro, essas sentenças normativas são criadas a partir do julgamento das ações de dissídio coletivo, objeto de estudo do presente trabalho.

2.DO DISSÍDIO COLETIVO

Conforme leciona Pamplona Filho (2020. p. 925)²⁶, os dissídios coletivos podem ser entendidos como relações jurídicas formais, cuja a competência originária para apreciar a ação pertence aos tribunais, e que se destina a elaboração de normas gerais através da resolução de conflitos de grupos coletivos.

Devemos ficar atentos para não confundir o dissídio coletivo com as chamadas reclamações plúrimas, que são aqueles dissídios individuais onde existe litisconsórcio, a principal diferença é que nos dissídios prurimos as pessoas consideradas individualmente, onde é possível notar o interesse individual de cada um, já nos dissídios coletivos existe uma disputa que envolve grupos econômicos e profissionais, onde o que existe realmente é o interesse coletivo de uma classe de trabalhadores.

Outra questão que implica nessa diferença entre o dissídio coletivo e o plúrimo é competência, visto que as reclamações trabalhistas são propostas na primeira instância, onde os tribunais atuarão de acordo com a competência recursal, em contrapartida, os dissídios são propostos nos órgãos jurisdicionais de segunda instância, ou até mesmo cabendo ao TST para julgar, mas nesses casos ainda assim existe a competência originária.

A principal diferença entre as demandas individuais e as coletivas estão nos efeitos, enquanto os efeitos da jurisdição das sentenças de demandas individuais são oponíveis apenas a sujeitos individualizados, os efeitos do dissídio coletivo geram um verdadeiro

25 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 17. ed. São Paulo: LTR, 2017

26 FILHO, Rodolfo Pamplona. SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. Curso de Direito Processual do Trabalho - 2ª ed. São Paulo - SP: Saraiva Jur

efeito normativo que vai alcançar aqueles que nem ao menos fizeram parte do processo, bastando apenas integrarem uma das categorias envolvidas na lide.

2.1 Finalidade

Conforme já mencionado, a finalidade do dissídio coletivo é a criação de uma sentença normativa que coloque fim às discussões que passem a existir entre determinadas categorias profissionais e econômicas, ocorre que existe um entendimento pertencente ao TST e ao próprio STF de que essa função normativa atribuída ao poder judiciário se daria apenas nos casos em que houvesse o vazio normativo, bem, não é possível que a lei preveja todas as hipóteses de conflitos que possam vir a existir, então é completamente válido que existam outras formas de normatizar determinadas necessidades sem que seja necessário passar por um longo processo de votação nos órgãos do poder Legislativo.

2.2. Do procedimento.

Ao darmos início a uma demanda judicial primeiramente devemos nos atentar ao órgão competente para julgá-la, seguindo os ensinamentos de Giacomelli (2021. p.94)²⁷, o órgão jurisdicional que possui a competência originária para julgar os dissídios coletivos são os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), com competência territorial que abrange a base dos sindicatos que estão em conflito. Se o conflito ultrapassar o território onde determinado TRT é competente, então a demanda será apreciada pelo Tribunal Superior do Trabalho, mais especificamente na Seção de Dissídios Coletivos, conforme dispõe a lei nº 7.701/88.

A petição inicial da ação de dissídio coletivo é semelhante às das reclamações trabalhistas normais, devendo ser feita na forma do art. 856 da CLT, sua apresentação se dará em quantas vias forem o número dos reclamados e deverá conter a designação e qualificação dos envolvidos, assim como os motivos do dissídio, conforme dispõe o art. 858 da CLT. De acordo com o art. 840 da CLT, é necessário que a petição indique o pedido certo, determinado e indicando o valor do pedido.

A Seção de Dissídios Coletivos - SDC entende que não há julgamento extra ou ultra petita no que diz respeito a dissídio coletivo, entende ainda que por estar em debate o interesse de toda uma classe profissional ou econômica, não há espaço para revelia, visto

²⁷ ZAFFARI, Eduardo Kucker. GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira. REIS, AnnaCarolina Gomes. PINTO, Flávia Aguiar Cabral Furtado. VIEIRO, Guérula Mello.

OLIVEIRA, Luciano. Direito Coletivo do Trabalho - Volume único - Porto Alegre - RS:Editora Sagah 2021.

que a sentença a ser proferida transcende o interesse das partes com a criação de nova norma jurídica.

A SDC entende ainda que o dissídio não configura um meio apto para pugnar pela indenização. A petição inicial deverá ser protocolada junto ao mandato de outorga assinado pelo representante legal da entidade suscitante, indicando a delimitação territorial do conflito e expondo as reivindicações da categoria na forma de cláusulas.

Ajuizada a ação, deverá o Presidente do Tribunal empenhar esforços para uma tentativa de conciliação, que se dará na forma do art. 860 da CLT, devendo ocorrer dentro de um prazo de 10 dias, nessa audiência o magistrado tem a liberdade de propor soluções não levantadas pelas partes de forma a intermediar os interesses de ambos os lados. Se ocorrer a conciliação entre as partes, então o acordo será submetido à primeira sessão do tribunal para sua homologação, não comportando recurso sobre o que foi acordado.

Não realizada a conciliação, o dissídio será submetido ao julgamento da turma responsável, devemos nos atentar mais uma vez ao fato de que nas ações de dissídio coletivo não se considera os efeitos da revelia, isso, como já foi explicado, se deve ao fato de que não se trata de um julgamento de interesses individuais e sim da criação de uma norma jurídica. Cabe mencionar que a CLT não tem uma previsão explícita sobre a possibilidade de que seja apresentada contestação por parte das entidades sindicais de empregadores, o que obviamente é possível, caso contrário se trataria de um verdadeiro cerceamento do direito à defesa.

Sendo infrutífera a conciliação, o processo será submetido à sessão do Tribunal para ser julgado, conforme ensina Pamplona Filho (2020. p.949)²⁸, após o sorteio do ministro relator, os autos serão encaminhados ao Ministério Público do Trabalho para que seja dado parecer obrigatório, nos termos da lei nº 7.701/88, esse parecer poderá ser proferido de forma oral na própria audiência de instrução ou na sessão de julgamento, se dará da forma que melhor favorecer a celeridade processual.

No julgamento, serão julgadas cada cláusula individualmente, devendo a decisão sobre cada uma ser devidamente fundamentada. Após proferida a sentença esta terá o efeito normativo, criando ou modificando direitos existentes de determinada categoria profissional da área territorial durante o período de tempo que ficar estipulado (geralmente no período de 1 ano).

²⁸ FILHO, Rodolfo Pamplona. SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. Curso de Direito Processual do Trabalho - 2ª ed. São Paulo - SP: Saraiva Jur

2.3 Recurso no dissídio coletivo.

Existe a possibilidade de apresentar recurso a sentença normativa proferida em uma ação de dissídio coletivo, se a sentença normativa for proferida pelo TRT caberá recurso ordinário endereçado ao TST dentro do prazo de 8 dias, o prazo se inicia quando ocorre a notificação postal nos termos do art. 867 da CLT, entretanto, considera-se iniciado o prazo recursal a partir da publicação no Diário Oficial.

Nos casos do dissídio coletivo que tiveram origem no TST, a ação tramitará na SDC, e nesses casos caberá embargos que serão endereçados a própria SDC. Nos casos de dissídio coletivo não existe a exigibilidade de depósito recursal como ocorre nas reclamações trabalhistas, visto que não existe condenação em pecúnia.

Nos moldes atuais, o recurso ordinário sempre conterà efeitos suspensivos, mas esses efeitos deverão obedecer a medida e extensão impostas pelo Presidente do TST através de despacho, assim dispõe o art. 14 da lei nº 10.192/2001. Para reaver sobre as questões referente ao efeito suspensivo dos recursos deve-se propor agravo regimental para o próprio TST, o próprio tribunal entende que para a deliberação do efeito suspensivo o argumento não deve se restringir apenas a irreversibilidade da decisão, mas também a plausibilidade jurídica da decisão almejada.

Obviamente, caberá recurso extraordinário ao STF quando houver ofensa à Constituição Federal.

2.4 Modalidades de dissídio coletivo

A apreciação de um dissídio coletivo transcorre do impedimento de negociação coletiva entre as classes profissionais e econômicas, em que há exigência de harmonizar os conflitos trabalhistas decorrentes da insatisfação com as condições fáticas, econômicas, jurídicas ou de outros vieses provenientes da relação de trabalho. Os dissídios coletivos são denominados, em resumo, duas modalidades, consoante os conflitos que deram origem à ação: os conflitos econômicos (ou de interesse) e os conflitos de natureza jurídica.

Os conflitos de natureza econômica, ou de interesse, são aqueles em que os trabalhadores reivindicam novas e melhores condições de trabalho, assim como condições salariais. Afirma Delgado que, nos conflitos de natureza econômica “[...] a divergência abrange reivindicações econômico-profissionais dos trabalhadores, ou pleitos empresariais perante aqueles, visando alterar condições existentes na respectiva empresa ou categoria” (DELGADO, 2017, p. 1466)²⁹. Nesta espécie de conflito a ser decidido no

²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 17. ed. São Paulo:LTR, 2017

dissídio coletivo, haverá a criação ou modificação de uma norma, convenção, acordo ou sentença normativa.

De acordo com alguns doutrinadores, somente existiria essa espécie de dissídio coletivo, visto que o art. 114, § 2o, da CF refere apenas os dissídios de natureza econômica, como consta no dispositivo legal:

“§ 2o Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”

Entretanto, está obsoleta a compreensão de que apenas poderia ajuizar ação para o debate de conflitos de natureza econômica. Observe, no seguinte julgado, que o TRT examina os conflitos econômicos trazidos ao Poder Judiciário:

EMENTA DISSÍDIO COLETIVO ORIGINÁRIO.

Deferimento parcial dos pedidos que se encontram em consonância com os entendimentos majoritários desta Seção de Dissídios Coletivos, dos Precedentes deste Tribunal e dos Precedentes Normativos do TST ou por serem razoáveis. Indeferimento das demais pretensões pela ausência de indicadores econômicos objetivos ou por tratarem de matéria regulada na legislação ou própria para acordo entre as partes. (BRASIL, 2020, documento online).

Os conflitos de natureza jurídica, ou de direito, por sua vez, são aqueles em que há desacordo na sua aplicabilidade ou interpretação de determinada norma jurídica. Os conflitos de natureza jurídica se relacionam à interpretação de determinadas normas jurídicas e/ou contratuais, o que nos traz à discussão, sobre a sua aplicação dentre as categorias profissional e econômica.

Para Nascimento, a finalidade do dissídio de natureza jurídica “[...] não é a obtenção, mas a declaração sobre o sentido de um contrato coletivo ou de uma ou mais

de uma cláusula de um contrato coletivo ou a execução de uma norma que o empregador não cumpre [...]” (NASCIMENTO, 2009, p. 432)³⁰.

O art. 114, § 2º, da CF, traz em sua redação a ideia de que existiria a necessidade de ambos para o ajuizamento da ação de dissídio coletivo, o que leva muitas entidades patronais a debater o dissídio coletivo, postulando a extinção da ação em razão da ausência desta concordância, que é de extrema importância.

Portanto, na interpretação em dissídio coletivo de natureza jurídica, mais que uma atividade jurisdicional, o que o Tribunal faz é desenvolver seu poder regimental, não hesitando, se for o caso, em usufruir a função criativa que esse poder lhe certifica, fazendo suceder a "regra" em interpretação por "regra nova", de maior compatibilidade com a veracidade e com os interesses das partes.

2.5 Dissídios de Revisão e de Extensão

Nos termos da doutrina de Pamplona Filho (2020. p. 952)³¹, podemos encontrar ainda duas categorias diferentes de dissídio quanto à aplicabilidade da decisão, sendo eles o dissídio de extensão e o de revisão.

No dissídio de extensão, o órgão julgador promove uma ampliação no âmbito da regulamentação coletivo do trabalho, um bom exemplo dessa extensão é quando uma sentença normativa de um processo proposto por um sindicato que versa sobre os interesses dos funcionários de determinada empresa, porém nem todos os funcionários dessa empresa pertencem à mesma categoria, nesses casos, como forma de uniformizar a situação o órgão jurisdicional promove a extensão da decisão para aqueles que não fazem parte da mesma categoria, outra forma é através dos sindicatos entrarem com a ação compondo um litisconsórcio ativo.

Havendo extensão de sentença normativa, deverá o Tribunal fixar os termos de como se dará o cumprimento, conforme dispõe o art. 871 da CLT.

Quanto ao dissídio de revisão, este deve ocorrer quando o órgão jurisdicional observar que ocorreu alguma alteração nas condições de fato que serviram de base para estipular determinadas normas em uma regulamentação coletiva de trabalho, essa revisão busca modificar essas normas de forma a atualizá-las a situação fática real e está prevista no art. 873 da CLT.

³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical - 6ª ed. São Paulo-SP: Ltr. 2009

³¹ FILHO, Rodolfo Pamplona. SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. Curso de Direito Processual do Trabalho - 2ª ed. São Paulo - SP: Saraiva Jur

O art. 874 da CLT trata sobre quem pode promover o dissídio de revisão, podendo ser as entidades sindicais, obviamente, o Ministério Público do Trabalho ou até mesmo o próprio Tribunal poderá fazê-lo de ofício. A competência para julgar o dissídio de revisão é do mesmo Tribunal que julgou o dissídio originário.

2.6 Cumprimento da sentença normativa

Um outro procedimento especial é a ação de cumprimento prevista no art. 872 da CLT, devido a generalidade que pode ocorrer em determinadas decisões normativas do poder judiciário, sendo necessário um mecanismo para a concretização dessas normas, e assim surge o cumprimento de sentença, que pode ser entendido como um dissídio individual que busca executar aquela sentença normativa que foi gerada em um dissídio coletivo.

Segundo Pamplona Filho (2020. p. 953) quando os empregadores deixam de cumprir as obrigações estipuladas na sentença normativa poderão os trabalhadores de forma coletiva ou individual apresentar o pedido perante a vara competente juntando o conteúdo da decisão. É um dissídio individual como qualquer outro, instaurado em primeira instância que tem como objetivo condenar o empregador a pagar ou a fazer nos moldes da sentença normativa que não foi cumprida de forma adequada.

A interpretação extensiva do art. 872 pelo TST permite ainda que o cumprimento de sentença não ocorra apenas quanto às sentenças normativas, mas também que ela possa ser aplicada em relação às convenções coletivas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi exposto, observamos que o dissídio coletivo é uma forma de resolução de conflitos através de uma lide apresentada ao judiciário com objetivo de dirimir conflitos existentes entre trabalhadores representados pela respectiva entidade sindical e os empregadores, gerando assim através de uma sentença normativa, novo direito ou mesmo uma nova interpretação a norma reguladora das relações de trabalho já existentes.

As diversas modalidades de dissídio dizem respeito ao seu conteúdo, ou seja, aquilo que é pleiteado quando ocorre sua propositura, podendo os dissídios serem de natureza econômica ou jurídica, e como foi dito, as sentenças podem ter efeitos diferentes dependendo da situação fática que originou o dissídio, podendo revisar norma já existente, ou até mesmo estender os efeitos da decisão a outras classes de trabalhadores que não tenham apresentado nenhuma demanda parecida, mas que serão beneficiados pela decisão proferida no dissídio.

Por se tratar de assunto não muito comentado, a pesquisa doutrinária foi assertiva nas fontes utilizadas, tanto de direito material quanto na doutrina de direito processual, visto que o dissídio coletivo é um tipo de ação que encontra sua previsão na CLT e em legislação complementar.

Por derradeiro, a conclusão que podemos tirar é de que os dissídios coletivos são de uma importância quase indescritível para a justiça coletiva do trabalho, a forma como o judiciário busca mitigar conflitos de maneira a atuar de forma excepcional na criação de normas, função originária do poder legislativo, analisando cada dissídio de maneira específica e abrangendo cada cláusula de forma individual. O direito trabalhista talvez seja um dos mais maleáveis que existem na legislação, as possibilidades de conversação entre as partes é enorme, entender a dinâmica dos dissídios coletivos nesse meio é imprescindível para um completo estudo das relações trabalhistas em uma ótica coletiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 dez. 2022

BRASIL. Decreto-lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 02 dez. 2022

BRASIL. Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110192.htm. Acesso em: 02 de dez. 2022

BRASIL. Lei nº 7.701, de 21 de dezembro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7701.htm. Acesso em: 02 dez. 2022

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Seção de Dissídios Coletivos. 0021330-90.2018.5.04.0000 DC. Desembargador Luiz Alberto de Vargas. Julgamento em: 12 ago. 2020. JusBrasil, set. 2020. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/906317318/dissidio-coletivo-dc-213309020185040000>. Acesso em: 02 nov. 2022

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 17 ed. São Paulo-SP, LTR, 2017

Direito Coletivo do Trabalho - Volume único - Porto Alegre - RS: Editora Sagah 2021.

FILHO, Rodolfo Pamplona. SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. Curso de Direito Processual do Trabalho - 2ª ed. São Paulo - SP: Saraiva Jur 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical - 6ª ed. São Paulo-SP: Ltr. 2009

ZAFFARI, Eduardo Kucker. GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira. REIS, Anna Carolina Gomes. PINTO, Flávia Aguiar Cabral Furtado. VIEIRO, Guérula Mello. OLIVEIRA, Luciano.

VACINAÇÃO DEVE SER COMPULSÓRIA OU FACULTATIVA?

MANOEL SOBRINHO NETO JUNIOR:
graduando em Direito pela Universidade
Brasil. Campus Fernandópolis³².

GLAUCIMARCOS FAKINE MARSOLI

(orientador)

RESUMO: As vacinas demonstraram ser uma eficaz estratégia de Saúde Pública no combate de doenças de caráter pandêmico, um grande exemplo disso foi a varíola, decretada pela Organização Mundial da Saúde erradicada no final da década de 1970 graças a campanhas de vacinação. Esse trabalho Acadêmico de Conclusão de Curso tem como objetivo buscar na literatura os argumentos que embasam a vacinação compulsória, assim como, discutir os princípios da vacinação como uma escolha de cada indivíduo. O método de análise utilizado para conduzir a pesquisa foi leitura dos artigos relacionados a vacinação compulsória ou facultativa, apontando os argumentos que embasam cada hipótese. A metodologia utilizada na pesquisa foi levantamento bibliográfico, que envolveu a leitura e interpretação de livros, artigos acadêmicos, jornais oficiais, leis e materiais didáticos, e a natureza da pesquisa levantamento bibliográfico descritivo. O Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, entende ser inconstitucional todo ato coercitivo envolvendo vacinação, sendo: regulamentar ou administrativo. O tema é muito complexo, e multifatorial, ultrapassa as decisões dos tribunais, e só poderá ter uma solução, o combate a desinformação e a melhoria do nível de conhecimento educacional e social, onde as pessoas possam ser menos manipuláveis e mais conscientes que vacina salva vidas.

Palavras-chave: Vacinação, imunobiológico e Direito à Saúde.

ABSTRACT: Vaccines have proven to be an effective Public Health strategy in combating pandemic diseases, a great example of which is smallpox, which was eradicated by the World Health Organization in the late 1970s thanks to vaccination campaigns. This Academic Completion of Course work aims to search the literature for the arguments that support compulsory vaccination, as well as to discuss the principles of vaccination as a choice of each individual. The analysis method used to conduct the research was the reading of articles related to compulsory or optional vaccination, pointing out the arguments that support each hypothesis. The methodology used in the research was a bibliographic survey, which involved reading and interpreting books, academic articles, official journals, laws and teaching materials, and the nature of the research was a

32 E-mail: enfermeiro.manoel@yahoo.com.br

descriptive bibliographic survey. The Federal Supreme Court, based on the principle of the dignity of the human person provided for in article 1, item III, of the Federal Constitution, understands that any coercive act involving vaccination, whether regulatory or administrative, is unconstitutional. The issue is very complex and multifactorial, it goes beyond the decisions of the courts, and there can only be one solution, combating disinformation and improving the level of educational and social knowledge, where people can be less manipulable and more aware that vaccine saves lives.

Keywords: Vaccination, immunobiologicals and the Right to Health.

INTRODUÇÃO

As vacinas demonstraram ser uma eficaz estratégia de Saúde Pública no combate de doenças infecciosas de caráter pandêmico, com campanhas em massa da população no decorrer da história; um grande exemplo disso foi a varíola, decretada erradicada pela Organização Mundial da Saúde erradicada no final da década de 1970 graças a campanhas de vacinação.

No ano de 2019 com advento da Pandemia por Covid 19 que ceifou milhares de vidas em todo mundo, a produção de vacinas em tempo Record, o tema vacinação compulsória ou facultativa voltou a ter destaque no universo jurídico, o que motivou a realização desta pesquisa.

As pessoas tem liberdade de escolha, de querer ou não receber um tratamento, medicamento ou vacina, garantidos na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Nessa toada os princípios são a autonomia e liberdade sobre suas escolhas e própria vida. O princípio é o direito a individualidade, liberdade e autonomia, o cidadão deve ser respeitado em suas escolhas. De acordo com esses princípios o indivíduo decide se quer ou não ser vacinado.

Por outro lado, há uma corrente que trata a vacinação como compulsória. Os argumentos são sólidos, e se embasam nos resultados históricos de combate, controle, eliminação e até erradicação de doenças pandêmicas através de campanhas de vacinação obrigatória em massa. Nesse aspecto o estado assume o controle e papel de protagonista, onde o direito individual de liberdade e autonomia é sobreposto ao dever de preservar a vida tanto da pessoa como da coletividade.

É inegável a proteção dada pelas vacinas na prevenção de doenças, porém, existem movimentos anti-vacinas espalhados em todo mundo. Esses movimentos estão crescendo, eles tratam as vacinas como algo prejudicial, muitas vezes contrariam estudos baseados em evidencias científicas, propagam que certas doenças são causadas por vacinas, como é

o caso do autismo, o que não tem comprovação científica. Acabam gerando desinformação, e fazendo que muitas pessoas decidam não se vacinarem por medo. Até quanto a liberdade de escolha em se vacinar é uma decisão correta e/ou consciente? Essa decisão sobre influência de movimentos que propagam inverdades?

Esse trabalho Acadêmico de Conclusão de Curso tem como objetivo buscar na literatura os argumentos que embasam a vacinação compulsória, assim como, discutir os princípios da vacinação como uma escolha de cada indivíduo.

O método de análise utilizado para conduzir a pesquisa foi leitura dos artigos relacionados a vacinação compulsória ou facultativa, apontando os argumentos que embasam cada hipótese.

A metodologia utilizada na pesquisa foi levantamento bibliográfico, que envolveu a leitura e interpretação de livros, artigos acadêmicos, jornais oficiais, leis e materiais didáticos.

Por fim, este trabalho terá reflexões conclusivas sobre o objeto e as colocações no mesmo, sem esgotar as questões apresentadas, mas de fomentar o debate na comunidade acadêmica.

1 - UMA BREVE HISTÓRIA SOBRE AS VACINAS

Em meados do século 17, a varíola era pandêmica, com uma alta taxa de mortalidade. Lady Mary Montagu, esposa do embaixador inglês em Istambul, observou que a doença poderia ser evitada através de uma técnica utilizada pelos muçulmanos, com a introdução, na pele de indivíduos saudáveis, de líquido extraído de crostas de varíola de um paciente infectado. Edward Jenner, foi quem desenvolveu todo o processo, em 1798, estudou camponeses que desenvolviam uma condição benigna conhecida por vaccinia, devido ao contato com vacas infectadas por varíola bovina (cowpox), através da observação e experimentação desenvolveu todo processo. Obviamente sem obedecer a todos os passos de uma pesquisa de ensaio clínico, sem os preceitos bioéticos, podemos afirmar que o ineditismo de suas pesquisas marcou profundamente a história da medicina (PLOTKIN, 2004).

Porém, somente após décadas que a relação causa-efeito entre a presença de microrganismos patogênicos e doenças, foi estabelecida. Aproximadamente em 1870 por Louis Pasteur e Robert Koch. Pasteur com objetivo de homenagear Jenner, deu o nome de vacina a qualquer preparação de um agente que fosse utilizado para imunização de uma doença infecciosa e, em 1885, Pasteur desenvolve a vacina contra a raiva humana, dando início a uma nova era (PLOTKIN, 2004).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) e Organização Pan-americana (OPAS) apoiam os países na implementação de Programas Nacionais de Vacinação universais, defendem o efeito globalizado das imunizações, seu resultado na erradicação de doenças em nível mundial, como no caso da varíola, que teve seu último registro de ocorrência em 1977. Colocam a vacinação como estratégia prioritária na proteção e prevenção de doenças, principalmente em países em desenvolvimento que o caso do Brasil (World Health Organization, 2004).

Pode-se afirmar que a vacinação vem ocupando espaço no meio científico, e vem passando por grandes avanços. O desenvolvimento da ciência, microbiologia, farmacologia e da imunologia tem se somado aos estudos de epidemiologia e sociologia, os quais evidenciam o grande impacto que as vacinas têm representado para a sociedade atual, significando um dos principais fatores de promoção de saúde e prevenção de doenças. As políticas de incentivo a vacinação são tratadas como cruciais para o combate a mortalidade infantil (AURÉLIO; BECKER, 2006).

O desenvolvimento das vacinas, em especial, mostrou-se uma das mais bem-sucedidas e rentáveis medidas de saúde pública, no sentido de salvar vidas. Desde a última metade do século 20, doenças que antes eram muito comuns tornaram-se raras no mundo desenvolvido, devido principalmente à imunização generalizada, atrelada a melhoria das condições sanitárias. Centenas de milhões de vidas foram salvas e bilhões de dólares poupados em saúde pública, com a redução de doenças pandêmicas, epidêmicas e endêmicas. Hoje é inquestionável os benefícios das vacinas no controle (redução de casos novos em um determinado local e tempo), eliminação (diminuição de casos em uma prevalência menor 1 caso para cada 10.000 habitantes em um determinado local e tempo), e erradicação (zerar os casos em um determinado local e tempo) de uma doença. Porém, deve-se entender que não se trata de um produto livre de danos, denomina-se de eventos adversos após vacinação as consequências danosas como complicações ou doenças advindas da vacina (BRASIL, 2014).

O impacto do uso de vacinas em um país tem vários aspectos importantes a serem salientados. Por um lado, elas podem aumentar a expectativa de vida, controlar, eliminar e erradicar doenças, a consequência é uma população mais saudável e produtiva, com claros benefícios econômicos e sociais, evidências apontam que desde o século 18, a expectativa humana quase dobrou, porém, elas podem aumentar os custos da atenção à saúde quando utilizadas inadequadamente e/ou levar à ocorrência de eventos adversos indesejáveis no decorrer do tratamento (BRASIL, 2020).

No Brasil, a vacinação começou a ser utilizada como medida de saúde pública no século XIX, no entanto, somente a partir do ano de 1973 é que se formulou o Programa

Nacional de Imunizações (PNI), regulamentado pela Lei Federal no 6.259, de 30 de outubro de 1975, e pelo Decreto nº 78.321, de 12 de agosto de 1976, que instituiu o Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica (SNVE). O Programa Nacional Imunização organiza toda a política nacional de vacinação da população brasileira e tem como missão o controle, a eliminação e a erradicação de doenças imunopreveníveis. É considerada uma ação de prevenção específica dentro da prevenção primária de suma importância na Saúde Coletiva; o país tem o maior programa público de vacinação do mundo (BRASIL, 2014).

Mesmo com todos os benefícios apontados e comprovados pelas vacinas e pelo Programa Nacional de Vacinação brasileiro, ainda há grupos populacionais resistentes e contra os imunobiológicos. Nesse aspecto, vem à tona o direito ou não do cidadão se negar a receber as vacinas, e é sobre os princípios legais do direito de escolha que esse trabalho busca se aprofundar.

2. BASES LEGAIS DA VACINAÇÃO COMPULSÓRIA

A vacinação compulsória, tem por premissa o argumento do direito a vida, e da responsabilidade social, pois, um indivíduo que recuse vacinas poderá ser uma fonte de transmissão de doenças para outras pessoas. Esse tema não é novo, embora com a pandemia por Covid 19 tenha entrado em destaque novamente.

No Rio de Janeiro no ano de 1904, ocorreu a “Revolta da Vacina”, ocasionada por grupos populacionais que eram contra a vacina obrigatória da varíola, motivados pelo grupo político positivista da época. Nesse movimento as ruas da capital foram tomadas, ocorreu de fato uma guerra civil, o médico Oswaldo Cruz, então diretor do Serviço de Saúde Pública, voltou-se ao enfrentamento da varíola, efetivando uma série de ações para tornar efetiva a obrigatoriedade da vacina descoberta pelo inglês Edward Jenner (BRASIL, 2020b).

As medidas de vacinação obrigatória deram-se com base na Lei nº 1.261/1904 (BRASIL, 1904). No texto legal a vacinação era compulsória, mediante a imposição de uma série de medidas desproporcionais e abusivas, entre as quais o recolhimento obrigatório de eventuais refratários em um prédio específico destinado ao isolamento. Tais medidas policiais geram vários movimentos anti-vacinas, muitas vezes financiados e insuflados pela burguesia positivista da época (BARROSO, 2020).

Observa-se que a recusa por receber vacinas não é um tema novo, mas, com advento da Pandemia por Covid 19, dado a alta mortalidade da doença, aliada a alta transmissibilidade, voltou a preocupar as autoridades sanitárias do país. Um dos principais argumentos utilizados por pessoas ou grupos contrários às vacinas é que cada um deve ser livre e ter autonomia para deliberar e fazer suas próprias escolhas, o que, segundo eles, incluiria não se vacinar. Por toda vista, esta prática coloca em risco não apenas a vida do

indivíduo que decide não se vacinar, mas toda a coletividade. Através dessa premissa foi sancionada a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece entre outras estratégias de combate à pandemia, a vacinação contra a Covid-19 como sendo compulsória no Brasil (BRASIL, 2020).

A corte máxima do Brasil em seu Plenário decidiu que o Estado pode exigir que os cidadãos se submetam à vacinação compulsória contra a Covid-19, conforme previsto na Lei nº 13.979/2020. De acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Estado pode aplicar medidas restritivas previstas na lei aos cidadãos que recusem a vacinação (multa, proibição de visitar determinados locais, matrícula escolar), mas não podem realizar a imunização à força. Dando também liberdade aos Estados, Distrito Federal e Municípios para elaborarem estratégias concernentes a este aspecto (BRASIL, 2020).

Há uma linha de argumentos que trata a obrigatoriedade de vacinar para proteger a saúde coletiva como uma dupla obrigação: sendo o Estado obrigado a fornecer a vacina e o indivíduo deve ser vacinado. Nesse aspecto o governo ou autoridade pública não pode deixar de adotar medidas que permitam a vacinação de toda a população e garantam o direito constitucional à saúde e a uma vida digna, considerando que a imunidade de rebanho é um bem público coletivo. A imunidade de rebanho é a vacinação em grande escala. Portanto, o indivíduo não poderia escolher a vacina, sendo ela uma obrigação. A imunização de rebanho é fundamental para o controle, eliminação e erradicação de doenças infecciosas e transmissíveis (BRASIL, 2020).

3. PRINCÍPIOS LEGAIS DA VACINAÇÃO FACULTATIVA

Sobre os princípios legais da vacinação facultativa é importante observar que não há direitos fundamentais absolutos, nesse caso há um conflito de direitos, cabendo a um magistrado a interpretação no caso concreto, assim, ficará decidido qual direito ou dever prevalece, entre o direito a recusa ou o dever de ser vacinado.

No que tange o direito de escolha entre ser ou não vacinado, entra-se no foro dos direitos individuais: da autonomia, e da liberdade e da crença. Por toda via, esses direitos e deveres entram em confronto com direito à saúde coletiva e, em particular, das crianças e dos adolescentes, devendo prevalecer sobre a liberdade de consciência e crenças filosóficas. Considera-se ilegítimo que o direito coletivo seja violado em nome de um direito individual. O que daria a entender nesse ponto que a vacinação obrigatória poderia ocorrer (ADOLFO, 2008).

Porém, contrapondo a vacinação facultativa, cabe apresentar a decisão do Recurso Extraordinário do Agravo nº 1267879/SP, onde o Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre o dever dos pais de vacinar crianças e adolescentes, observou: A liberdade de

consciência é protegida pela Constituição Federal (incisos VI e VIII do art. 5º) e se expressa que toda pessoa tem o direito de fazer sua própria escolha existencial e viver seu próprio ideal de uma vida boa. No entanto, o senso comum sustenta que nenhum direito é absoluto e é limitado por outros direitos e valores constitucionais. O que dá a entender que a vacinação de crianças sendo estas não autônomas a decidir, seria obrigatória por parte dos pais (BRASIL, 2020).

Por outro lado, a situação da vacinação compulsória muda de figura ao analisarmos a decisão do Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, entende que figura flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa relativa à implementação da vacinação forçada de pessoas, excluem completamente a possibilidade de alguém ser forçado a tomar uma vacina contra sua vontade. Nesse aspecto, a vacinação não pode ser compulsória, sendo uma decisão de cada cidadão, querer ou não ser vacinado (SILVA, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável os benefícios advindos da descoberta das vacinas, que proporcionou o controle, eliminação e erradicação de doenças graves ao longo da história, reduziu morbimortalidade, com claros benefícios sociais e econômicos em todo o mundo. Segundo os estudos epidemiológicos de ensaio clínico, os eventos adversos das vacinas são infinitamente inferiores aos benefícios, o que sustenta a vacinação em rebanho.

Porém, observa-se que desde 1904 com a Revolta das Vacinas no Rio de Janeiro, que a vacinação compulsória não é a melhor estratégia de Saúde Pública, pois, lesa o direito a liberdade, autonomia e crença, e contribui ainda mais para a desinformação.

Por outro lado, com o surgimento das mídias sociais e a disseminação de Fake News por grupos anti-vacinas que atribuem a elas eventos graves e não verdadeiros, aumenta a cada dia pessoas contra os imunobiológicos, a consequência são coberturas vacinais baixas, e o reaparecimento de doenças já controladas ou eliminadas. É nesse ponto que a vacinação compulsória entra em destaque, o Estado com a justificativa de proteger o coletivo, obriga o cidadão a se vacinar.

O tema é muito complexo, e multifatorial, ultrapassa as decisões dos tribunais, e só poderá ter uma solução, o combate a desinformação e a melhoria do nível de conhecimento educacional e social do cidadão. Onde as pessoas possam ser menos manipuláveis e mais conscientes que vacina salva vidas, embora a ciência não seja um dogma, os estudos de ensaio clínico apresentam alto grau de confiabilidade, e estes apontam para a vacinação como o meio mais adequado e seguro para prevenção de doenças infecciosas transmissíveis

Assim, o tema correto a ser discutido não seria se o cidadão tem o direito de negar a vacinação, e sim o direito do cidadão de ter cada vez mais investimentos governamentais na implantação de mais vacinas na Rede Pública de Saúde, com maior número possível de doenças controladas, eliminadas e erradicadas do cenário nacional e mundial.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Dignidade da pessoa humana (ainda!) e Direito Civil: rápidas notas sobre um caminho por construir. Revista do Curso de Direito da FSG, ano 2, n. 4, jul./dez., p. 97-104, 2008.

AURÉLIO, M. P. S. BECKER, R. F. Imunizações: três séculos de uma história de sucessos e constantes desafios. Editorial • J. Pediatr. (Rio J.) 82 (3 suppl) Jul 2006. Acesso: 14 junho 2023. <https://doi.org/10.1590/S0021-75572006000400001>.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

World Health Organization. Achieving MDGs with immunizations successes. 2004. Acesso: 14 junho 2023. http://www.who.int/mdg/goals/goal4/050511_immunization_ml.pdf.

BRASIL. Ministério da Saúde. Manual de Normas e Procedimentos para Vacinação. Brasília, 2014. 176 p.

BRASIL. Ministério da Saúde. Manual de vigilância epidemiológica de eventos adversos pós-vacinação. 4 ed. Brasília, 2020c, 340 p.

Brasil. Lei Federal nº 13.979, de 13 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. Acesso 14 junho 2023. Disponível em: <https://www.saudeemdebate.org.br/sed/about/submissions> »
<https://www.saudeemdebate.org.br/sed/about/submissions>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 6586, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>>. Acesso em 14 de junho de 2023.

PLOTKIN, S. L, PLOTKIN, S. A. A short history of vaccination. Vaccines. 4th ed. Philadelphia: Elsevier; 2004. p. 1-16.

SILVA, João Vinicius Paim da. Vacinação compulsória: os limites e efeitos da aplicação de restrições civis às pessoas não vacinadas contra a Covid-19 no Brasil. FLORIANÓPOLIS – SC, 2021.

PODER DE POLÍCIA E DELEGAÇÃO A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO

MATHEUS BERALDO MAGALHAES PAIVA: advogado na área de contencioso cível desde 2015. Graduado em Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro em 2014. Pós-graduado em Direito Tributário e Direito Público pela Faculdade da Região Serrana – FARESE em 2022 ³³

RESUMO- O presente trabalho vem discorrer sobre a possibilidade da delegação do poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado. Para isso, foram abordados os aspectos mais importantes tratados no julgamento do Recurso Extraordinário 633.782 Minas Gerais pelo Supremo Tribunal Federal sob a relatoria do Ministro Luiz Fux e submetido ao rito de repercussão geral de tema 532, o denominado caso BHTRANS. Para uma exposição completa, após pesquisa bibliográfica e descritiva minuciosa, em um primeiro momento tratou-se dos aspectos gerais do poder de polícia, como seu conceito e a evolução. Na segunda etapa, se adentrou na estrutura e considerações acerca do regime jurídico das pessoas jurídicas de direito privado. Em seguida, se discorreu acerca da possibilidade ou não da delegação do exercício do poder de polícia às pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública indireta, com a devida análise do recente entendimento do Supremo Tribunal Federal. Por fim, concluiu-se pelo acerto da decisão do STF em conformidade com o entendimento da doutrina contemporânea.

PALAVRAS-CHAVE: Poder de Polícia. Administração Pública. Delegação. Pessoa Jurídica de Direito Privado.

1. INTRODUÇÃO

Em 23 de outubro de 2020 foi finalizado o julgamento do Recurso Extraordinário 633.782 Minas Gerais pelo STF, submetido ao rito de repercussão geral de tema 532, e que teve como Relator o Ministro Luiz Fux.

O referido julgado representou uma mudança na jurisprudência do STF no que diz respeito à possibilidade de delegação do exercício do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, acolhendo a perspectiva da doutrina administrativa contemporânea acerca da evolução do conceito de poder de polícia sob a ótica do giro democrático constitucional.

³³ E-mail: mberaldo@live.com

Nesse sentido, a tese jurídica fixada foi em prol da constitucionalidade da delegação do poder de polícia, desde que seja concretizada por meio de lei, apenas a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial.

Ocorre que o julgamento não foi unânime, e o tema está longe de estar pacificado na doutrina, sendo, portanto, de extrema valia analisar e discutir os entornos jurídicos específicos acerca da possibilidade de delegação do exercício do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, o que será debatido ao longo deste trabalho.

Cabe esclarecer que existem quatro entendimentos predominantes em relação à essa temática. Um primeiro entendimento que preza pela indelegabilidade do poder de polícia. Um segundo entendimento, no sentido de que apenas seria possível a delegação do exercício do poder de polícia a particular integrante da estrutura da Administração Pública. Um terceiro entendimento que viabiliza a delegação parcial do poder de polícia. E um último entendimento que possibilita a delegação total do poder de polícia a particulares.

Desse modo, esse trabalho irá expor as principais controvérsias sobre a temática envolvida, analisando a evolução doutrinária e jurisprudencial ao longo das últimas décadas, expondo o que foi consagrado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 633.782 Minas Gerais, que tratou especificamente do caso da Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS, sociedade de economia mista do Município capital do Estado mineiro.

A relevância desse trabalho é verificada por se fundar na análise de tema muito controverso na doutrina e na jurisprudência, que vem evoluindo e ganhando mais importância ao longo dos anos, e que foi apreciado recentemente pela mais alta Corte de Justiça do país, sendo indiscutível sua relação com a ordem constitucional-democrática.

A pesquisa será bibliográfica, com a exploração do tema em livros, artigos publicados na internet, decisões relevantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, ou outros meios escritos de professores e estudiosos do direito.

2.ASPECTOS GERAIS DO PODER DE POLÍCIA

O poder de polícia é uma espécie de poder administrativo, ou seja, constitui uma prerrogativa atribuída a Administração Pública pelo ordenamento jurídico a fim de

viabilizar o exercício eficiente da função administrativa, sempre visando a atingir o interesse público.

Nesse sentido, o poder de polícia tem como finalidade condicionar e restringir o exercício de direitos, atividades ou de bens de modo a viabilizar a convivência harmônica e pacífica em sociedade, sempre em prol da realização do interesse público, cabendo frisar que essa competência atribuída ao Estado deve ter fundamento na lei, podendo-se verificar seu conceito legal através do preceituado no artigo 78 do CTN, nos seguintes termos:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Assim, se constata que o termo poder de polícia é multifacetado e que se manifesta em diversos campos relacionados à complexidade inerente às funções administrativas da atividade do Estado.

Ademais, cabe ressaltar que seu conceito vem sofrendo significativa transformação, considerando que, apesar de sua origem no Estado absolutista, hoje a doutrina contemporânea defende uma releitura na compreensão desse instituto clássico do direito administrativo, com a criação de novos critérios e parâmetros de controle, respaldados nos valores constitucionais de democracia e de respeito aos direitos fundamentais dos administrados, se afastando aos poucos do entendimento tradicional baseado na supremacia do interesse público, poder de império estatal e seu domínio eminente, para se aproximar de um estado de ponderação, pautado na garantia de direitos fundamentais como limitadores ao exercício do poder de polícia.

Nessa linha, cabe explicitar os dizeres de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“o que se tinha como um “poder de polícia” deve hoje ser entendido apenas como o exercício de função reservada ao legislador, pois

apenas por lei é constitucionalmente possível limitar e condicionar liberdades e direitos em tese, enquanto, distintamente, a função de polícia, como aplicação da lei, no exercício de função reservada ao administrador, pois a este cabe concretizar a incidência das limitações e condicionamentos legais nas hipóteses previstas” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 438).

Após a devida explanação acerca da evolução e abrangência do termo poder de polícia, impende esclarecer que o objeto do presente estudo se atém à atuação da polícia administrativa, que não se confunde com a polícia judiciária, sendo esta última relacionada ao exercício da jurisdição penal com o apoio dos órgãos de segurança pública, previstos no artigo 144 da Constituição da República Federativa do Brasil.³⁴

Seguindo o avanço dos estudos pela doutrina em relação ao poder de polícia, se criou a teoria do ciclo de polícia, relevante marco teórico que comporta quatro fases, quais sejam, ordem de polícia, consentimento de polícia, fiscalização de polícia e sanção de polícia, defendida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, da seguinte maneira:

A ordem de polícia é o preceito legal básico, que possibilita e inicia o ciclo de atuação, servindo de referência específica de validade e satisfazendo a reserva constitucional (art. 5º, II), para que se não faça aquilo que possa prejudicar o interesse geral ou para que se não deixe fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público, apresentando-se, portanto, sob duas modalidades (...), em que ambos os casos, a limitação é o instrumento básico da atuação administrativa de polícia. Essas modalidades, referem-se, portanto, respectivamente, a restrições e a condicionamentos. (...)

O consentimento de polícia, em decorrência, é o ato administrativo de anuência que possibilita a utilização da propriedade particular ou o exercício da atividade privada, em todas as hipóteses legais em que a ordem de polícia se apresenta sob a segunda modalidade: com a previsão de reserva de consentimento, a provisão pela qual o legislador exige um controle administrativo prévio da efetiva

34 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

compatibilização do uso de certo bem ou do exercício de certa atividade com o interesse público. (...)

Segue-se, no ciclo, a fiscalização de polícia, a função que se desenvolverá tanto para a verificação do cumprimento das ordens de polícia, e não apenas quanto à observância daquelas absolutamente vedatórias, que não admitem exceções, como para constatar se, naquelas que foram consentidas, não ocorrem abusos do consentimento nas utilizações de bens e nas atividades privadas, tanto nos casos de outorga de licenças como de autorizações.

A utilidade da fiscalização de polícia é, portanto, dupla: porque, primeiramente, realiza a prevenção das infrações pela observação do adequado cumprimento, por parte dos administrados, das ordens e dos consentimentos de polícia; e, em segundo lugar, porque prepara a repressão das infrações pela constatação formal da existência de atos infratores. (...)

Finalmente, falhando a fiscalização preventiva, e verificada a ocorrência de infrações às ordens de polícia e às condições de consentimento, desdobra-se a fase final do ciclo jurídico em estudo, com a sanção de polícia - que vem a ser a função pela qual se submete coercitivamente o infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração. (Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 440/444)

Nesse diapasão, fixado o entendimento introdutório acerca do conceito e abrangência do poder de polícia, mais especificamente a atuação da polícia administrativa, se passa a analisar os contornos jurídicos em relação às pessoas jurídicas de direito privado.

3.AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO E SEU REGIME JURÍDICO

As pessoas jurídicas de direito privado estão elencadas no artigo 44 do Código Civil³⁵.

Nesse rol estão incluídas as empresas públicas e sociedade de economia mista, que pertencem à Administração Pública indireta, devendo observar os seus princípios basilares, além de sua criação se dar por meio de lei, se sujeitando também ao regime

³⁵ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações; IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos; VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

jurídico próprio das empresas privadas, conforme estabelecido no artigo 37, inciso XIX, e artigo 173, §1º, inciso II da Constituição da República.³⁶

Nesse contexto, cabe destacar que esse regime privado a ser aplicável às empresas estatais variará conforme se trate de empresa pública e sociedade de economia mista prestadoras de serviço público ou daquelas que exploram atividade econômica.

Assim, em relação às empresas públicas e sociedade de economia mista prestadoras de serviço público, apesar de serem pessoas jurídicas de direito privado, sua atuação obedecerá a uma sistemática jurídica híbrida, em que ora prevalecerá o regime de direito público, ora prevalecerá o regime de direito privado, conforme explicado por Gustavo Binenbojm:

“A despeito de sua natureza jurídica de direito privado, isso não é obstáculo per se a que elas exerçam certos atos e funções que um dia foram tidos como exclusivos do Estado. Tanto assim que se reconhece com certa tranquilidade, que as empresas estatais praticam atos de império no âmbito de licitações e concursos públicos, por imperativo do art. 37, II e XXI, da Constituição de 1988. Se as estatais se sujeitam ao regime jurídico de seleção de pessoal e de fornecedores, faz sentido que elas exerçam algum nível de autoridade. O processo licitatório e os atos relativos ao concurso público são tipicamente de Estado e aproximam-se da sua lógica de império. Daí se reconhecer, inclusive, o cabimento de mandado de segurança contra atos de autoridade praticados por empresas estatais.” (Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 273)

³⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

Para corroborar esse entendimento, vale explicitar diversos julgados do STF reconhecendo o exercício de funções públicas por estatais de direito privado, o que é chamado por Gustavo Binenbojm de processo de “autarquização das empresas estatais prestadoras de serviço público” (Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 273).

No julgamento do RE 852.302 em 2015, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, prevaleceu que o sistema constitucional de precatório do artigo 100 da Constituição Federal³⁷ seria aplicado às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e de natureza não concorrencial, em regime de exclusividade.

Por outro lado, o referido regime de precatório não poderia beneficiar sociedade de economia mista que explorasse atividade econômica em regime concorrencial com outras empresas privadas, conforme decidiu o STF por meio de julgamento do RE 599628 em 2011.

Diversos outros julgados também foram responsáveis por consagrar a diferença do regime aplicável às estatais prestadoras de serviço público em relação às estatais que exploram atividade econômica, ficando reconhecida a possibilidade de coexistência de regimes.

Ademais, em relação à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, o STF equiparou seu status à Fazenda Pública para afastar a penhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, além de reconhecer a imunidade recíproca em relação aos impostos, considerando se tratar de empresa pública que presta serviço público e atua em regime de monopólio, atraindo a observância do regime jurídico de direito público.

Outro julgamento extremamente relevante foi o do RE 658.570 ocorrido em 2015, na ocasião o STF considerou constitucional o exercício de poder de polícia pelas guardas municipais, tanto a etapa de fiscalização quanto a de imposição de sanções administrativas com respaldo legal, cabendo ressaltar que elas podem ser constituídas sob a forma de empresa pública prestadora de serviço público de atuação própria do Estado, submetida ao regime jurídico de direito privado, fazendo prevalecer o sentido objetivo no que diz respeito à administração pública.

Destarte, claramente se verifica que a jurisprudência do STF vem se firmando no sentido de viabilizar a extensão de prerrogativas da Fazenda Pública às empresas estatais

³⁷ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

que prestam serviços públicos em regime não concorrencial, cabendo, agora, analisar os contornos jurídicos em relação à viabilidade da delegação do poder de polícia a entidades integrantes da administração pública indireta de regime jurídico de direito privado.

4.A DELEGAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO QUE COMPÕEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA.

Em relação a delegação do exercício do poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado, cabe esclarecer que o entendimento clássico da maioria da doutrina e da jurisprudência sempre foi no sentido da sua indelegabilidade, com fundamento na ideia de que seu exercício pressupõe personalidade jurídica de direito público, único desenho institucional capaz de conferir a estabilidade necessária ao poder decisório de autoridade, o que exigiria que os servidores fossem submetidos ao regime estatutário. Essa era a linha de entendimento do Professor Celso Antônio Bandeira de Melo que foi consagrada no julgamento da ADI 1717 pelo STF em 2002.

Contudo, assim como em outras áreas da ciência, o direito também está sujeito à evolução, o que fez surgir outros três entendimentos acerca do tema por meio do desenvolvimento do direito administrativo contemporâneo.

Um entendimento intermediário que acabou consagrado no julgamento do Recurso Especial 817.534/MG do STJ em 2009, e envolve a BHTRANS, defende que apenas seria possível a delegação do exercício do poder de polícia no que diz respeito às fases de fiscalização e consentimento do ciclo de polícia, ficando inviabilizada a delegação das etapas de ordem e sanção, considerando que estas são forma de exercício direto do poder de império do Estado.

O terceiro entendimento capitaneado por José dos Santos Carvalho Filho é no sentido de que não há vedação em realizar a delegação do poder de polícia a entidades privadas que integrem a estrutura da Administração Pública, tendo sido acolhido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 633.782/MG em 2020, que ainda fixou outros parâmetros a fim de viabilizar o permissivo.

Por último, existe a tese consagrada pelos administrativistas mais modernos, que reconhecem a possibilidade de delegação do poder de polícia, ainda que a pessoa jurídica não seja integrante da estrutura da Administração Pública indireta, tendo em vista que não houve proibição pela Constituição Federal, apesar da necessidade do estabelecimento de parâmetros e critérios técnicos e objetivos para o seu exercício, conforme doutrina de Rafael Oliveira e Gustavo Binenbojm.

Com efeito, tendo sido expostos os entendimentos doutrinários que se contrapõem, cabe agora adentrar nos fundamentos específicos utilizados pela doutrina clássica para proibir a delegação do exercício do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado.

Nesse contexto, a doutrina clássica que preza pela indelegabilidade do poder de polícia se baseia em quatro ideias principais, quais sejam: a Constituição Federal não teria permitido a delegação; haveria a necessidade de estabilidade no serviço público para a prestação do poder de polícia, que apenas poderia ficar a cargo dos servidores estatutários; a prerrogativa da coercibilidade estaria restrita ao exercício poder de império do Estado em razão de sua função típica estatal; e por fim, o exercício do poder de polícia não seria compatível com a intenção lucrativa.

Não obstante, na ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 633.782/MG, o ministro relator Luiz Fux proferiu voto no sentido de afastar a aplicação do entendimento da doutrina clássica no que concerne a delegação do exercício do poder de polícia a sociedade de economia mista e empresas públicas que apesar de serem criadas sob o regime jurídico de direito privado, possuem natureza híbrida por integrarem a Administração Pública indireta e prestarem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado de capital social majoritariamente público, sem objeto de lucro, em regime não concorrencial.

Assim, quanto ao argumento da doutrina clássica dominante de que não haveria autorização constitucional para viabilizar a delegação do exercício do poder de polícia, este cairia por terra uma vez que se admite a delegação a pessoas jurídicas de direito público, apesar de também não haver permissivo constitucional explícito para estas, restando viável a delegação as empresas estatais que se aproximam do regime de direito público, através do entendimento do regime híbrido explanado anteriormente.

Em relação ao segundo fundamento da doutrina clássica que valoriza a necessidade de estabilidade no serviço público para prestação do poder de polícia, não é possível sua sustentação em termos absolutos, uma vez que os empregados celetistas, apesar de não serem abrangidos pela estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição da República³⁸, são dotados de uma outra estabilidade por ingressarem na Administração

38 Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. § 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço; § 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o

Pública por meio de concurso público, não podendo ser dispensados sem motivação. Além de que nem todos os servidores estatutários são cercados pela estabilidade, que não atinge os comissionados, que podem ser exonerados a qualquer tempo, e muito menos os servidores que ainda estão em estágio probatório.

Ademais, seguindo na desconstrução dos argumentos da doutrina clássica, cabe analisar se a prerrogativa da coercibilidade estaria realmente restrita ao âmbito do poder de império do Estado em razão de sua função tipicamente estatal.

Desse modo, em primeiro lugar, cabe frisar que apesar de a pessoa jurídica de direito público ser mais apta para exercer o poder de polícia, não pode se concluir pela impossibilidade absoluta do seu exercício por pessoa jurídica de direito privado.

Nesse contexto, no julgamento do RE 633.782/MG ficou consagrado que o afastamento do atributo da coercibilidade implicaria no esvaziamento da finalidade pela qual foram instituídas as estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado em regime de monopólio, e que não se poderia confundir o exercício do poder de polícia administrativa de trânsito com a atividade de segurança pública, esta sim prerrogativa exclusiva das entidades policiais elencadas no rol do artigo 144 da Constituição da República.³⁹

servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo; § 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade

39 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. VI - polícias penais federal, estaduais e distrital § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. § 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. § 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de

Por fim, no que concerne ao argumento de que não seria possível a delegação do exercício do poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado em razão de sua incompatibilidade com a aferição de lucro, vale destacar que esse requisito apenas poderia incidir em face das estatais exploradoras de atividade econômica, uma vez que as estatais que prestam serviço público de atuação própria do Estado não têm a intenção de obter lucros, mas de atingir o interesse público a ser resguardado.

Dessa maneira, igualmente não caberia o argumento de que haveria exercício abusivo na aplicação de sanções para impossibilitar a delegação, considerando que o abuso também poderia vir a ocorrer através da pessoa jurídica de direito público.

Na verdade, o importante é que a atividade seja desempenhada nos limites do ordenamento jurídico, que permite a criação de desenhos institucionais específicos para evitar que a atividade sancionatória fosse de alguma forma lucrativa a ponto de beneficiar financeiramente os acionistas da pessoa jurídica delegatária do poder de polícia.

Destarte, diante das considerações aqui expostas, cabe ressaltar o que ficou decidido no âmbito do julgamento do RE 633.782/MG realizado em 2020, tendo sido fixada a seguinte tese: "É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial."

Cabendo o adendo de que a única fase do ciclo de polícia que não poderia ser delegada seria a ordem de polícia, tendo em vista se tratar de função tipicamente legislativa, restrita aos entes públicos, conforme estabelecido no Texto Maior.

5.CONCLUSÃO

atividades de defesa civil. § 5º-A. Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais. § 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades. § 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. § 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39. § 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei.

Diante de tais considerações é possível afirmar que o tema aqui abordado é de extrema importância e que, definitivamente, o julgamento do RE 633.782/MG da relatoria do ministro Luiz Fux, submetido ao rito da repercussão geral de tema 532 foi um dos mais aguardados pelos administrativos de vanguarda, de modo que se viu uma superação dos entendimentos clássicos acerca da delegação do poder de polícia pelo STF, que seguiu na linha da orientação da doutrina mais moderna.

Nesse sentido, ficou consagrado que a Constituição da República Federativa do Brasil, por si só, não impede a delegação do poder de polícia de trânsito à sociedade de economia mista integrante da Administração Pública indireta, prestadora de serviço público de atuação própria do Estado, de capital majoritariamente público, em regime não concorrencial, desde que por meio de lei formal específica.

Além disso, se demonstrou que a jurisprudência vem apresentando uma ótica de extensão das prerrogativas inerentes a Fazenda Pública às estatais que possuem roupagem de pessoa jurídica de direito privado, mas que prestam serviço público em regime de exclusividade, sem concorrência, e sem que haja distribuição de lucros.

Destarte, após vasta análise do histórico e da evolução do poder de polícia na doutrina e na jurisprudência, e levando em consideração o regime jurídico híbrido das pessoas jurídicas de direito privado que atuam muitas vezes em favor da Administração Pública, se concluiu pela possibilidade da delegação do poder de polícia às pessoas jurídicas de direito privado que integrem a administração indireta.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REZENDE OLIVEIRA, Rafael Carvalho. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

DA POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO POR MUNICÍPIOS ALAGOANOS: UM ESTUDO DE CASO

WILLAMS CAVALCANTE DO NASCIMENTO:

Analista judiciário do Superior Tribunal de Justiça. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera - Uniderp⁴⁰.

RESUMO: O presente artigo objetiva fazer uma análise jurídica com base na legislação e na jurisprudência do STF e do STJ acerca da possibilidade de contratação direta de escritório de advocacia para prestação de serviços técnico-especializados de representação judicial a município pertencente ao Estado de Alagoas por meio de inexigibilidade de licitação pública.

Palavras-chave: Contratação direta. Inexigibilidade de licitação. Escritório de advocacia. Serviço técnico-especializado. Art. 74, III, da Lei nº 14.133/2021.

ABSTRACT: This article aims to make a legal analysis based on the legislation and jurisprudence of the STF and STJ about the possibility of directly contracting a law firm to provide technical-specialized services of judicial representation to a municipality belonging to the State of Alagoas through unenforceability of public bidding.

Keywords: Direct hiring. Non-compliance with bidding. Law firm. Technical-specialized service. Article 74, III, of Law No. 14.133/2021.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de análise jurídica da contratação mediante inexigibilidade de licitação de escritório jurídico especializado para prestação de serviços jurídicos advocatícios específicos por municípios alagoanos.

Optou-se por restringir o objeto do presente estudo ao caso específico dos municípios pertencentes ao Estado de Alagoas, trazendo inclusive normativos específicos expedidos pelo Tribunal de Contas de Alagoas, conforme será destacado a seguir.

2. DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Por obediência aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência, dentre outros, a Administração Pública em regra deve se submeter ao

40 willcavnas@hotmail.com

procedimento licitatório para realizar contratações e aquisições, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

A supramencionada norma encontra-se regulamentada pela Lei nº 14.133/2021 – embora ainda em vigor de forma concomitante até 30 de dezembro de 2023 a Lei nº 8.666/1993 –, que estabelece as situações excepcionais nas quais poderá haver contratação direta.

É sabido que em algumas situações o procedimento licitatório pode se mostrar custoso e demorado, gerando ônus desnecessário para a Administração, o que evidencia sua inconveniência ou inoportunidade para o atendimento ao interesse público. Por vezes, os custos diretos e indiretos acabam por superar a possível vantagem econômica obtida na realização do certame licitatório.

O art. 25, inciso II, c/c art. 13, inciso V, da Lei nº 8.666/1993 assim dispõem:

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

[...]

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

[...]

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

A Lei nº 14.133/2021, por sua vez, trouxe previsão semelhante, com uma sutil diferença: a ausência do requisito da “natureza singular” do serviço. Vejamos:

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

[...]

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:

[...]

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

O supracitado requisito da “natureza singular” do serviço era objeto de controvérsia perante as cortes brasileiras, pois não havia um conceito estabelecido de singularidade, o que levava a conclusões diversas. Referido tema será tratado em tópico mais adiante.

No presente caso, pretende-se analisar a contratação de escritório de advocacia especializado na prestação de serviços jurídicos específicos, sendo de rigor observar o cumprimento dos requisitos abaixo relacionados.

2.1 Da notória especialização e da singularidade do serviço

A Lei nº 14.133/2021 estabelece o que deve ser entendido como uma empresa de notória especialização, trazendo referências que visam facilitar a atividade interpretativa dos operadores do direito. Vejamos a redação disposta no § 3º do art. 74:

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, 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.

Importante destacar que a Lei nº 8.666/1993 já trazia previsão idêntica, motivo pelo qual não merece maiores digressões.

Mais especificamente quanto ao objeto da presente contratação – prestação de serviços advocatícios –, importante destacar a previsão contida na Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), cuja alteração promovida pela Lei nº 14.039/2020 passou a dispor sobre o tema da seguinte forma:

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

especialização, nos termos da lei. (Incluído pela Lei nº 14.039, de 2020)

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. (Incluído pela Lei nº 14.039, de 2020)

Nota-se, portanto, que há previsão legal expressa aduzindo que a prestação de serviços advocatícios possui natureza técnica e singular, devendo-se comprovar apenas a notória especialização do contratado.

Tal previsão legal no Estatuto da Ordem acabou com a discussão existente na época em que apenas a Lei nº 8.666/1993 existia e trazia o requisito adicional da singularidade do serviço, então excluído pela nova lei de licitações.

A notória especialização do escritório a ser contratado pode ser demonstrada através da juntada de certificados conferidos a seus integrantes, de atestados de capacidade técnica referentes a serviços similares prestados em diversos órgãos públicos e privados e ainda pelos diversos trabalhos jurídicos realizados em causas de semelhante complexidade, entre outros.

2.2 Do entendimento do STF e do STJ acerca do tema

O STF foi provocado a se manifestar sobre a questão da inexigibilidade de licitação para contratação de advogados por entes públicos através da ADC 45, proposta pelo Conselho Federal da OAB.

A referida ação busca trazer segurança jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente para que se reconheça a constitucionalidade dos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993 (com redação similar trazida pelo art. 74, III, da Lei nº 14.133/2021), em face das inúmeras controvérsias judiciais em diversas jurisdições do país acerca do entendimento deles extraído.

O Ministro Luís Roberto Barroso, relator da presente ação, proferiu o seguinte voto:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 13, V, E 25, II, DA

LEI Nº 8.666/1993. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

1. Ação declaratória de constitucionalidade dos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, que trata da qualificação dos serviços técnicos profissionais especializados e das hipóteses de inexigibilidade de licitação. Alegação de que tais normas dão ensejo a controvérsias judiciais nos casos de contratação direta de serviços advocatícios.

2. Constitucionalidade dos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993: disciplina legal da matéria que regulamenta com critérios razoáveis o art. 37, XXI, da CF.

3. Necessidade de conferir segurança jurídica à interpretação e aplicação dos dispositivos legais objeto da presente ação, mediante o estabelecimento de critérios e parâmetros dentro dos quais a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, estará em consonância com os princípios constitucionais da matéria, especialmente a moralidade, a impessoalidade e a eficiência. Precedentes: Inquérito 3.074, j. em 26.08.2014; MS 31.718, j. em 16.05.2018.

*4. **Necessidade de procedimento administrativo formal** (art. 26 da Lei nº 8.666/1993). Como todos os contratos celebrados mediante inexigibilidade de licitação, também a contratação direta de serviços advocatícios sob esse fundamento deve observar, no que couber, as exigências formais e de publicidade contidas na legislação de regência, especialmente o dever de motivação expressa, a fim de permitir a verificação de eventuais irregularidades pelos órgãos de controle e pela própria sociedade.*

*5. **Notória especialização do profissional a ser contratado** (art. 13, V, da Lei nº 8.666/1993). A escolha deve recair sobre profissional dotado de especialização incontroversa, com qualificação diferenciada, aferida por elementos objetivos, reconhecidos pelo mercado (e.g. formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação, experiência bem-sucedida em atuações pretéritas semelhantes).*

6. **Natureza singular do serviço** (art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993). O objeto do contrato deve dizer respeito a serviço que escape à rotina do órgão ou entidade contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atende. Inviabilidade de contratar-se profissional de notória especialização para serviço trivial ou rotineiro, exigindo-se que a atividade envolva complexidades que tornem necessária a peculiar expertise. Existência de característica própria do serviço que justifique a contratação de um profissional específico, dotado de determinadas qualidades, em detrimento de outros potenciais candidatos. Precedente: AP 348, Rel. Min. Eros Grau, j. em 15.12.2006.

7. **Inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público**. A disciplina constitucional da advocacia pública (arts. 131 e 132, da CF) impõe que, em regra, a assessoria jurídica das entidades federativas, tanto na vertente consultiva como na defesa em juízo, caiba aos advogados públicos. Excepcionalmente, caberá a contratação de advogados privados, desde que plenamente configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública.

8. **Contratação pelo preço de mercado**. Mesmo que a contratação direta envolva atuações de maior complexidade e responsabilidade, é necessário que a Administração Pública demonstre que os honorários ajustados encontram-se dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional. Essa justificativa do preço deve ser lastreada em elementos que confirmam objetividade à análise (e.g. comparação da proposta apresentada pelo profissional que se pretende contratar com os preços praticados em outros contratos cujo objeto seja análogo).

9. Parcial procedência do pedido, conferindo-se interpretação conforme a Constituição aos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993. Fixação da seguinte tese: " São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal;

notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado”.

De acordo com as razões destacadas no voto condutor acima, além dos requisitos já apresentados na Lei nº 8.666/1993 (já mencionados no tópico anterior), deve-se demonstrar que os serviços advocatícios requeridos são inconvenientes ou impossíveis de serem prestados pelos membros da própria procuradoria do ente público, além de justificar o preço da contratação, destacando-se que este deve ser o habitualmente praticado no mercado.

A inviabilidade de atuação da procuradoria do município pode ser fundamentada através de argumentos expostos em parecer proferido pelo setor da procuradoria responsável pelo objeto da ação (tributário, cível, previdenciário etc.) ou mesmo pelo procurador-geral do município.

Quanto à demonstração do preço de mercado, é possível a comprovação através da juntada de contratos anteriores do escritório de advocacia, nos quais seja possível notar a cobrança de valores aproximados para objetos similares.

Importante destacar que, apesar de não se ter ainda finalizado o julgamento da ADC 45 acima citada, houve formação de maioria com o acompanhamento do voto do relator por seis ministros: Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

O STJ também foi instado a se manifestar sobre a temática, mais especificamente sobre o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 (atualmente previsto no art. 337-E do Código Penal). Vejamos a ementa do julgado:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. AÇÃO PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. REQUISITO DE SINGULARIDADE DO SERVIÇO SUPRIMIDO PELA LEI N. 14.133/2021. CARÁTER INTELECTUAL DO TRABALHO ADVOCATÍCIO. PARECER JURÍDICO FAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DE EFETIVO PREJUÍZO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A consumação do crime descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, agora disposto no art. 337-E do CP (Lei n. 14.133/2021), exige a

demonstração do dolo específico de causar dano ao erário, bem como efetivo prejuízo aos cofres públicos.

2. O crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é norma penal em branco, cujo preceito primário depende da complementação e integração das normas que dispõem sobre hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitações, agora previstas na nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021).

3. Dado o princípio da tipicidade estrita, se o objeto a ser contratado estiver entre as hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, não há falar em crime, por atipicidade da conduta.

*4. Conforme disposto no art. 74, III, da Lei n. 14.133/2021 e no art. 3º-A do Estatuto da Advocacia, **o requisito da singularidade do serviço advocatício foi suprimido pelo legislador, devendo ser demonstrada a notória especialização do agente contratado e a natureza intelectual do trabalho a ser prestado.***

*5. **A mera existência de corpo jurídico próprio, por si só, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para o ente público.***

6. Ausentes o dolo específico e o efetivo prejuízo aos cofres públicos, impõe-se a absolvição do paciente da prática prevista no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 669.347/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (desembargador Convocado do Tjdft), relator p/ o acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe de 14/2/2022.)

O entendimento exposto acima coaduna-se com o formado pela maioria do Supremo, no sentido de se admitir a contratação de escritório de advocacia mesmo na hipótese de existência concomitante de órgão próprio de assessoria jurídica do ente público.

Por outro lado, destaca-se a flexibilização do requisito da singularidade, tendo em vista não mais ser este exigido conforme a redação do art. 74, III, da Lei nº 14.133/2021.

Desta forma, conclui-se que o entendimento do STF e do STJ é no sentido de ser possível a contratação direta por inexigibilidade de licitação de escritório de advocacia, desde que cumpridos os requisitos apontados acima.

2.3 Dos requisitos previstos na Instrução Normativa nº 3/2016 do TCE/AL

A referida norma dispõe sobre a realização dos serviços contábeis e jurídicos no âmbito da administração municipal alagoana.

Em que pese esta norma reforçar a ideia de que os serviços jurídicos devam em regra ser realizados por servidores ocupantes de cargos efetivos, excepciona a previsão de contratação de escritório jurídico mediante inexigibilidade de licitação, desde que cumpridos certos requisitos. Vejamos a redação de seu art. 6º:

***Art. 6º** Os Municípios poderão utilizar o instituto da inexigibilidade da licitação para contratar profissionais ou empresas de consultorias contábeis e jurídicas, somente quando houver inviabilidade de competição (art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93) e unicamente para os serviços que não possam ser realizados pelos servidores efetivos da área, dada a sua complexidade, configurando a necessidade dos serviços de profissional de notória especialização (art. 25, II, §1º, c/c art. 13, III e V, ambos da Lei nº 8.666/93), hipóteses em que as contratações deverão ser instruídas com os seguintes elementos:*

I – razão de escolha do contratado;

II – justificativa do preço, acompanhada da planilha de custos;

III – objeto específico e não abrangido pela necessidade geral e permanente da gestão;

IV – prazo compatível com o objeto.

Em relação ao disposto na Lei nº 8.666/1993 e ao entendimento do STF e do STJ, a norma acima traz requisitos adicionais consistentes no objeto específico e no prazo compatível.

Posteriormente, o TCE/AL editou a Resolução Normativa nº 5/2020, acrescentando o art. 6º-A à presente Instrução, para prever situação específica voltada para obtenção ou recuperação de créditos relativos aos royalties devidos em face da ANP. Vejamos:

*Art. 6º-A **Em caráter excepcional e extraordinário, e com a devida motivação**, admite-se a contratação de advogados com notória especialização, por inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, II, § 1º da Lei 8.666/93, para a realização de serviços de advocacia com a finalidade de obtenção ou recuperação de créditos relativos aos royalties devidos em face da ANP – Agência Nacional de Petróleo, **desde que seja comprovada a inexistência de advogado ou procurador jurídico qualificado para o caso concreto, nos quadros do poder Executivo Estadual e Municipal.***

*I - O Poder Público respectivo, Estadual ou Municipal, **deve justificar, detalhadamente, os motivos da contratação e a impossibilidade de realização do serviço por órgão próprio de representação jurídica ou contábil.***

*II - No caso da contratação prevista no caput deste artigo, **os honorários contratuais devem estar claramente estabelecidos no instrumento contratual**, com valores fixados em Real, observados os princípios da razoabilidade e economicidade;*

*III - **Admite-se, ainda, a contratação de honorários por êxito**, desde que observados os seguintes requisitos:*

*a) Os honorários contratados **não poderão ultrapassar 20% (vinte por cento) do que o ente público auferir** com a homologação administrativa, em sentença judicial transitada em julgado ou com os efeitos financeiros da antecipação de tutela nas ações para a obtenção judicial dos créditos relativos aos royalties devidos em face da ANP.*

b) O pagamento dos honorários deve ser realizado na proporção em que os efeitos financeiros favoráveis da decisão passem efetivamente a integrar o erário do contratante;

IV - O Poder Público Estadual e Municipal poderá efetuar o pagamento antes do trânsito em julgado nas ações para a obtenção judicial dos créditos relativos aos royalties devidos em face da ANP, condicionando o dispêndio da verba honorária à concessão da antecipação da tutela, na proporção em que os efeitos financeiros favoráveis da decisão liminar passem efetivamente a integrar o erário do contratante.

Observa-se a inclusão de novos requisitos além dos já supramencionados. Destaque-se que o requisito da demonstração de situação excepcional e extraordinária deve ser devidamente motivado.

A inexistência de procurador especializado pertencente aos quadros do Poder Executivo municipal também deve restar demonstrada por parecer emitido pela Procuradoria-Geral do Município, conforme dito acima.

No que diz respeito aos honorários, verifica-se a possibilidade de previsão expressa no contrato firmado com o município. É permitida a estipulação de honorários *ad exitum*, no importe de até 20% (vinte por cento) do proveito econômico para o ente público.

2.4 Das razões da escolha do contratado e da justificativa do preço

Apesar de se tratar de hipótese legal de inexigibilidade de licitação, tal contratação não dispensa a realização de um procedimento formal prévio, com vistas a garantir a observância dos princípios que regem nosso ordenamento jurídico e em especial a preponderância do interesse público.

Vejamos o disposto no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 26. [...]

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

Tais requisitos, aliados a outros, foram trazidos de forma mais minuciosa no art. 72 da Lei nº 14.133/2021.

Quanto à justificativa do preço em contratações diretas por inexigibilidade, importante destacar o seguinte entendimento do TCU:

Acórdão 9313/2017 Primeira Câmara (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira)

Responsabilidade. Convênio. Débito. Artista. Empresário. Cachê. Pagamento. Divergência.

Não cabe ao TCU avaliar ganhos internos no relacionamento de empresários entre si (exclusivos e ad hoc) ou entre esses e os artistas e bandas por eles representados. Em convênios que envolvam a participação desses atores, compete ao órgão concedente demonstrar que os pagamentos ocorrem dentro dos preços de mercado ou são compatíveis com valores já recebidos anteriormente pelos artistas e bandas em eventos equivalentes. Não havendo nos autos manifestação nesse sentido, não é possível a caracterização de débito por divergência entre os valores pagos aos empresários e os efetivamente recebidos pelas respectivas bandas e artistas, a título de cachê.

Nesse sentido leciona Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁴¹:

Em relação à justificativa de preço, é fundamental que a Administração Pública instrua o processo administrativo com os respectivos documentos. No caso da dispensa de licitação, a Administração deve apresentar, em princípio, três cotações, salvo situação justificada que demonstre a sua impossibilidade. Nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, a justificativa deve ser realizada por meio da comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas.

Registre-se, ainda, que na contratação direta, sem licitação, não deve ser dispensada a apresentação dos documentos de habilitação que, normalmente, seriam exigidos na fase externa da licitação. [...]

A observância do requisito atinente à justificativa do preço pode ser demonstrada, por exemplo, através de contratos de prestação de serviços advocatícios anteriores firmados pelo contratado junto a órgãos públicos e privados com objetos similares e/ou de mesma natureza.

⁴¹ Licitações e contratos administrativos: teoria e prática / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

Quanto ao requisito da demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido, verifica-se a importância de instruir os autos do processo administrativo com a informação sobre a dotação orçamentária específica para o objeto.

No tocante aos requisitos de habilitação do contratado, importante também inserir nos autos as certidões negativas de débitos que comprovam a regularidade jurídica, fiscal e trabalhista do escritório jurídico a ser contratado, atendendo-se assim os requisitos legais para a contratação.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, atendidos os requisitos ensejadores, amoldados no art. 74, inciso III, da Lei nº 14.133/2021 e demais normas supramencionadas, conclui-se ser juridicamente viável a contratação direta do escritório de advocacia, por meio de inexigibilidade de licitação, por município pertencente ao Estado de Alagoas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1993. Disponível em: <

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666compilado.htm>. Acesso em: 22 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei Nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>. Acesso em: 22 de novembro de 2022.

Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos: teoria e prática. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos [livro eletrônico]: Lei 8.666/1993 / Marçal Justen Filho. - 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, São Paulo, 9ª edição, 2002.

Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta / Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. 10. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2020.

OS POSITIVISMOS JURÍDICOS E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

EDUARDO MACHADO ARAGÃO PEREIRA:

Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogado⁴².

RESUMO: O presente estudo, cuja metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, tem como tema central a análise de como algumas das principais correntes do pensamento jurídico positivista trabalhavam com a questão da norma jurídica e a atividade criativa desenvolvida pelos magistrados através da interpretação dos textos legais. Diversas correntes do pensamento jurídico pós-Segunda Guerra Mundial, alegando a necessidade de superação de um modelo de aplicação do Direito baseado na exegese dos textos legais, buscaram nutrir o aplicador das normas jurídicas de instrumentos capazes de conferir-lhes possibilidade de solucionar casos de forma justa e não apenas de acordo com a lei. Veremos no presente artigo o modo como as teorias pós-positivistas se relacionam com as ideias veiculadas nas correntes positivistas precedentes e se realmente propõem uma superação ou apenas dão um novo contorno àquilo que já era defendido.

Palavras-chave: Positivismo jurídico. Pós-positivismo. Escola Histórica do Direito. Escola da Exegese. Jurisprudência dos Conceitos. Pandectistas. Jurisprudência dos Interesses. Positivismo Jurídico Kelseniano. Teoria Pura do Direito. Positivismo Jurídico de Herber Hart.

RESUMEN: El presente estudio, cuya metodología fue la investigación bibliográfica, tiene como tema central el análisis de cómo algunas de las principales corrientes del pensamiento jurídico positivista trabajaron el tema de las normas jurídicas y la actividad creativa desarrollada por los magistrados a través de la interpretación de los textos jurídicos. Varias corrientes del pensamiento jurídico posterior a la Segunda Guerra Mundial, alegando la necesidad de superar un modelo de aplicación del derecho basado en la exégesis de los textos jurídicos, buscaron nutrir al aplicador de las normas jurídicas con instrumentos capaces de darle la posibilidad de resolver los casos de manera justa y no conforme a la ley. En este artículo veremos cómo las teorías pospositivistas se relacionan con las ideas transmitidas en corrientes positivistas anteriores y si realmente proponen una superación o simplemente dan un nuevo esbozo a lo que ya se defendía.

Palabras clave: Positivismo Jurídico. Pospositivismo. Escuela Histórica de Derecho. Escuela de Exégesis. Jurisprudencia de Conceptos. Pandectistas. Jurisprudencia de Interés. Positivismo Jurídico Kelseniano. Teoría Pura del Derecho. El Positivismo Jurídico de Herber Hart.

42 E-mail: eduardo-maragao@hotmail.com;

1.Introdução

Antes de adentrarmos o estudo de como algumas das principais correntes do pensamento jurídico positivista trabalhavam com a questão da norma jurídica e a atividade criativa desenvolvida pelos magistrados através da interpretação dos textos legais, deve-se ter em conta que não é recomendável estabelecer uma comparação valorativa entre uma ou outra corrente, de forma a indicar a mais ou a menos correta. Cada escola do pensamento jurídico é uma construção das ambições e necessidades da época em que surgida ou consolidada, fruto de cada período histórico vivenciado por um povo ou pela humanidade em geral.

Deve-se rejeitar o relacionamento dos termos “evolução” e “pensamento jurídico”, pois falar do estudo da evolução do pensamento jurídico significaria entender que as diversas correntes que se apresentam em dado local ou tempo seriam superiores às anteriores.

Para compreendê-las, deve o estudioso transportar-se para seu período histórico e assim olhá-las com os olhos daquele tempo, deixar de lado os preconceitos e as conquistas de sua época e perscrutar as práticas dos seres humanos que ali viveram, hipotetizando quais seriam seus anseios e aspirações.

Para entender os exegetas, por exemplo, é preciso voltar à França pós-Revolucionária, observar as conquistas que para aquela época representou a limitação dos poderes políticos, econômicos e sociais que regiam o Antigo Regime, e a ascensão de uma classe burguesa economicamente forte, mas até então politicamente impotente. Lembremos ainda o avanço que foi a codificação, unificando em um único corpo legislativo diversas normas jurídicas, restringindo a atuação de magistrados que estavam intimamente ligados à monarquia em decadência. A produção legislativa era tão intensa que se fazia crer na completude do ordenamento jurídico, cabendo aos juízes a mera função de ser “a boca que pronuncia a lei”.

Precisamos ter em mente, ainda, que a passagem de uma para outra forma do pensar juridicamente não se dá de modo instantâneo, mas gradualmente, sendo comum encontrarmos em um mesmo ordenamento jurídico diversas concepções aparentemente antagônicas convivendo em harmonia.

Ao longo da exposição buscaremos demonstrar qual ou quais métodos que a hermenêutica clássica nos legou se relaciona com cada corrente do pensamento jurídico estudada, posto que, conforme assinala Leonardo Ziesemer Schmitz (2015, p. 91), todo método interpretativo guarda “íntima relação com a escola de pensamento onde mais se

desenvolveram (...). Cada método, então, é fruto de uma ideologia própria; sua utilização conduz aos resultados esperados pela respectiva escola de pensamento”.

2. A Dualidade “Direito Natural e Direito Positivo”

Neste tópico não serão abordadas as escolas ou correntes de pensamento do naturalismo ou positivismo jurídico, mas tão somente a distinção histórica sobre o que se entende por direito positivo e direito natural. A compreensão de tal distinção será a base para o posterior estudo acerca das diversas correntes da filosofia jurídica que põe em evidência um ou outro ponto de vista das normas jurídicas, além deixar o leitor mais familiarizado com os termos que serão abordados ao longo da obra.

Explica Norberto Bobbio (1996, p. 15-19) que o positivismo jurídico surge como uma derivação do termo direito positivo, em contraposição ao direito natural. O direito positivo seria o direito posto pelo ser humano, a norma erigida da convenção humana, enquanto o direito natural é composto das normas advindas da natureza humana, não de um acordo sobre as normas que deveriam vigorar em dada sociedade numa determinada época.

O autor cita que desde os tempos de Aristóteles, isto é, no século IV antes de nossa Era, já se fazia a distinção entre direito positivo e natural. Positivo seria o direito legal, variável conforme a noção do justo vigente em cada lugar, uma norma de conduta que, uma vez sancionada torna-se direito, adquire juridicidade, mas que antes disso pode ser até algo irrelevante. Desta forma, uma determinada ação poderia ser realizada de qualquer maneira, mas, depois que uma dessas maneiras é convencionada como a correta, quando a norma é posta pelos seres humanos, torna-se ela obrigatória. De modo exemplificativo, em nosso direito o Poder Público possui regras positivadas específicas de contratação, as quais devem ser fielmente observadas pelo administrador público.

Por outro lado, ainda nos tempos aristotélicos, natural seria o direito que em qualquer lugar, independentemente mesmo da noção do justo para uns ou para outros, mantém sempre a mesma essência. Pode-se afirmar que em todas as sociedades há a proibição do roubo e do homicídio, fato este que independeria da ideia de justo ou injusto própria de cada ser humano.

Enquanto o direito positivo é variável, podendo ser um numa comunidade e outro totalmente diferente noutra, a depender do valor atribuído aos fatos em dado local, o direito natural é imutável no espaço, sendo pouco relevante a valoração que cada um possa dar ao fato por ele abarcado.

O direito romano tratava do assunto de maneira não muito diferente. A distinção entre o direito natural e o positivo, para o direito romano, estava fundada na

diferenciação entre o direito das gentes e o direito civil. Aquele representando o direito natural e este o positivo.

O direito das gentes, ou *jus gentium*, nasceu da necessidade de regulamentar as relações entre os romanos e os povos não-romanos. O direito civil era aplicável tão somente aos cidadãos romanos, excluindo do campo de sua incidência todas aquelas pessoas que assim não eram consideradas. Nguyen Quoc Dinh (2003, p. 39-40) destaca que o crescente comércio entre os povos da antiguidade durante a expansão de Roma, no período marcado entre o declínio da República e o surgimento do Império Romano, foi o ambiente propício para a elaboração de um direito que tutelasse não só os interesses dos cidadãos romanos, mas também pudesse ser aplicado a todos os povos não-romanos.

Ainda que se tratasse de um direito eminentemente privado, por preocupar-se com mais atenção em regular a atividade comercial, o direito romano das gentes imprimiu a ideia de que poderia haver “um direito comum da humanidade que, para valer para todos os povos, deveria fundar-se em princípios extraídos da razão humana” (QUOC DINH, 2003, p. 40).

Diferentemente do direito das gentes – oriundo da razão natural, não possuindo limites políticos, territoriais, sendo comum a toda a humanidade –, o direito civil, ou *jus civile*, possuiria seu âmbito de incidência limitado no tempo e no espaço. É o direito vigente para determinado povo, criado por ele e para ele (BOBBIO, 1996, p. 15-22).

Tal concepção do que seria o direito natural e o positivo manteve-se, com poucas variações, desde o pensamento jurídico da antiguidade ao dos tempos atuais. Norberto Bobbio (1996, p. 22-23) sintetiza da seguinte forma o entendimento sobre a dualidade direito natural e direito positivo:

Podemos destacar seis critérios de distinção:

- a) O primeiro se baseia na antítese *universalidade/particularidade* e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Inst. – 1ª definição);
- b) O segundo se baseia na antítese *imutabilidade/mutabilidade*: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda. (Inst. – 2ª definição –, Paulo); esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas

não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo;

c) O terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus* (Inst. – 1ª definição –, Grócio);

d) O quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários) e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas* (Glück): o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia). O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação);

e) O quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vedado) (Aristóteles, Grócio);

f) A última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil.

Na Idade Média o direito natural confundia-se com os dogmas do Cristianismo, podendo suas normas ser encontradas nos textos do Antigo Testamento e do Evangelho. Era um direito oriundo da vontade de Deus. Tal afirmativa, conforme ensina Norberto Bobbio (1996, p. 19-20), pode ser extraída do Decreto de Graciano, uma grande compilação das normas de direito canônico existentes até o século XII e que mais tarde, juntamente com outras cinco grandes compilações, viria a formar o *Corpus Juris Canonici* (Corpo de Leis Canônicas, em tradução livre).

A noção de direito positivo externada por Maria Helena Diniz (2010, p. 6-7) encontra similitude em relação aos quatro primeiros critérios estabelecidos por Bobbio, donde a doutrinadora, para chegar à sua definição, conjuga o aspecto sociável do ser humano com a necessidade de pacificação dos conflitos havidos dessa relação inter-

humana, passando pela existência do Estado como fonte criadora das normas jurídicas – o que não faz com exclusividade, posto que cada grupo social pode possuir suas normas próprias, mas tais normas encontram-se condicionadas ao poder político do Estado, uma vez que ele é “uma instituição maior, que dispõe de amplos poderes e que dá efetividade à disciplina normativa das instituições menores” –, e pela ideia de que o direito positivo nem sempre é o mesmo para todo e qualquer povo, pois ele surge das necessidades e desejos vividos em cada período histórico.

Deste modo, “o direito positivo é o conjunto de normas, estabelecidas pelo poder político, que se impõem e regulam a vida social de um dado povo em determinada época.”. (DINIZ, 2010, p. 8).

Entendida a diversas significantes que tomaram os termos direito natural e direito positivo ao longo da História, passaremos agora ao estudo de algumas das correntes do pensamento jurídico, a começar por aquele que marcou a transição do pensamento jurídico medieval para o moderno, o chamado direito natural racionalista que, como bem salienta Wieaker (1967, p. 280), “[...] não constitui senão um curto capítulo histórico das muitas mais vastas manifestações do jusnaturalismo”.

3. Direito Natural Racionalista

Orlando de Almeida Secco (2009, p. 31-34) registra que a concepção de direito natural adotada na modernidade, notadamente por influência de Hugo Grotius e Emmanuel Kant, vai ao encontro de um direito oriundo da razão humana, em contraposição àquela noção de direito natural fundado na natureza das coisas ou na vontade divina difundida na época da Escolástica.

Era o que se chamava direito natural racionalista, em oposição ao direito natural fundado na teologia e na autoridade que vigorou nos idos da Idade Média. José Reinaldo de Lima Lopes (2011, p. 170) afirma que “o jusnaturalismo estará associado ao Iluminismo na busca de uma razão crítica e pretenderá ser o juiz da tradição anterior condenando-a como fruto do preconceito e das trevas”.

Diz-se direito natural racionalista porque é através da “observação da natureza humana que, com o emprego do método cartesiano, fará com que o direito natural seja deduzido da sociabilidade humanista” (BRANDÃO, 2012, p. 159).

Através do conhecimento racional acreditava-se que era possível se livrar das amarras do pensamento dogmático da Igreja, amplamente difundido por meio das Universidades por ela fundadas na Europa medieval.

Antonio Paulo Rezende e Maria Thereza Didier registram que:

Os filósofos ilustrados acreditavam que o homem era capaz de reformar a sociedade, libertar-se dos preconceitos, educar-se para uma realidade que o tirasse definitivamente das trevas. Para eles, a razão era a grande luz que deveria iluminar os caminhos da humanidade, daí o termo *iluminismo*. O racionalismo proposto por Descartes no século anterior fazia adeptos, o materialismo atraía pensadores, a religião sofria abalos, a burguesia procurava se articular em torno das propostas de mudanças que a favoreciam (REZENDE e DIDIER, 2001, p. 280).

Foi a razão e a natureza gregária do ser humano que levaram à formação do Estado por meio de um contrato social, instrumento pelo qual o ser humano abdicou parte de sua liberdade por da segurança e de outros objetivos que só poderiam ser alcançados coletivamente (BRANDÃO, 2012, p. 159-160).

Para Wieacker (1967, p. 288) os métodos do direito natural racionalista baseiam-se na transformação do homem, que antes era visto como uma obra “divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus”, em objeto de “observação e de conhecimento liberto de pressupostos, procurando, assim, as leis naturais da sociedade”.

Em termos mais específicos: à convicção em uma lei eterna, universal, imutável e perceptível por todos os homens a partir da observação de sua própria natureza que norteava a filosofia moral dos estóicos, aliava-se, naquele momento histórico, a idéia de construção de um método formal que garantisse cientificidade para o saber jurídico, nos moldes da física e da matemática, e pelo qual se poderia, com o uso da razão individual e dos procedimentos intelectuais da lógica, deduzir as normas reguladoras do convívio dos homens em sociedade. (LYRIO, 2006, p. 16)

Contudo, em que pese o viés de superação de um pensamento jurídico anteriormente dominado por uma fé irracional e autoritária, em seu germe os pensadores do direito natural racionalista ainda guardavam certa ligação com os dogmas medievos, ligação essa que só seria superada a partir de uma segunda geração de pensadores jusracionalistas (WIEACKER, 1967, p. 303-305).

4. As Bases do Positivismo Jurídico: A Escola Histórica do Direito

Na transição entre o naturalismo racional e o positivismo jurídico encontra-se a Escola Histórica do Direito que, com sua crítica aos postulados jusnaturalistas, teria

preparado o terreno no qual se assentaria e desenvolveria o positivismo a partir do Século XX (CARVALHO, s. d., p. 67)

A Alemanha do início do Século XIX estava vivendo um momento de invasões por parte do expansionismo francês encabeçado por Napoleão Bonaparte. Diversos territórios do antigo Sacro Império Romano-Germânico estavam sob domínio da França, que impôs aos locais as normas do Código Napoleônico. Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade pregados pela Revolução Francesa pareciam inexistir em relação aos povos dominados.

Apesar de diversos reinos, principados ou cidades livres (a Alemanha encontrava-se ainda fragmentada, sua unificação ocorreria apenas no final do Século XIX, por volta de 1871) terem adotado o Código Napoleônico, havia muita resistência em relação à introdução das normas do direito francês nos territórios alemães em razão do domínio que seus vizinhos quiseram exercer sobre eles (CAENEGEM, 1999, p. 218-219)

Além das questões políticas, envolvendo a dominação e o expansionismo francês, questões de ordem ideológica também causavam empecilhos à consolidação do direito codificado na Alemanha, muitas delas relativas a quais seriam as fontes empregadas para sua elaboração. Foi somente após a unificação da Alemanha que a necessidade de elaboração de um Código de Leis tornou-se mais forte.

Del Vecchio (2004, p. 143-144) afirma que o historicismo jurídico possui estreita ligação com o historicismo filosófico, por crer que o espírito do povo (*Volksgeist*), a vontade popular manifestada através dos costumes, seria a genuína fonte das normas jurídicas. O direito consuetudinário, por tal motivo, foi sobrevalorizado pela Escola Histórica.

Conforme veremos adiante acerca do signo linguístico, é a comunidade linguística que determina a relação entre a palavra (significante) e a significação de base que ela remete. De igual forma, para os historicistas o direito é antes uma criação da sociedade, sendo o legislador, assim como o gramático, aquele incumbido apenas de registrar o que a sociedade criou (DEL VECCIO, 2004, p. 144). Os gramáticos não criam ou modificam a língua, eles a registram, e o legislador não cria a norma, mas apenas a torna positivada na legislação. Neste sentido, as palavras de Del Vecchio:

Especialmente notável, nesse propósito, o paralelo entre o direito e a linguagem: como a linguagem surge e se desenvolve espontaneamente, sem o trabalho dos gramáticos, que só posteriormente lhe fixam os princípios e as regras, extraindo-os do fato de sua existência, assim o direito não é criação do legislador, mas

uma produção instintiva e quase inconsciente, que se manifesta no fato, e só em uma fase posterior aceita a elaboração reflexiva por meio dos técnicos, que são os juristas. (DEL VECCIO, 2004, p. 144)

Sobre as características fundamentais do historicismo jurídico, Norberto Bobbio (1996, 47-51) elenca cinco delas, as quais serão abaixo delineadas.

Ao contrário do jusnaturalismo, que pregava a existência de uma natureza imanente ao ser humano, cuja essência se mantinha inalterada no espaço e no tempo, podendo ser apreendida através da razão, os historicistas acreditavam no caráter individual e mutável dos homens.

Não existe o Homem (com H maiúsculo) com certos caracteres fundamentais sempre iguais e imutáveis, como pensavam os jusnaturalistas; existem homens, diversos entre si conforme a raça, o clima, o período histórico... (BOBBIO, 1996, p. 48)

Por essa razão, também o direito não seria algo que surge acidental e arbitrariamente, mas antes um produto das condicionantes históricas de cada sociedade, existindo para cada qual um conjunto de normas que melhor se adequa à sua realidade, que varia no espaço e no tempo.

Igualmente, a História não segue uma linha racional de desenvolvimento, como se tudo fosse pensado e planejado para ocorrer de determinada forma. É a irracionalidade humana, entendida como resultado de ações baseadas no “elemento passional e emotivo do homem, o impulso, a paixão, o sentimento” que impulsionam a vida e as mudanças sociais.

[Nasce o direito de] um sentimento do justo e do injusto, gravado no coração do homem e que se exprime diretamente através das formas jurídicas primitivas, populares, as quais se encontram na origem da sociedade, por baixo das incrustações artificiais sobre o direito criadas pelo Estado moderno. (BOBBIO, 1996, p. 51)

Conjugada com a percepção de que a História é movida pela irracionalidade humana, os historicistas comungam de um “pessimismo antropológico” por acreditarem que muitas das mudanças sociais são levadas a cabo por motivos escusos de uma elite dominante, não por uma razão comum em prol da coletividade.

A história consiste em grande parte em miséria, que a soberba, a ambição, a avareza, a vingança, a lascívia, a revolta, a hipocrisia, a avidez descontrolada e as paixões desenfreadas espalham pelo mundo... Tais vícios são a causa dessas tempestades. Religião, moral,

leis, privilégios, liberdade, direitos do homem são pretextos dos quais se servem os poderosos para poder governar a massa humana mobilizando e jogando com suas paixões. (BURKE apud MEINECKE apud BOBBIO, 1996, p. 49)

Desta forma, desconfiam sempre daquilo que se apresenta como novo, inclusive se opondo à pretensão de codificação da legislação alemã, por crer que tal atitude de “cristalização do direito numa única coletânea legislativa” seria prejudicial ao povo alemão (BOBBIO, 1996, p. 52).

No mesmo sentido é o ensinamento de Billier e Maryioli, ao afirmarem o seguinte:

Segundo ele [Savigny], as leis e, forçosamente, os códigos, impõem uma rigidez contra-natureza ao direito, que deve, ao contrário, seguir os meandros da prática e do costume e permanecer como a expressão mais imediata possível da consciência jurídica de um povo (BILLIER e MARYIOLI, 2005, p. 191).

Ligado ao pessimismo e à desconfiança em relação ao novo, as duas outras características do historicismo é o amor ao passado, numa tentativa de reviver o antigo direito romano, e o amor pela tradição, “pelas instituições e os costumes existente na sociedade e formados através de um desenvolvimento lento, secular”. (BOBBIO, 1996, p. 50-51).

Billier e Maryioli (2005, p. 191-192) sustentam que, apesar de aparentemente a Escola Histórica se opor ao positivismo, pregando a noção de que o direito emana da vontade do povo, há diversos escritos de Savigny e de Georg Putsch que denotam o caráter positivo dessa corrente do pensamento jurídico moderno, “uma vez que ambos desenvolvem um método formalista visando fazer do direito um tipo de ciência pela elaboração científica do direito em vigor (a ciência jurídica será, assim, uma fonte de direito)”. Neste sentido:

[...] a escola histórica implica sem dúvida em muito mais positivismo que a escola francesa da exegese ou a escola anglo-saxônica da jurisprudência analítica, no sentido em que ela nega todo valor superior à história e no fundo reduz o direito ao próprio fato das normas em vigor. (BILLIER et al, 2005, p. 191)

Defendem os autores que o conceito de *Volksgeist* nada mais é que um argumento romântico para defender “uma visão da unidade lógica de um sistema de direito”,

reduzindo, ao final, o trabalho do jurista ao estudo da “genealogia de conceitos que não é mais histórica, é lógica”.

Partindo da defesa da unidade do sistema jurídico, teria começado a se desenvolver na Alemanha um novo modo de entender o Direito, que ficou conhecido como Pandectismo.

Antes de falarmos sobre os pandectistas, abordaremos introdutivamente os positivismos jurídicos e analisaremos a Escola da Exegese, que floresceu na França pós-revolucionária ao tempo das grandes codificações, como o Código Napoleônico.

5.Os Positivismos Jurídicos

Raoul C. Van Caenegem (1999, p. 161) explica que entre os séculos XVIII e XIX, inspirada pelos ideais do Iluminismo, a Europa assistiu à ascensão e à decadência do direito natural, que foi gradativamente perdendo força e cedendo espaço ao positivismo jurídico, que ganhava adeptos com a Escola Histórica de Friedrich Carl Von Savigny.

Sob uma mesma denominação de “positivismo jurídico”, diversas correntes do pensamento jurídico vêm sendo agrupadas desde o advento da modernidade. Entretanto, deve-se ter em mente que não é possível tratar dos positivismos como uma única e coesa escola do pensamento jurídico, existindo diversas subcorrentes do positivismo jurídico.

Para a finalidade perseguida nesta obra, abordaremos nos itens seguintes algumas dessas subcorrentes positivistas, sem a pretensão de esgotamento do tema, selecionando aquelas que melhor servirão ao nosso propósito de demonstrar como a atividade criativa da norma jurídica desenvolvida pelos magistrados era e é encarada em cada uma delas.

5.1 Escola da Exegese

Entre o final do Século XVIII e o início do Século XIX, a França passava por um completo processo de reorganização. Os poderes até então predominantes estavam sendo contestados pela população sob o apoio e incentivo da burguesia em ascensão. Os burgueses detinham muito poderio econômico, mas do ponto de vista político eram ainda pouco expressivos.

Junto com a queda do Antigo Regime, o poder dos magistrados fora sensivelmente limitado. Seguindo a máxima de um autor pré-revolucionário, sustentava-se que os juízes deveriam ser “a boca que pronuncia a lei”, um mero conhecedor e aplicador das fórmulas legais.

A expressão “o juiz é a boca da lei” já teria sido usada por Montesquieu (1689-1755) antes da Revolução que tomou conta da França em 1789. Todavia, foi na França pós-Revolucionária que se tornou mais frequente seu uso e sua defesa. Arthur Kaufmann assim nos diz:

Segundo o afirmado na sua obra *De l'esprit des lois*, ao poder judicial cabe apenas aplicar o direito, não lhe competindo completá-lo nem suprir as suas lacunas criativamente; a jurisprudência não poderia ser mais do que <<la bouche qui prononce les paroles de la loi>>. (KAUFMANN, 2002, p. 116)

Pregava-se que os magistrados deveriam mostrar-se o mais fiel possível ao texto legal, sendo eles meros repetidores da vontade externada pelo povo através do Legislativo. As leis tinham que ser aplicadas mecanicamente pelos juízes, não caberia a eles inovar na ordem jurídica, mas tão somente subsumir os fatos narrados ao preceito legal (DINIZ, 2013, p. 68).

Neste sentido, a lição de Caenegem:

Os seguidores da Escola Exegética acreditavam que o direito era idêntico aos códigos e que, como o estatuto era agora a única fonte do direito, a ciência devia confinar-se à interpretação exata (ou “exegese”, termo usado para a interpretação bíblica pelos teólogos) dos estatutos em geral, acima de tudo os códigos. (CAENEGEM, 1999, p. 198).

O crescente poderio político que vinha ganhando a classe dos juízes, ligada ao Antigo Regime, tornou possível ecoar pelas ruas francesas, com a atuação efetiva da burguesia em ascensão, a defesa da tese restritiva da atividade judicial em detrimento da legislativa (SCHMITZ, 2015, p. 54).

A produção legislativa era tão intensa que fazia-se crer na ideia de completude do ordenamento jurídico. Não seria possível acreditar que, dado o intenso trabalho dos legisladores, haveria algum caso não abarcado pelas leis postas pelo Estado (DINIZ, 2013, p. 68). Com a edição do Código de Napoleão, cuja entrada em vigor se deu em 1804, essa ideia foi consolidada no território francês. A completude da lei escrita era propagada aos quatro ventos pelos exegetas.

Aos intérpretes caberia a aplicação mecanicista do texto legal e, quando muito, deveriam “revelar” o sentido da lei. Toda solução deveria advir do texto legal, não podendo o juiz ir além dele para construir a solução dada ao caso concreto. Através de um processo

silogístico de subsunção da situação fática narrada ao texto normativo extrair-se-ia a norma legal aplicável (DINIZ, 2013, p. 68).

Nos dizeres de Kantorowicz, citado por Maria Helena Diniz:

A opinião dominante imagina um jurista ideal como um funcionário de carreira de certa categoria, munido de uma máquina de pensar da mais fina espécie, tendo à sua frente o Código do Estado. Entregasse-lhe um caso qualquer, real ou não, e, conforme seu dever, pode aquele funcionário, por meio de operações meramente lógicas e de uma técnica secreta, que lhe é própria, chegar a uma solução preconizada pelo legislador no Código, com exatidão absoluta. (KANTOROWICZ apud DINIZ, 2013, p. 69).

Entretanto, Maria Helena Diniz (2013, p. 66) adverte que, em que pese a defesa do texto legal como única fonte formal do direito, os exegetas não negavam a importância do direito natural, mas essa importância restringia-se a ver o direito natural apenas como fonte do direito legislado, esse seria a “expressão humana do direito natural”. Lembremos que a época em que floresceu a Escola da Exegese foi a mesma do Iluminismo.

Todavia, é preciso não olvidar que o exegetismo não negou o direito natural, pois chegou a admitir que os códigos elaborados de modo racional, eram expressão humana do direito natural, por isso o estudo do direito deveria reduzir-se a mera exegese dos códigos. Visavam os franceses a construção de um sistema normativo estruturado de acordo com as normas da natureza, com o escopo de assegurar os direitos subjetivos fundamentais do homem, que lhe eram inerentes. O estudo do Código Civil será a concretização desse ideal jusnaturalista. (DINIZ, 2013, p. 66)

Leonardo Ziesemer Schmitz (2015, p. 94) ensina-nos que os exegetas, por acreditarem que a lei refletiria a vontade do povo soberano, na interpretação do texto normativo deveríamos buscar aquela na “vontade do legislador”, “considerado tradutor cristalino da vontade democrática”.

O recurso à “vontade do legislador”, continua Schmitz (2015, p. 94), por vezes trata-se de mero enfeite de racionalidade ao discurso jurídico, uma capa de legitimidade posta a serviço da tomada de decisão própria do intérprete:

O interessante de ser percebido é que o método exegético acredita, ainda, que a lei tenha sido editada de forma perfeita, pronta para ser aplicada em casos futuros. O que ocorre é a crença de que quando uma

ideia político-jurídica é reduzida a um texto, ela esconderia seu real e único sentido, e seria trabalho do jurista intérprete revelá-lo novamente, através do recurso à intenção do legislador. No entanto, o procedimento lógico de busca por essa vontade é apenas uma tentativa de expor em termos racionais uma compreensão que, na consciência do intérprete, já ocorreu: a decisão já foi tomada, e a justificativa se escora na legitimidade democrática de que goza o Poder Legislativo. Em outras palavras, o argumento do método exegético é que não foi meramente o julgador quem assim entendeu; foram os parlamentares, esses detentores dos verdadeiros sentidos das normas jurídicas. Há aqui a ficção de se equiparar o legislador a um oráculo de sentidos (SCHMITZ, 2015, p. 94).

Embora o método lógico-dedutivo, frequentemente associado ao conhecimento científico, pelo qual se passa da análise de uma norma jurídica geral para a construção da norma jurídica particular mediante processo silogístico seja característica marcante do exegetismo, leciona Maria Helena Diniz que os adeptos da escola da exegese passaram a admitir e utilizar diversos métodos interpretativos quando da aplicação da lei, como o histórico e o sistemático:

Inicialmente, os sequazes da escola da exegese se atinham à interpretação literal do texto legal, deduzindo o sentido oculto da lei mediante procedimentos filológicos e lógicos. Ante a ineficiência desse processo interpretativo, tiveram de recorrer às fontes, isto é, aos trabalhos legislativos preparatórios, à tradição histórica e aos costumes, para desvendar a vontade do legislador, a fim de conhecer não apenas a letra da lei, mas também seu espírito. Com isso passou-se a admitir a interpretação histórica, isto é, o exame das circunstâncias que antecederam a lei. Posteriormente, essa escola veio a utilizar a interpretação lógico-sistemática, que consistia em descobrir o sentido da lei, tendo por base o lugar que ela ocupa dentro do sistema legislativo. Tal interpretação sistemática parte do princípio de que a legislação é um conjunto orgânico e que as leis têm seus lugares específicos, de modo que umas preponderam sobre outras, por isso o jurista deve sistematizá-las, dando a cada um seu significado dentro do ordenamento jurídico (DINIZ, 2013, p. 68-69)

Nascida na França, remontando sua origem ao período pós-Revolução Burguesa, a Escola da Exegese transpôs as fronteiras de seu Estado originário e

sedimentou-se em diversos ordenamentos jurídicos mundo afora, exercendo ainda hoje grande influência no ensino e na prática do Direito.

5.2 Jurisprudência dos Conceitos: os Pandectistas

As “Pandectas”, também conhecidas como “Digesto”, foi uma vasta compilação do trabalho dos juriconsultos clássicos realizada entre os anos 530 e 533 de Nossa Era por ordem do Imperador Bizantino Justiniano I, sendo o resultado final do estudo e compilação dos ensinamentos de mais de 1.500 livros doutrinários.

Buscando resgatar a grandeza de outrora do Império Bizantino, Justiniano I determinou que fossem realizadas diversas obras de infraestrutura por todo o vasto território imperial. Contudo, foi no campo jurídico que as empreitadas do imperador o puseram em destaque.

Para seu projeto de reerguer o Império, julgava-se que seria necessário organizar toda a legislação então vigente sob um único código de leis, cuja elaboração foi determinada no ano de 528, um após subir ao poder, e ficou completa em 530.

Em seguida, surgiram o “Digesto”, as “Institutas” e as “Novelas” que, juntamente com o “Código”, formavam o *Corpus Iuris Civilis* (Corpo de Direito Civil, em tradução livre), a maior compilação jurídica até então já vista.

A ideia de criar uma complexa compilação, como foi o *Corpus Iuris Civilis*, tinha por finalidade prever todas as possibilidades de conflitos e soluções que poderiam ocorrer.

Essa noção de completude legislativa voltou a se manifestar entre os cultores da “Jurisprudência dos Conceitos”, corrente da filosofia jurídica desenvolvida na Alemanha no início do Século XIX.

O termo “jurisprudência”, tanto na acepção latina como na tradução de seu correspondente em alemão (*jurisprudenz*) e em italiano (*giurisprudenza*), não possui o mesmo significado que comumente vemos em diversos escritos jurídicos no Brasil, correspondente ao “comportamento dos tribunais sobre determinada matéria” (SCHMITZ, 2015, p. 55). Para essa corrente do pensamento jurídico, jurisprudência significa o próprio conhecimento jurídico, o objeto da ciência do direito.

Os Pandectistas, como ficaram conhecidos os pensadores dessa Escola, traduziam a ideia de completude do sistema jurídico ao propor que o direito posto já traria em si todos os conceitos jurídicos com os quais o aplicador do direito deveria trabalhar, limitando a atividade dos magistrados ao defender a noção de que as normas positivadas no código poderiam oferecer “conceitos universalmente aplicáveis” (SCHMITZ, 2015, p. 56).

Sobre a defesa da existência desses conceitos universais para os pandectistas, confira-se as palavras de Arthur Kaufmann:

Traço característico da jurisprudência dos conceitos, que não tem de estar, forçosamente, dependente do positivismo, é a dedução de princípios jurídicos a partir de meros conceitos; por exemplo, do conceito "pessoa jurídica" retira-se a consequência de que a pessoa jurídica, enquanto "pessoa", é suscetível de ser ofendida e de ser incriminada (KAUFMANN et al, 2002, p.168).

Para abarcar o maior número de hipóteses fáticas possíveis, os códigos deveriam ser compostos de normas gerais, aplicáveis a um sem número de situações diferenciadas, e normas que tratassem especificadamente determinados assuntos. Conforme sublinha Kaufmann:

O ideal do sistema lógico é plenamente atingido, quando no topo se encontra um conceito o mais geral possível, no qual todos os restantes conceitos, espécies e subespécies, podem ser subsumidos, ao qual, por conseguinte, se pode chegar, partindo de qualquer ponto da base, passando por uma série de elos intermédios, deixando sempre para trás o particular. (KAUFMANN et al, 2002, p. 168).

Caenegem ilustra o exemplo da regulamentação do contrato de compra e venda no *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), o Código Civil Alemão:

Um exemplo da estrutura sistemática do *BGB* e da maneira pela qual caminha a partir de princípios gerais até as normas específicas é fornecido pelo contrato de compra e venda. Primeiro é necessário consultar o *Allgemeiner Teil* [Parte Geral] (artigos 116 e seguintes, artigos 145 e seguintes), em seguida os artigos sobre os princípios gerais das obrigações (artigos 275 e seguintes), depois os princípios gerais das obrigações contratuais (artigos 305 e seguintes) e, finalmente, os artigos sobre contratos de venda em particular (artigos 433 e seguintes). (CAENEGEM, 1999, p. 221-222)

Por entender "o sistema jurídico como uma totalidade fechada e acabada, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas", afirma Lúcio Grassi de Gouveia (2000, p.37), para a jurisprudência a aplicação da norma jurídica se daria na forma de um processo lógico-dedutivo.

Um sistema jurídico racionalmente formulado, juntamente com o historicismo idealista derivado da Escola Histórica, são marcas da Jurisprudência dos Conceitos. Embora o Direito não se confunda com o texto legal, é a partir deste que serão extraídos todos os conceitos jurídicos que servirão de base para o trabalho dos juristas.

5.3 Jurisprudência dos Interesses

Surgida como uma reação ao “Pandectismo”, os defensores da Jurisprudência dos Interesses pregavam que o direito não era apenas “um exercício acadêmico consistente na elaboração e no aperfeiçoamento dos conceitos jurídicos” (CAENEGEM, 1999, p. 223), e sim resultado do meio social, dos interesses antagônicos que lutavam pela prevalência na sociedade.

Caenegem enfatiza essa característica ao afirmar que:

Essa análise era o resultado inevitável do positivismo jurídico, pois, se o estatuto era a única fonte do direito (e toda referência a uma ordem superior, como o direito natural, fora eliminada), seguia-se necessariamente que o direito era um instrumento das forças que dominavam o Estado e os órgãos legislativos (CAENEGEM, 1999, p. 224).

Para Phillip Heck (1947, p. 10), a interpretação histórica, na qual se busca a vontade do legislador, deve ser substituída por uma investigação histórica dos interesses que foram determinantes para a elaboração da lei.

Esse estudo levará à conclusão de que a forma de interpretação das leis que melhor satisfaz os interesses práticos é constituída pela investigação histórica dos interesses. E uma interpretação histórica — adopta os métodos da investigação histórica — mas não exclusivamente subjectiva: deve procurar sim os pensamentos exteriorizados ou revelados por meio do acto legislativo, mas a sua acção retrospectiva deve ir mais longe, até aos interesses determinantes da lei, aos interesses causais. Além disso não exclui a criação judicial de direito, antes supõe o seu contínuo desenvolvimento jurisprudencial. Se a toda essa actividade de determinação do direito se quiser chamar interpretação, esta será histórico-teleológica. A antiga expressão «vontade do legislador» tem conteúdo real, simplesmente o conceito de vontade não é psicológico, mas normativo — é um conceito de interesse. O legislador não é um «fantasma», é uma designação que engloba todos os interesses causais. (HECK, 1947, p. 10).

Vigora aqui o método teleológico de interpretação do texto normativo. Conquanto não se negue a relevância adstrita ao direito posto, base comum das escolas positivistas, para os adeptos à jurisprudência dos interesses, quando chamado a resolver um caso concreto, o juiz deve buscar a tutela dos interesses que levaram o legislador a editar determinado texto normativo (DINIZ, 2013, p.85).

Porém, em razão das constantes mudanças que ocorrem na sociedade, pode ser que o texto normativo não mais possua aptidão para alcançar sua finalidade, se aplicado em sua literalidade. A aplicação literal de um texto há muito editado pelo legislador, e que encontra descompasso com as necessidades atuais, levaria a uma decisão que se reputaria injusta. Assim ensina Schnaid:

Esses interesses, assim como os da comunidade, são sempre cambiantes, e o jurista, ao aplicar a norma jurídica, deve considerar os interesses atuais, que estão em jogo, e não aqueles que levaram o legislador a criar a norma. O destaque dessa teoria se desloca para o processo decisório: o juiz, tanto quanto o legislador, é o colaborador para, dentro da ordem jurídica vigente, que se realizem os ideais (valores) em que esta ordem se inspira. O legislador buscou conciliar interesses e realizar ideais à sua época. Mas os interesses não são os mesmos por ocasião da aplicação das leis ao caso concreto. A função do juiz é a de proceder ao ajuste dos interesses atuais objetivando resultados, válidos para o novo momento, e assim agindo estará criando o Direito, sua função é criadora, e não mero aplicador da norma. (SCHNAID, 2004, p. 189-190)

Desta forma, ao magistrado não caberia tão somente desvelar a vontade do legislador quando da edição do texto normativo invocado, mas sobretudo qual seria essa vontade se pudéssemos trazê-lo ao tempo em que necessitamos da aplicação de uma norma jurídica. Deve "procurar atender àquilo que a *mens legislatoris* projetaria como solução nas atuais condições de vida" (ANDRADE, 1992, p. 36), funcionando o julgador como um auxiliar do legislador.

No mesmo sentido, adverte Maria Helena Diniz:

Os juízos de valor contidos na lei exprimem interesses da comunidade. A competência do juiz não consiste em criar livremente um novo direito, mas em colaborar, dentro da ordem jurídica vigente, na realização dos ideais que positivamente a inspiram. O órgão judicante submete-se à norma e não aos seus ideais de justiça, mas

se a lei não regula certo fato, ou se rege de modo deficiente, poderá construir novas normas. (DINIZ, 2013, p. 85).

A norma legal editada pelo legislador expressaria o ideal de justiça de seu tempo, que poderia não estar de acordo com o da sociedade de então, por causa de mudanças significativas ocorridas no meio social. Assim, para evitar injustiças quando da aplicação da norma a determinado caso concreto, o interprete deveria buscar qual o sentido o legislador daria à norma se vivesse no momento em que o jurista se vê obrigado a aplicá-la.

5.4 Positivismo Jurídico Kelseniano e a Pureza de sua Teoria do Direito

Hans Kelsen (1881-1973) talvez seja um dos juristas mais lembrados e mais mal interpretados dos tempos recentes. Em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen busca separar o estudo da ciência jurídica do estudo acerca da aplicação do direito, tratando em sua teoria apenas de como são estruturadas as normas jurídicas de um sistema positivo e como elas se relacionam, mas não como devem aplicadas na prática. Por ser um pessimista declarado quanto aos valores subjetivos, o autor desenvolve sua teoria apenas relativamente a um campo parcial do conhecimento jurídico com a finalidade de conhecer e descrever o objeto estudado, procurando despir-se de qualquer carga valorativa subjetiva em sua análise. A esse campo parcial do conhecimento jurídico dá-se o nome de ciência jurídica, ao outro, que trata de como são as normas jurídicas aplicadas na prática, denomina-se política jurídica.

Confira-se os dizeres de Marília Muricy a respeito da pureza da teoria kelseniana:

Desdobremos, melhor, este ponto: motivado pela preocupação em assegurar a autonomia da ciência do direito em frente ao que considera invasivas interferências de outras ciências sociais; preocupado, por outro lado, em eliminar o risco ideológico do jusnaturalismo que ameaçava o rigor científico de prática do jurista, Kelsen vai buscar, na matriz kantiana da “razão pura”, eficiente cobertura epistêmica para seus propósitos (MARÍLIA MURICY, 2002, p. 107)

Isso não significava que o autor da Teoria Pura do Direito negasse que o direito estava imbuído de valores, como nos fazem crer doutrinadores diversos. Pelo contrário, é justamente por saber que o direito, principalmente a prática do direito, está permeada de valores subjetivos, que o jurista austríaco faz a afirmação de que para estudar verdadeiramente o objeto da ciência do direito devemos partir da premissa de que o estudo das normas jurídicas postas sob uma ótica valorativa subjetiva poderia turvar a vista

do observador, razão pela qual ele deve despir-se de qualquer valor para que possa realmente compreender seu objeto de estudo:

Devemos ter presente, porém, quando apreciamos “moralmente” uma ordem jurídica positiva, quando a valoramos como boa ou má, justa ou injusta, que o critério é um critério relativo, que não fica excluída uma diferente valoração com base num outro sistema de moral, que, quando uma ordem jurídica é considerada injusta se apreciada com base no critério fornecido por um sistema moral, ela pode ser havida como justa se julgada pela medida ou critério fornecido por um outro sistema moral (KELSEN, 2003, p. 76).

No mesmo sentido, a lição de Marília Muricy:

Aí, as duas faces da couraça epistemológica que protege a “pureza” da teoria kelseniana contra o ineditismo pluralista do mundo real e contra o risco das “contaminações valorativas”. De um lado, o anseio pela autonomia que liberta o jurista da complexidade da experiência, tendente a ameaçar a eficácia da prática científica. De outro lado, o horror metafísico que desqualifica o mundo dos valores, tido por invulnerável a qualquer critério de objetividade (MURICY, 2002, p. 108)

Hans Kelsen dizia-se um cientista do direito, e por isso buscava utilizar-se de métodos cientificamente comprovados para a análise de seu objeto cognoscível, rejeitando qualquer influência metafísica nesse árduo trabalho. Porém, sabia que a prática jurídica estava repleta de subjetividade (SCHMITZ, 2015, p. 82). Por causa disso, e pelo fato de rejeitar qualquer uso subjetivo relativo ao Direito, Kelsen não cuidou de tratar de assuntos dessa magnitude com profundidade na sua Teoria Pura do Direito, dedicando apenas um último capítulo desta obra para abordá-los.

Foi com base na má-compreensão da teoria kelseniana, afirma Schmitz (2015, p. 61), que diversas teorias ditas *neopositivistas* ou *pós-positivistas* surgiram na tentativa de superar o positivismo da Teoria Pura. Elas, todavia, muitas vezes acabavam por afirmar os pressupostos do jurista austríaco, pois:

Kelsen quis, desde sempre, teorizar o Direito sem levar em conta juízos valorativos, embora – e isso muitas vezes passa despercebido por quem o lê – sua teoria admita sempre que a Justiça e a Moral são valores inescapáveis ao fenômeno jurídico. Ou seja: mesmo reconhecendo que o Direito tem em si um conteúdo axiológico e

valorativo, a Teoria Pura do Direito tenta extrair aquilo que há justamente de *puro* (não ideológico, portanto) na ciência jurídica. (SCHMITZ, 2015, p. 61).

Para Marília Muricy (2002, p. 113), “o extremado formalismo da Teoria Pura resulta, tão-só, como temos insistido em afirmar, de uma opção teórica que não ignora a plenitude da experiência jurídica”.

Nessa mesma perspectiva é a observação de Chaïm Perelman:

A teoria pura do direito, tal como Kelsen a elaborou, deveria, para permanecer científica, eliminar de seu campo de investigação qualquer referência a juízos de valor, à idéia da justiça, ao direito natural, e a tudo o que concerne à moral, à política ou à ideologia. A ciência do direito se preocupará com condições de legalidade, de validade dos atos jurídicos, com sua conformidade às normas que os autorizam. Kelsen reconhecia, sem dúvida, que o juiz não é mero autômato, na medida em que as leis que aplica, permitindo diversas interpretações, dão-lhe certa latitude, mas a escola entre essas interpretações depende, não da ciência do direito nem do conhecimento, mas de uma vontade livre e arbitrária, que uma pesquisa científica, que se quer objetiva e alheia a qualquer juízo de valor, não pode guiar de modo algum (PERELMAN, 2000, p. 92-93).

A negação de impor juízos valorativos no estudo da ciência do direito deriva do pessimismo de Kelsen em relação àquilo que ficaria ao subjetivismo de quem os invoca. Não haveria valores absolutos, são eles relativos. Desta maneira, não seria possível saber, com exatidão, a certeza de dada valoração.

Essa passagem da Teoria Pura é extremamente clara neste ponto:

Uma teoria dos valores relativistas não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos, mas apenas há valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta, mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base de nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos (KELSEN, 2003, p. 76).

Simone Goyard-Fabre (2002, p. 224) afirma que a preocupação de Kelsen ao tratar o direito como um sistema normativo é buscar o fundamento de validade do mesmo. A validade de uma norma jurídica, para a Teoria Pura do Direito, está consubstanciada em seu aspecto formal. De acordo com um nível escalonado, as normas inferiores buscam nas normas imediatamente superiores seu fundamento de validade, até que se chegue a uma norma hipotética fundamental que estaria no topo ou no centro de irradiação de toda a validade do ordenamento jurídico. Essa norma fundamental é a Constituição.

Um aspecto intrínseco do ordenamento jurídico seria a cominação de determinada sanção para o caso de cometimento de ilegalidades, de violação da norma jurídica. Ocorrendo a violação, caberia a um órgão do Estado a aplicação da sanção cabível.

A legitimação do Direito pela Moral não seria necessária para a análise dos aspectos formais daquele, e a ciência jurídica não deveria se ocupar de legitimar moralmente o conteúdo das normas de Direito, uma vez “a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem o dever de conhecer de descrever” (KELSEN, 2003, p. 77).

Kelsen fala de teoria jurídica estática e teoria jurídica dinâmica. A primeira é relativa ao sistema normativo, ao direito posto e sua estrutura. A segunda refere-se ao processo legislativo e aplicativo das normas jurídicas. A pureza da teoria kelseniana reside em afastar de seu âmbito de investigação o aspecto dinâmico do Direito.

De acordo com Lúcio Grassi de Gouveia (2002, p. 49-52), Kelsen entendia que o jurista não deveria prescindir da atividade interpretativa, ainda que lhe parece inequívoco o significado da norma. A atividade judicial não seria limitada ao mero processo silogístico de subsunção dos fatos ao texto normativo. A norma geral (texto normativo) dá ao jurista uma moldura com a qual pode ele trabalhar na construção da norma individual (decisão), moldura esta que se apresenta mais elástica quando diante de indeterminações postas de forma intencional ou não no texto normativo.

No último capítulo de sua Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen (2003) tratou da questão da aplicação da norma jurídica, fazendo uma divisão entre a indeterminação intencional e não-intencional do texto normativo e aduzindo que o aplicador “necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas”, isto é, o sentido não lhe aparece pronto e acabado, ele deve ser construído no contexto de aplicação.

Assim, o estabelecimento ou fixação de uma norma simplesmente geral opera-se sempre – em correspondência com a natureza desta

norma geral – sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas. (KELSEN, 2003, p. 389)

Para Chaïm Perelman (2000, p. 92-94), Kelsen reconhece certo grau de liberdade interpretativa conferido ao juiz, sendo a aplicação do direito mais que o resultado de um processo silogístico-dedutivo:

De fato, Kelsen reconhece que a indeterminação do âmbito legal no qual o juiz exerce sua atividade fornece-lhe a oportunidade não só de deduzir a solução concreta a partir da regra geral, mas de proceder livremente a uma interpretação da lei, sendo esta resultante de uma escolha exercida por sua vontade: o juiz arremata o traçado que a lei lhe apresenta antes de convertê-la na maior do silogismo judiciário (PERELMAN, 2000, p. 93).

A teoria kelseniana trabalha com o conceito de quadro ou moldura para explicar o fenômeno pelo qual se cria a norma individual, isto é, a norma que efetivamente incide, após a interpretação da norma geral, sob determinado caso concreto ou abstrato individualmente considerado. O jurista tem à sua disposição um limite interpretativo com o qual pode trabalhar, representado este limite pelas bordas do quadro, pela sua moldura:

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever. (KELSEN, 2003, p. 388)

Chamaremos de norma geral, como o faz o autor da Teoria Pura, para denominar o texto normativo, e de norma individual aquela resultante do processo de interpretação e aplicação da norma geral aos casos concretos.

A norma jurídica geral pode conter graus de indeterminação, sendo a indeterminação intencionalmente produzida pelo legislador ou pelo órgão que a editou, ou mesmo resultante de uma não-intencionalidade em decorrência dos termos utilizados no texto normativo.

Sobre a indeterminação não-intencional, Kelsen (2003, p. 389) trabalha com o conceito de “vontade da autoridade legisladora” para explicar que ela ocorre quando a interpretação que se dá ao texto normativo é a de que as palavras utilizadas na sua construção não refletiram bem a vontade do legislador.

A construção do texto normativo pode se dar mediante a utilização de termos vagos ou imprecisos da linguagem ordinária, que só alcançarão a conceituação plena quando manejados dentro do contexto que lhe reclama incidência:

Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis. (KELSEN, 2003, p. 389)

Seria intencional a indeterminação quando o próprio órgão criador do texto normativo (norma geral) estabelece essa indeterminação de modo a conferir ao aplicador, numa futura solução de um caso concreto, maior campo de trabalho para poder extrair da norma geral a norma individual que melhor se adequaria à situação fática que lhe fora apresentada.

A indeterminação intencional pode ocorrer tanto em relação a uma margem quantitativa, como o estabelecimento de uma pena de prisão entre um mínimo e um máximo permitido, como valorativa ou qualitativa, ao prever a possibilidade de adoção de “medidas necessárias” em determinados casos, como a prevista no *caput* e no parágrafo único do art. 773 do CPC.

Ainda que haja quem faça crer poder ser possível estabelecer um método pelo qual a indeterminação pudesse ser sempre determinada em um sentido unívoco, configurando “o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão”, Kelsen defende que não há como fixar um critério pelo qual se chegue à pretensa univocidade dos sentidos, “não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferível à outra” (KELSEN, 2003, p. 391).

5.5 Positivismo Jurídico de Herbert Hart

Conforme o ensinamento de Sergio Nojiri (2005, p. 77), Herbert Hart delinea em sua teoria jurídica a tese de que o Direito é um sistema composto de duas espécies normativas, as normas primárias e as normas secundárias.

As normas primárias são aquelas que visam determinar o comportamento dos destinatários ao impor deveres de ação ou omissão e prescrever sanções para o caso de ser verificado um comportamento contrário ao imposto. São conhecidas também como normas de obrigação (DINIZ, 2013, p. 104; NOJIRI, 2005, p. 77).

As normas secundárias, por sua vez, referem-se às normas primárias e “têm como função, entre outras, institucionalizar a produção normativa, facilitando a criação e a revisão das regras do sistema jurídico” (NOJIRI, 2005, p. 77). São normas que definem competências, sejam elas de julgar, legislar ou modificar relações jurídicas. “Tais normas estabelecem que os seres humanos podem introduzir novas normas do tipo primário, extinguir ou modificar as normas anteriores, determinar de diversas maneiras o efeito delas ou controlar sua atuação” (DINIZ, 2013, p. 105).

Essa dualidade apontada por Hart entre normas primárias e normas secundárias difere-se da clássica definição kelseniana que reporta serem primárias as normas relativas a imposições de deveres positivos ou negativos, e secundárias as normas que se referem às primárias para determinar a sanção a ser aplicada em caso de descumprimento destas.

Diniz (2013, p. 105) sublinha que Hart construiu a tese acerca das normas secundárias e primárias ao pensar na hipótese de uma sociedade em que existisse apenas este último tipo de normas e que não houvesse uma estrutura que compreendesse as funções legislativa, judiciária e executiva, apontando três defeitos visíveis ante a simplicidade da estrutura social e normativa:

Em confronto com a natureza humana e com o mundo em que vivemos, tal estrutura social simples de normas primárias apresenta, segundo Hart, três defeitos: a) sua falta de certeza, pois se surgem dúvidas sobre quais são as normas observáveis em dada situação, ou sobre qual o alcance preciso de uma determinada norma, não haverá qualquer procedimento para solucionar tais dúvidas; b) seu caráter estático, já que naquela sociedade hipotética não haverá nenhuma maneira de adaptar deliberadamente as normas às novas circunstâncias, eliminando as antigas normas, introduzindo novas, porque para que isso seja possível se pressupõe a existência de um tipo de norma diferente da primária de obrigação, que é a única que rege a vida dessa sociedade; c) insuficiência de pressão social difusa, exercida para cumprir a norma, ante a inexistência de órgãos oficiais para determinar com autoridade o fato da sua violação.

Deveras, as discussões sobre se uma norma foi ou não violada continuarão indefinidamente se não houver um órgão especial com poder para determinar, definitivamente e com autoridade, as infrações.

Analisando a aplicação da teoria jurídica de Hart ao modelo de sistema jurídico autopoietico de Niklas Luhmann, Willis Santiago Guerra Filho (1997, p. 70) diz que as normas secundárias podem ser classificadas como normas de reconhecimento, de câmbio e de julgamento, cada uma servindo para suprir um daqueles três defeitos apontados no parágrafo anterior.

As normas secundárias de reconhecimento são as que determinam a validade das normas primárias para o sistema jurídico, isto é, se elas pertencem ou não ao sistema, resolvendo a questão da falta de certeza sobre a juridicidade das normas (MORRISON, 2006, p. 444). As normas de câmbio constituem “o remédio para sanar o caráter estático da estrutura de normas primárias ou de obrigação, por permitir que um indivíduo ou um grupo de pessoas introduza novas normas primárias para a condução da vida grupal” (DINIZ, 2013, p. 106). Por fim, as normas de julgamento ou de adjudicação conferem poder jurisdicional a determinados indivíduos para decidir, segundo dado procedimento, “se, em ocasião particular, houve a transgressão de uma norma primária” (DINIZ, 2013, p. 106).

Outro ponto de relevo da teoria jurídica de Herbert Hart diz respeito à textura aberta do direito. Professor da Universidade de Oxford, Hart recebeu influência dos estudos desenvolvidos naquela Universidade acerca filosofia da linguagem ordinária:

Para o positivismo jurídico analítico de Hart, a textura aberta do direito apresenta-se como resultado claro da imprecisão linguística na qual se funda a construção das normas jurídicas. A normatividade que garante um pouco de certeza à esfera jurídica é a mesma que se desintegra diante dos engodos da linguagem. Uma zona de penumbra normativa que se faz inerente; deve ser consequência de uma textura aberta da linguagem (NOJIRI, 2005, p. 76-77).

A textura aberta do direito, de acordo com Sergio Nojiri (2005, p. 78-79), leva em conta duas questões básicas: a necessidade de utilização de termos genéricos na construção dos textos normativos e a impossibilidade de o legislador estabelecer regras que possam reger todas as possíveis relações surgidas no seio social:

A partir dessa constatação, Hart conclui que não é correto descrever o raciocínio judicial em termos de uma mera dedução a partir de premissas preestabelecidas. A indeterminação do direito faz com que

surjam “casos” difíceis”, perante os quais os juízes dispõem de *discrecionariade* judicial para resolvê-los. Nesses caos, Hart afirma que estamos rodeados de incertezas e que o direito vigente só impõe *limites* à nossa eleição, mas não à própria eleição (NOJIRI, 2005, p. 78)

O tema da textura aberta do direito e de sua indeterminação decorre do uso de termos oriundos da linguagem natural, consoante ensina Charles Nunes Bahia:

Para o positivismo jurídico analítico de Hart, a textura aberta do direito apresenta-se como resultado claro da imprecisão linguística na qual se funda a construção das normas jurídicas. A normatividade que garante um pouco de certeza à esfera jurídica é a mesma que se desintegra diante dos engodos da linguagem. Uma zona de penumbra normativa que se faz inerente; deve ser consequência de uma textura aberta da linguagem (BAHIA, 2016, p. 228)

Essa imprecisão faz com que Hart estabeleça uma distinção entre “casos claros” ou “casos fáceis” e “casos difíceis”. Essa distinção é perceptível em decorrência da própria redação dos textos normativos, posto que os sistemas jurídicos de um modo geral buscam conciliar duas necessidades sociais: a de que existam normas jurídicas cuja aplicabilidade pelos próprios indivíduos seja plenamente possível a partir da interpretação por eles mesmos dada, sem que questões outras sejam levadas em consideração, e a de que existam normas cujo sentido possa ser melhor definido a partir da análise dos casos concretos que reclamem sua incidência (HART, 2012, p. 169).

6. CONCLUSÃO

Diversas correntes do pensamento jurídico pós-Segunda Guerra Mundial, alegando a necessidade de superação de um modelo de aplicação do Direito baseado na exegese dos textos legais, o que supostamente teria sido um dos sustentáculos dos excessos cometidos por regimes autoritários (BARROSO, 2009, p. 242 apud SCHMITZ, 2015, p. 81), buscaram nutrir o aplicador das normas jurídicas de instrumentos capazes de conferir-lhes possibilidade de solucionar casos de forma justa e não apenas de acordo com a lei.

Assim, muitos juristas pregam a necessidade de superação do positivismo jurídico, tido de uma forma geral e simplificadora como um modelo por demais rigoroso ao supostamente fazer a separação completa entre Direito e Moral, baseado na aplicação cega das normas editadas de acordo com as regras do sistema positivo, uma vez que a validade da norma estaria comprovada pela sua conformidade formal em relação ao sistema jurídico, conforme aponta Leonardo Ziesemer Schmitz:

É muito comum no Brasil aceitarmos a ideia de que a) o positivismo era a aplicação da “letra fria da lei”, e portanto não resolvia a complexidade das situações da vida; e b) para ultrapassar esse problema, seria preciso inserir “valores” ou “princípios” na ordem jurídica, para reumanizar, dar vida ao Direito (SCHMITZ, 2015, p. 83).

Teorias intituladas pós-positivistas, anunciando a superação do positivismo jurídico, nada mais fizeram que reafirmá-lo ao tentar negá-lo. Premissas defendidas por pensadores positivistas, seja de quais forem os ramos do positivismo jurídico, tais como a possibilidade de complementação do sentido do texto normativo no ato de interpretação/aplicação deste a determinado caso concreto ou abstrato (Hart), a existência de indeterminações intencionais e não intencionais permeando o sistema jurídico positivo (Kelsen), dando ao intérprete vasta gama de trabalho dentro da moldura do texto normativo, são apenas alguns exemplos de que o combatido rigor formal dos positivistas, notadamente aquele atribuído à Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, não passa de uma má-interpretação ou entendimento parcial do pensamento que se buscou transmitir.

Vimos que o positivismo jurídico foi forjado sob o influxo do Historicismo Jurídico, escola da filosofia jurídica baseada na elevação da vontade do povo, a *Volksgeist*, representada pelos costumes, à verdadeira fonte das normas de um ordenamento jurídico. Mais adiante, pudemos observar que os cultores da jurisprudência dos interesses perfilham o entendimento de que o intérprete deve buscar sempre a tutela dos interesses cujo legislador quis salvaguardar, ainda que para isso a aplicação da norma apresente algum traço de incompatibilidade com a literalidade do texto normativo há muito editado, posto que este estaria em descompasso com a realidade atual.

O historicismo jurídico, marco inicial do positivismo, e a jurisprudência dos interesses, nascida como uma subcorrente deste último, assim como a pureza da Teoria de Kelsen, não negavam a influência no Direito de questões advindas dos diversos campos do saber humano. Para este último, a separação entre Direito e Moral deve ocorrer quando da análise do Direito como objeto da ciência jurídica, distinguindo-se a ciência e a prática jurídica justamente por não ser possível eleger, efetivamente, esta ou aquela concepção de moral como absolutamente ou universalmente aceita, ao passo que o estudo científico do Direito deve sempre buscar a máxima certeza de suas conclusões, como é típico do saber científico.

Desta forma, seria o Direito sensível aos juízos morais de seus atores, “só que essa Moral acaba entrando pela via da aplicação — e, ao que tudo indica, sem controle” (STRECK e MATOS, 2017). A forma de entrada no sistema jurídico se dá muitas vezes através da interpretação de termos que encerram conceitos vagos ou indeterminados, e nesse

processo de interpretação a textura aberta da linguagem jurídica exerce papel preponderante.

Como bem ressalta Kelsen (2003, p. 387), a interpretação dos textos normativos é realizada não somente por juízes e tribunais em suas decisões, sentenças e acórdãos, mas também por aqueles que editam novos textos normativos, auferindo sua compatibilidade com a Constituição, por governos ao analisarem tratados e normas costumeiras do Direito Internacional, por indivíduos em suas diversas relações jurídicas celebradas diariamente etc. A interpretação de um texto normativo é tarefa da qual não pode o jurista se desincumbir. Trabalhar com o Direito é interpretá-lo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros:

AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma (org.). **Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade**. - Niterói, RJ: Impetus, 2004.

ANDRADE, Cristiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

BARBOSA, Claudia Maria. **Lógica e direito: Linguagem jurídica sob diferentes paradigmas lógicos**. - Curitiba: Juruá, 2005.

BARROS, Diana Luz Pessoa de. **Teoria semiótica do texto**. - São Paulo: Editora Ática, 2000.

BILLIER, Jean-Cassier; MARYIOLLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**: tradução de Maurício de Andrade. – Barueri, SP: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto; MORRA, Nello. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. 1. ed. Sao paulo: Ícone, 1996.

BORBA, Francisco da Silva. **Introdução aos estudos linguísticos**. – 12ª edição – Campinas, SP: Pontes, 1998.

BRANDÃO, Claudio. Introdução às ideias jurídicas da modernidade. In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coord.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. – São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brazil de 1824**. – Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**; tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. - 2. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CARVALHO, Castelar de. **Para compreender Saussure: fundamentos e visão crítica**. - 7^a. ed. rev. e ampl. com exercícios e um estudo sobre as escolas estruturalistas. - Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

CAPPI, Antonio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **Lógica jurídica: a construção do discurso jurídico**. Goiânia: UCG, 2004.

CARVALHO, Ricardo José Ramos de. **O precedente na fundamentação da decisão judicial: a fundamentação precisa**. - [S. l.]: Novas Edições Acadêmicas, [s. d.].

CONCEIÇÃO, Marcia Dominguez Nigro. **Conceitos indeterminados na constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da CF)**. - São Paulo: Celso Bastos, 1999.

DEL VECCIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**: tradução de João Baptista da Silva - Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. - 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. - 24. ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil**. - 27. ed. - São Paulo: Saraiva: 2010.

DWORKIN, R. M. **Levando os direitos a sério**. 3.ed., [3. reimpr. 2014]. - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ECO, Umberto. **Semiótica e filosofia da linguagem**. 1. ed. São Paulo: Ática, 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. - 6. ed. - São Paulo: Atlas, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**; tradução de Flávio Paulo Meurer. - Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. – Recife: Bagaço, 2000.

GOYARDE-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**; tradução Claudia Berliner; revisão da tradução Maria Ermentina Galvão. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. – São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão de tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HECK, Phillip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**; tradução de José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

HENRIQUES, Claudio Cezar. **Léxico e semântica: estudos produtivos sobre palavra e significação**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.) **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**; tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

KOZICKI, Katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. – Curitiba: Juruá, 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. - 3. ed. - 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Cleyson M. A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. In: MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma (org.). **Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade**. – Niterói, RJ: Impetus, 2004.

MICHAELIS: dicionário escolar língua portuguesa. – São Paulo: Editora Melhoramentos, 2008.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo;** tradução Jefferson Luiz Camargo, revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação: diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos.** – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** – 34.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NOJIRI, Sergio. **A interpretação judicial do direito.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PAZÓ, Cristina Grobério. A experiência hermenêutica teorizada por Hans-Georg Gadamer a partir do conceito de linguagem. In: MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma (org.). **Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade.** – Niterói, RJ: Impetus, 2004.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito;** tradução Maria Ermantina Galvão. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica;** tradução de Verginia K. Pupi. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público;** tradução de Vítor Marques Coelho, revisão de M^a Irene Gouveia, Filipe Delfim Santos. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

REZENDE, Antonio Paulo; DIDIER, Maria Thereza. **Rumos da história: história geral e do Brasil.** – São Paulo: Atual, 2001.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral.** Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. – [S. l.]: Editora Cultrix, [s. d].

SCHMITZ, Leonard Zieseemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SCHNAID, David. **Filosofia do direito e interpretação.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao estudo do direito.** – 11. ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Os métodos de interpretação, a metafísica e de como não há um grundmethode na hermenêutica: um contributo à luz do ontological turn. In: MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma (org.). **Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade.** – Niterói, RJ: Impetus, 2004.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito;** tradução de Ana Deiró. – São Paulo: Martins, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem:** 2ª versão /; com a colaboração de: Leonel Severo Rocha. – Porto Alegre, S. A. Fabris, 1995.

WEEDWOOD, Barbara. **História concisa da linguística;** trad. Marcos Bagno. – São Paulo: Parábola Editorial, 2002.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

Dissertações:

CAMPELLO, Juliana Endriss Carneiro. **Análise crítica do discurso de decisões judiciais: um estudo do uso da 'proporcionalidade' e da 'razoabilidade' como ferramentas de decisão.** 2014. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Coordenação Geral de Pós-graduação. Mestrado em Direito, 2014. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1076>. Acesso em: 14 out. 2017.

Periódicos:

BAHIA, Charles Nunes. Da textura aberta da linguagem à textura aberta do direito: o contributo de Wittgenstein e Waismann à filosofia jurídica de Hart. In: **Revista Justiça do Direito, [S. l.]**, v. 30, n. 2, p.227-241, 15 ago. 2016.

BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do direito. In: **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 186, p. 275-290, abr./jun. 2010.

LAMY, Marcelo. Conceitos Indeterminados: limites jurídicos de densificação e controle. In: **Revista Internacional D'humanitats, [S. l.]**, v. 11, p.53-58, 2007.

MACEDO, Lucas Buril de; PEREIRA, Mateus Costa; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura. In: **Civil Procedure Review. [S. l.]**, v. 4, n. 3, p.122-152, 2013. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 01 out. 2017.

Internet:

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. **Quem combate o positivismo tem poucas alternativas a oferecer. Será?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-12/opiniao-quem-combate-positivismo-oferecer>>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

Legislação:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Lei, de 16 de março de 2016. **Lei Antiterrorismo**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE COMO PROJEÇÃO DO MODELO DE CRIME COMO OFENSA A BENS JURÍDICOS: BREVES APONTAMENTOS

GUSTAVO JOSÉ CORREIA VIEIRA:

Graduado em Direito pela FARGS – Faculdades Rio-Grandenses. Pós-graduado em *"Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos"*, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisador na área de Direitos Humanos e Direito Penal Internacional. Advogado. Currículo.⁴³

Resumo: O presente ensaio visa apresentar alguns apontamentos relativos ao princípio da ofensividade e sua projeção a partir do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, base teórica no campo do direito penal que visa estabelecer um critério de delimitação para a elaboração e interpretação das normas penais. Nesse sentido, o princípio da ofensividade, dentro do campo do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, se constitui como fator de relevância da seara jurídico-penal, se constituindo como um elemento norteador importante, tanto ao legislador (na elaboração das leis penais) quanto ao julgador (como um parâmetro de aplicação da lei penal).

Palavras-chave: Ofensividade. Bem jurídico. Modelo de crime.

Abstract: This text present some notes relating to the harm principle and its projection from the model of crime and offence to legal assets, theoretical basis in the field of criminal law, if establish an delimitation for the interpretation of criminal laws. Accordingly, the harm principle within the field of crime and offence to legal assets, is as a factor of importance for the criminal law, and as a element important as to the legislator (in the preparation of criminal laws) much as to the judge (as a parameter of application of criminal law).

Keywords: Harm principle. Legal assets. Type of crime.

Sumário: Introdução – 1 O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos – 1.1 Elementos históricos do surgimento do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos – 1.1.1 *A teoria do crime como violação a um direito subjetivo* – 1.1.2 *A teoria do crime como proteção de bens jurídicos* – 2 Da noção de bem jurídico e da dimensão material do ilícito-típico – 1.2.1

⁴³ E-mail para contato: gjcorreia@gmail.com.

A primeira dimensão valorativa da teoria do bem jurídico: a valoração positiva – 1.2.2 A segunda dimensão valorativa da teoria do bem jurídico: a corporização enquanto dimensão existencial do bem jurídico – 1.2.3 A terceira dimensão valorativa da teoria do bem jurídico: a transcendência dos bens e sua delimitação valorativa a partir de bases normativo-constitucionais – 1.2.4 Da dimensão material do ilícito-típico – 1.3 O princípio da ofensividade como projeção do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos: fundamento e delimitação – 1.4 Conseqüências do reconhecimento da ofensividade como princípio constitucional no âmbito hermenêutico-aplicativo: capacidade e extensão vinculantes na interpretação e delimitação do ilícito-típico – Considerações finais.

Introdução

O estudo a seguir trata de alguns aspectos sobre a dimensão, recepção e aplicação do princípio da ofensividade no direito penal, bem como sua projeção no modelo de crime como ofensa a bens jurídicos.

Inicialmente, para a devida compreensão e contextualização do princípio da ofensividade, tratar-se-á acerca do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, no qual o elemento da *ofensa* se constitui como seu elemento basilar. Inicialmente, serão abordados os elementos históricos, bem como seu desenvolvimento teórico. Em um segundo momento, tratar-se-á da noção de bem jurídico e suas dimensões valorativas que o fundamentam, bem como acerca da dimensão material do ilícito-típico; estes fatores são elementos fundamentais para a compreensão do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos. A seguir, em um terceiro momento, abordaremos o fundamento e delimitação do princípio da ofensividade como projeção do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, concluindo, em um quarto período, com a temática das conseqüências do reconhecimento da ofensividade como princípio constitucional no âmbito hermenêutico-aplicativo – capacidade e extensão vinculantes na interpretação e delimitação do ilícito-típico.

1 O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos

O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos se constitui como tema de grande discussão na seara jurídico-penal.

Para iniciar a abordagem sobre o ponto desta primeira parte de nosso estudo, faz-se necessário tecer algumas considerações iniciais breves. Fabio Roberto D'Avila⁴⁴ leciona que a questão do que pode ser considerado materialmente como crime, ou seja, as

⁴⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. Revista brasileira de ciências criminais. Ano 17, n. 80, set-out/2009, p. 11.

condições materiais que deve reunir uma conduta para que possa ser alvo de uma proibição criminal é, e sempre será, o problema primeiro do direito penal. Isto ocorre pelo fato de que desta questão depende a validade da própria proibição penal, que é a condição de existência do próprio pensar jurídico-penal.

Partindo desta questão crucial, para a construção da legitimidade do ilícito-típico,⁴⁵ há a necessidade de se formular um *conteúdo objetivo ao ilícito penal*. Não como uma mera violação ao dever, mas a partir da lesão a interesses objetivos – lesão a bens protegidos jurídico-penalmente,⁴⁶ concebidos a partir de uma dimensão material.

A partir das razões expostas, pode-se inferir que a função do direito penal será a de proteger bens jurídicos; bens jurídicos estes que tenham dignidade penal, ou seja, um bem jurídico que mereça a proteção penal. Nesse sentido, seriam bens jurídicos de dignidade penal a vida, a integridade física, o patrimônio, dentre outros.⁴⁷ Mais precisamente, a função do direito penal seria a tutela subsidiária (de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de “bens jurídico-penais”), bens estes cuja lesão se revela digna de pena.⁴⁸

Destarte, a partir destas questões se insere o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, pois a sua força vinculativa passa invariavelmente pela compreensão que se tenha da *noção de bens jurídicos* e pelo *fundamento jurídico e delimitação que se pretenda atribuir à noção de ofensividade*,⁴⁹ a qual se constitui como a projeção deste modelo de crime. Portanto, o estudo da teoria do bem jurídico viabilizará o estudo da ofensividade, pois esta pressupõe o bem jurídico. Isto influenciará significativamente para uma legitimação do ilícito-típico.

45 No magistério de Jorge de Figueiredo Dias, a tipicidade cumpriria a mesma função político-criminal que cabe à *ilicitude*. Isto pelo fato de que a categoria do ilícito significaria o desvalor jurídico-penal que um *concreto* comportamento humano atinge numa *concreta* situação. Trata-se, portanto, de uma conduta concreta que é desconforme ao ordenamento jurídico-penal, tanto objetiva como subjetivamente. A *função da categoria da ilicitude* no sistema do fato punível seria *definir o âmbito do penalmente proibido e fazer com que os destinatários da norma o conheçam*. Assim, somente a partir desta etapa o *tipo* ganharia seu significado e a ilicitude se apresentaria como verdadeiro fundamento do tipo. Nesse sentido, *sem ilícito não haveria tipo*; todo o tipo seria tipo de ilícito. Por isso, a tipicidade cumpriria exatamente a mesma função político-criminal que caberia à ilicitude. Nesse sentido, vide FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: RT, 2007, p. 268-269.

46 HUNERFELD, Peter, citado por D’AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. Op. cit., p. 9.

47 FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 22-23.

48 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 114.

49 D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 59.

Contudo, antes de adentrar em ambas as questões – da noção de bem jurídico e sobre o fundamento e delimitação da ofensividade – faz-se mister tecer algumas considerações sobre os elementos históricos que contribuíram para o surgimento do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, o que viabilizará uma maior compreensão destas questões mencionadas anteriormente.

1.1 Elementos históricos do surgimento do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos

Algumas questões foram fundamentais para o surgimento do atual modelo de crime como ofensa a bens jurídicos. Para tanto, a distinção entre *pecado e crime* é elemento importante neste processo histórico, pois se constitui como um dos momentos de maior relevância na gênese do direito penal moderno⁵⁰. Não obstante juristas do séc. XVI, como Tiberius Decianus tenham elaborado um exame dos conceitos de *peccatum, delictum e crimen*, será a partir da corrente jusnaturalista de Christian Thomasius e principalmente na obra clássica de *Cesare Beccaria – Dos delitos e das penas*, de 1764 – que o crime ganha uma significativa autonomia em relação ao pecado. Agora o crime não se confunde com o pecado, pois será conceituado como um fato danoso à sociedade.

A verdadeira medida dos delitos será o dano causado à Nação. Beccaria estabelece uma crítica à ideia de que a gravidade do pecado participasse da medida dos delitos, partindo do pressuposto de que há uma diferença entre a relação entre os homens e a relação entre os homens e Deus. A relação entre os homens é uma relação de igualdade. E entre Deus e os homens, há uma relação de dependência destas para com aquele. Nesse sentido, os pecados não poderiam ser punidos pelos homens, pois Deus teria o poder supremo de julgar e legislar, não cabendo ao homem julgar o pecado, cuja função apenas seria de Deus.^{51 52}

⁵⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Ibidem, p. 59.

⁵¹ Tal mudança de paradigma retrata claramente o pensamento moderno do séc. XVIII. A iniciativa de se conceituar o crime não mais como um pecado, mas como um dano causado à nação marca uma característica presente no pensamento moderno deste período histórico. O homem não vive mais em um tempo cíclico, em que ele é submetido precipuamente aos dogmas religiosos vigentes, mas tem o poder de construir sua própria história e estabelecer uma comunidade política distinta, calcada na igualdade entre os homens no mundo terreno. O séc. XVIII é um período em que o homem buscará o uso livre da razão, em restrição da autoridade e do dogma. Nesse sentido, vide BAUMER, Franklin. *O pensamento europeu moderno – séculos XVII e XVIII*. Vol. I. Lisboa: Edições 70, p. 164.

⁵² Para mais detalhes, vide BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 52-53.

No período *pré-iluminista*, o ilícito-penal era movimentado em uma dimensão puramente teológica, e crime e pecado confundiam-se, pois eram nada mais do que a violação da vontade de Deus. Já no período *iluminista*, principalmente com Beccaria, marca-se e inicia-se o primado objetivista do ilícito-penal, em que o *dano* à comunidade como medida do crime, livre de interpretações moralistas e subjetivistas, inaugura um novo pensamento no direito penal⁵³.

Contudo, a título informativo, pode-se referir que os primeiros indícios da idéia de dano como parâmetro e medida do crime podem ser encontrados já no período anterior ao Iluminismo e à Idade Média. Platão, em sua obra intitulada *“As Leis”*, no Livro IX, refere expressamente sobre o dano como critério de avaliação do legislador para considerar uma conduta injusta. Nesta obra, Platão refere com as seguintes palavras, o diálogo entre Sócrates e Clínicas⁵⁴:

...pois via de regra, meus amigos, nem quando alguém dá um objeto material a outro, nem quando ele o toma e leva para longe, deveria alguém classificar tal ato como absolutamente justo ou injusto, mas *somente quando alguém de caráter e disposição justas produz algum benefício ou dano para outro – é isto que o legislador deve ter em vista*; terá que considerar essas duas coisas, injustiça e dano, e quanto ao dano infligido ele deverá compensá-lo o máximo possível mediante meios legais; terá que salvar o que está perdido, restaurar o que foi destruído, dar integridade e saúde ao que foi morto e ferido; e quando todos os danos tiverem sido ajustados pela compensação, ele terá que se esforçar sempre por meio das leis para converter as partes que os tiverem infligido e aquelas que os sofreram de uma condição de discórdia para uma condição de amizade.

Para tanto, pode-se referir que a idéia de dano a outrem já era adotada como parâmetro ao legislador, desde a época de Platão (427–347 a.C), levando em conta, obviamente, as peculiaridades histórico-culturais e o pensamento da época. Não obstante o Estado, na época da Platão, ainda ter grande influência religiosa, o filósofo distinguia entre os crimes praticados contra os deuses, e os crimes praticados contra a constituição do Estado⁵⁵.

53 D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Op. cit., p. 61.

54 PLATÃO. *As Leis, ou da legislação e epinomis*. Bauru/SP: Edipro, 2008, p. 369.

55 PLATÃO. Op. Cit., p. 360.

Com efeito, não somente a obra de Beccaria foi determinante como contributo teórico, mas igualmente o trabalho de Platão teve uma importância capital para o que viria a constituir o modelo de crime como ofensa.

1.1.1 A teoria do crime como violação a um direito subjetivo

Na idéia de delito do período iluminista não havia ainda a noção de bem jurídico, mas de *direito subjetivo (teoria do crime como violação a um direito subjetivo)*. O contrato social substitui a matriz divina do Estado e da sociedade por uma perspectiva terrena, na qual o direito subjetivo figura como elemento central, sustentando os preceitos da liberdade e da igualdade. Assim, a concepção de direito subjetivo de cada um diante do direito dos demais permite traçar também os limites de liberdade. Neste âmbito, outra não poderia ser a essência do crime senão a violação de um direito subjetivo.⁵⁶

Outro jurista que contribuiu significativamente para a compreensão da idéia de crime foi Anselm Von Feuerbach, a quem se atribui a primeira tentativa de obter um conceito material de crime. Em 1801, o autor defende a idéia de que *o crime seria a ofensa contida em uma lei penal, ou uma ação que, sancionada por uma lei penal contraria o direito de outrem*. Igualmente influenciado por Kant, Feuerbach nega legitimidade à utilização do direito penal como instrumento de finalidades transcendentais. O Estado existiria para proteger liberdades prevenindo a violação de direitos subjetivos.⁵⁷ Assim, percebe-se que Feuerbach se ocupa da dimensão social do dano, vinculado ao direito subjetivo.

Com efeito, socialmente danosa seria a conduta que desorganiza a ordem posta pelo contrato, violando direitos individuais ou do Estado como pessoa moral, concebidos a partir de uma visão individualista. Isto implicou em uma leitura da ofensividade a partir da violação ao direito subjetivo.

Contudo, não obstante tal teoria tenha contribuído para a elaboração de um conceito material de crime, também continha *limitações*, principalmente no que se refere à capacidade explicativa e ao conteúdo que pretendia expressar, pois crimes como falsidade, atentados contra a ordem pública e outros, não poderiam ser explicados pela idéia de direito subjetivo. Outra questão de relevo é que a própria noção de ofensividade seria equivocada, pois a lesão à integridade física, por exemplo, *não suprimiria ou lesionaria o direito subjetivo em si*. O direito subjetivo, ao contrário, estaria intacto; a ofensa nada

⁵⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Ibidem, p. 61-62.

⁵⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Ibidem, p. 62.

poderia causar ao direito. Em realidade, seria o próprio *objeto do direito*, ou seja, a honra, o patrimônio, a integridade física, a vida, e não o direito em si, que sofreria a ameaça criminosa.⁵⁸

1.1.2 A teoria do crime como proteção de bens jurídicos

A teoria da proteção de bens jurídicos teve seu primeiro desenvolvimento a partir de Birnbaum (1834). Este autor afirmava que o conteúdo do crime deveria ser buscado, não na violação a direitos subjetivos, mas na ofensa a valores assim reconhecidos pela sociedade, ou seja, a ofensa a bens protegidos pela norma. Este autor acreditava que os valores poderiam advir de uma dimensão natural ou comunitária (ou seja, pela natureza ou no desenvolvimento da sociedade).⁵⁹

Para Birnbaum, o crime deveria ser reconhecido na lesão ou pôr-em-perigo, atribuível à vontade humana, de um bem garantido pelo poder do Estado. Esta idéia destaca a noção de bem jurídico como objeto da proteção da norma penal incriminadora, e faz surgir a noção de ofensividade em suas duas formas fundamentais: *o dano e o perigo*.⁶⁰ Desta forma, na ampliação do espaço de intervenção penal a partir do conceito de bem jurídico, Birnbaum evidencia as dimensões fundamentais da teoria do crime como ofensa a bens jurídicos: o objeto de tutela da norma e as formas de sua violação (ou seja, o bem jurídico e a ofensividade).

Esclarecidos estes elementos histórico-teóricos que contribuíram para a construção do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, necessário neste momento retomar e desenvolver os aspectos concernentes à noção de bem jurídico e, após, sobre o fundamento e delimitação da ofensividade.

1.2 Da noção de bem jurídico e da dimensão material do ilícito-típico

1.2.1 A primeira dimensão valorativa da teoria do bem jurídico: a valoração positiva

A noção de bem jurídico é um dos elementos fundamentais para a compreensão do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, como havíamos exposto no item 1 deste estudo. Para o devido entendimento sobre a temática do bem jurídico, é necessário salientar que o momento primeiro de uma construção normativa passa invariavelmente

58 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Ibidem, p. 64.

59 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Ibidem, p. 64.

60 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Ibidem, p. 65.

por uma *valoração positiva, de um juízo de valor*. A valoração seria o original momento jurídico de reconhecimento da concepção jurídico-penal de bem jurídico.⁶¹

Para tanto, *a primeira dimensão da teoria do bem jurídico seria sempre um momento axiológico de signo positivo, no qual a comunidade organizada, historicamente, reconhece como relevante e necessária a existência de determinadas realidades sociais, reunindo esforços em prol de sua continuidade*. Trata-se, portanto, de um *reconhecimento de valores de comunhão comunitária*, que se converte no problema nuclear da teoria do bem jurídico-penal. E pela proposta da teoria do bem jurídico, não seria possível iniciar seu entendimento sem compreender *o conceito de bem jurídico-penal*.⁶²

Giovanni Fiandaca,⁶³ em artigo escrito que traz considerações sobre a discussão em torno do bem jurídico como problema teórico e como critério de política criminal, leciona que qualquer que seja a definição sugerida (bem jurídico como “interesse”, “situação” ou “função”, etc), acaba-se por exercer pouca ou nenhuma influência sobre o terreno dogmático ou político-criminal. Para ser dotado de conteúdo informativo, o conceito geral de bem deveria, ao contrário, ser capaz de delinear um núcleo substancial comum a todos os objetos da tutela.

O autor destaca algumas tentativas de concepção de bem jurídico,⁶⁴ especialmente em torno de uma definição constitucionalmente orientada. Para *Rudolphi*, bens jurídicos seriam unidades sociais de função (ou seja, entidades instrumentais) indispensáveis à vida social que se desenvolve no quadro da constituição. Uma vida social baseada na liberdade e responsabilidade do indivíduo. Na concepção de *Michael Marx*, bens jurídicos seriam aqueles objetos dos quais o homem tem necessidade para a própria livre auto-realização. Por fim, para *Otto*, o bem jurídico seria uma relação real da pessoa com um valor concreto reconhecido pela comunidade jurídica – unidade social de função – na qual o sujeito de direito se desenvolve pessoalmente com a aprovação do ordenamento.

Sem tecer considerações sobre os detalhes de cada concepção, Giovanni Fiandaca assevera que nenhuma das concepções propostas seria capaz de fornecer um *conceito*

61 D'AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. Op. cit., p. 16.

62 D'AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. Ibidem, p. 16-17.

63 FIANDACA, Giovanni. *O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal*. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 89, vol. 776, junho de 2000, p. 411.

64 FIANDACA, Giovanni. Ibidem, p. 414.

material de bem tão determinado e rigoroso que permita estabelecer, com certeza, por via de dedução lógica, quais devam ser os objetos de tutela penal. Tratar-se-iam de definições que estabelecem critérios de máxima, que indicam diretivas-guias formuladas em forma de cláusulas gerais e, portanto, carentes de serem especificadas por meio de um processo de concretização articulado em mais fases.⁶⁵

Contribuindo para uma definição de bem jurídico, Figueiredo Dias destaca que o conceito de bem jurídico não pôde, até o momento, ser determinado com segurança que permita convertê-la em um conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar a fronteira entre o que legitimamente pode e o que não pode ser criminalizado. Todavia, haveria um consenso relativamente largo sobre seu *núcleo essencial*. O autor conceitua bem jurídico como “*a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso*”⁶⁶.

Fabio D’Avila⁶⁷ assevera que, no entanto, embora tal concepção seja ampla, ocasionando discussão sobre o que seja entendido por “interesse”, tal conceito ganharia densidade e delimitação, tornando-se uma categoria operatória, quando acrescido das exigências de *corporização, transcendência* e de *analogia axiológico/teleológico-constitucional*.

1.2.2 A segunda dimensão valorativa da teoria do bem jurídico: a incorporização enquanto dimensão existencial do bem jurídico

Como referido anteriormente, o conceito de bem jurídico-penal ganha densidade e delimitação quando acrescido dos pressupostos de incorporização, transcendência e analogia axiológico/teleológico-constitucional. São, em suma, elementos que contribuem para definição de bem jurídico-penal.

Especificamente quanto à *corporização*, como leciona Fabio D’Avila,⁶⁸ o potencial crítico da noção de bem jurídico-penal passa por uma expressão fenomênica⁶⁹, ou seja,

65 FIANDACA, Giovanni. *Ibidem*, p. 414.

66 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Op. cit.*, p. 114.

67 D’AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 18.

68 D’AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. *Ibidem*, p. 19.

69 Em síntese, o mundo fenomênico advém da corrente filosófica *fenomenológica*, principalmente a partir de Husserl. Em linhas gerais, esta filosofia, complexa e profunda, preconiza que o fenômeno é simplesmente o *dado*, o dado que importa desvelar em toda a sua significação. O fenômeno constitui a

somente na forma de um *fragmento da realidade*. Somente a partir deste fragmento da realidade, e não como “realidade ideal”, é que o bem jurídico pode ser alcançado, de forma prejudicial, pelo fato típico. Contudo, isto não quer dizer que o bem não seja pensado na forma de um valor, mas a partir de um valor que, por uma exigência de corporização, deverá encontrar projeção e concretização no mundo fenomênico, *assumindo corpo em realidades suscetíveis de ofensa*.

Cabe referir inclusive que o valor – e aqui acrescento, de nossa parte, que se trata de um valor ético – não será senão uma abstração deste mesmo mundo que, ao projetar-se, nada mais faz do que percorrer o caminho de retorno aos fragmentos da realidade⁷⁰ que lhe permitam alçar reconhecimento enquanto *valor de comunhão comunitária*⁷¹. Nesse sentido, bens supraindividuais, bem como outros como a administração pública e a fé pública necessitam de um processo de concretização e especificação.

Com efeito, um conceito crítico de bem jurídico exige o reconhecimento de uma dimensão existencial a ser concretizada e individualizada à luz das circunstâncias e das particularidades do caso concreto. No entanto, o aspecto existencial ainda não é suficiente. Faz-se necessário abordar os elementos de transcendência e analogia axiológico/teleológico-constitucional.

1.2.3 A terceira dimensão valorativa da teoria do bem jurídico: a transcendência dos bens e sua delimitação valorativa a partir de bases normativo-constitucionais

manifestação o que é, aparição do real, e não aparência ilusória. Vide JERPHAGNON, Lucien. *Dicionário das grandes filosofias*. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 128.

⁷⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. Ibidem, p. 19.

⁷¹ Ao nosso entender, este valor de comunhão comunitária que passa pela interpretação de um fragmento da realidade para se estabelecer como bem jurídico-penal possui uma estreita relação com a dimensão *ética (ou ético-crítica)*. Um valor ético concreto, que se traduz como parâmetro a ser seguido por uma comunidade de seres humanos. Ou seja, este elemento ético-crítico, o qual nos referimos e que ao nosso entendimento possui uma sintonia com o critério de *corporização*, é trabalhado nos estudos filosóficos de Enrique Dussel, em sua *“Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão”*. Trata-se de uma proposta ética estruturada a partir de *um critério material de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana*, dentre outros aspectos. No momento em que uma estrutura social, política, produz *vítimas, violadas em sua corporalidade*, verifica-se a possibilidade de se estabelecer, a partir de um juízo ético-crítico, o questionamento desta realidade existente, diante da violação do princípio material de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana em uma comunidade de vida (por exemplo, ao nosso ver, nos casos de crimes contra a humanidade). Nesse sentido, o valor ético, antes de tudo, se expressa no aspecto *corporal* do ser humano. Para mais detalhes, vide DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

Após mencionar os elementos valorativos de primeira dimensão (reconhecimento de valores de comunhão comunitária, positivos) e de segunda dimensão (de fragmentos da realidade, de corporização) faz-se necessário tratar de outros dois elementos que compõem a terceira dimensão valorativa: os elementos de transcendência e de analogia axiológico/teleológico-constitucional.

O plano (ou o elemento) da *transcendência*, significa que os bens jurídico-penais não são – ou não devem ser – criados simplesmente pelo direito. A tarefa do direito penal não estaria na sua produção, mas no seu adequado *reconhecimento*. *Reconhecimento de realidades que transcendem a ordem jurídico-penal e condicionam o seu âmbito legítimo de tutela*,⁷² considerando a complexidade e especificidade da realidade.

Nesse sentido, *o bem jurídico-penal é a representação de um valor de comunhão comunitária, corporizável e transcendente*. Contudo, completando sua estrutura, é necessária uma *orientação axiológica*, que hoje, em função da conformação normativa dos Estados Democráticos de Direito, deve ocorrer a partir de uma *leitura constitucional*.⁷³ Exercendo uma interpretação do direito penal conforme a ordem axiológico-constitucional, a noção de bem jurídico alcança a sua completude.

Já na seara da *orientação axiológico-constitucional*, seguindo a exposição de Marinucci e Dolcini⁷⁴, para o reconhecimento dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, primeiramente deve-se questionar se a Constituição impõe ao legislador vínculos na escolha dos bens a serem tutelados penalmente. Para isso, devem ser analisados três problemas: a) se da Constituição procedem ou não *proibições de incriminação*, absolutas ou relativas; b) se *apenas os bens constitucionalmente relevantes* são suscetíveis de tutela penal; e c) se a Constituição impõe ou não *obrigações de tutela penal*⁷⁵.

Quanto ao *primeiro questionamento*, os autores expõem sobre as *proibições constitucionais de incriminação*. Esta compreende a proibição de incriminação *dos direitos de liberdade*, e a proibição de incriminação do exercício *dos direitos de liberdade*. Na primeira hipótese seriam os casos dos direitos civis, sociais e econômicos; a liberdade de crença religiosa, de organização sindical, de direito à greve, de direito à associação, etc. A Constituição, ao reconhecer estes direitos de liberdade, impõe uma proibição ao legislador

72 D'AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. Ibidem, p. 21.

73 D'AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. Ibidem, p. 23.

74 DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha dos bens jurídicos*. Tradução do italiano de José de Faria Costa. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Lisboa, n.º 4, 1994, p. 155.

75 Ibidem, p. 155.

de incriminar estas condutas⁷⁶. Na segunda hipótese (do exercício dos direitos de liberdade), Marinucci e Dolcini destacam neste campo que o legislador não pode transformar em delito o puro e simples exercício do direito, e que não pode tutelar penalmente os bens ofendidos por quem exerce o direito, a não ser que se trate de bens constitucionalmente relevantes. Nesta primeira hipótese, os autores destacam os casos de delitos criados pelo Estado italiano no período do fascismo, em que tinham sido criados os delitos de “greve para fins contratuais”, uma limitação penal ao exercício do direito de greve, praticamente configurando por excelência como delito o próprio direito à greve⁷⁷. Já na segunda hipótese, destaca-se a questão relativa à livre manifestação do pensamento, que pode ser praticada desde que não atinja outros bens constitucionalmente relevantes⁷⁸ 79.

Marinucci e Dolcini referem ainda que além do reconhecimento, na Constituição, dos direitos de liberdade, existem ainda *proibições de incriminação de princípios fundamentais*. Trata-se do caso, por exemplo, do princípio da igualdade entre os cidadãos, sem distinção de cor, sexo, língua, religião, opinião pública, condições pessoais e sociais⁸⁰. Como conclusão, os autores enfatizam que há um limite constitucional intransponível: não podem ser reprimidos comportamentos que sejam expressão de princípios fundamentais ou de direitos de liberdade garantidos pela Constituição⁸¹.

No que concerne ao *segundo questionamento – se apenas os bens constitucionalmente relevantes são suscetíveis de tutela penal* – os autores destacam que a sanção penal pode ser adotada em presença da violação de um bem constitucionalmente relevante, mas não estaria limitada a este aspecto. Como exemplo traz-se à tona a questão

76 Ibidem, p. 155-156.

77 Ibidem, p. 157.

78 Ibidem, p. 160.

79 Um caso de destaque na jurisprudência brasileira é o chamado “caso Ellwanger”, em que o réu (Sigfried Ellwanger) foi condenado por prática de racismo, o que foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2003. Foi mantida a sua condenação devido ao fato de que o autor se dedicava a publicar livros anti-semitas, em ofensa e preconceito contra judeus. A orientação do acórdão foi estabelecida no sentido de que a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, e que não pode abrigar condutas que gerem ilicitude penal e incitação ao racismo. Nesse sentido, vide LAFER, Celso. *O STF e o racismo: o caso Ellwanger*. Disponível em:

<http://www.verdestrigos.org/sitenovo/site/cronica_ver.asp?id=271>. Acesso em: 14 jun. 2023; e HC 82.424/RS, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 17/09/2003, DJ 19/03/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 jun. 2023.

80 DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Op. cit., p. 162.

81 Ibidem, p. 164.

dos bens ambientais, que embora não estejam previstos na Constituição italiana de 1948, foram objeto de tutela⁸². Os autores defendem que o legislador não estaria vinculado ao âmbito dos bens constitucionalmente relevantes.

Contudo, ao nosso ver, parece que a questão não estaria exatamente no sentido de se perquirir exatamente a relevância constitucional do bem (pelo menos em um primeiro momento), mas de se buscar aferir se o bem que se deseja tutelar possui uma adequação, uma compatibilização e harmonia com os princípios constitucionais e bens jurídicos fundamentais já reconhecidos expressamente pela Constituição. Havendo esta compatibilização, o bem conseqüentemente possuirá relevância constitucional. O caso do bem jurídico ambiental não previsto na Constituição italiana parece estar relacionado com este aspecto, porquanto apesar de não estar previsto expressamente, a partir de uma interpretação conforme os princípios já consagrados (como dignidade humana, vida, integridade física, etc), pode-se concluir que se trata de um bem de relevância constitucional, uma vez que é imprescindível para a reprodução da vida humana e de todos os demais seres vivos no mundo. A lesão ou perigo de lesão deste bem pode acarretar graves danos à fauna, flora e aos seres humanos.

Por derradeiro, no tocante ao *terceiro questionamento – se a Constituição impõe ou não obrigações de tutela penal* – os autores explanam sobre as *obrigações expressas* e as *obrigações implícitas de incriminação*. Quanto às primeiras, parte-se do pressuposto de que a Constituição, além de impor um limite ao legislador ordinário, textualmente determina para este mesmo legislador a obrigação de incriminar a ofensa a determinados bens. As obrigações expressas de incriminação, portanto, são normas que impõem ao legislador a incriminação de fatos ofensivos a determinados bens jurídicos e estão presentes expressamente nas Constituições⁸³. A razão (ou justificação para esta imposição expressa de criminalização deve-se à *importância atribuída ao bem jurídico* e à *necessidade de recurso à pena como instrumento capaz de assegurar uma tutela eficaz*⁸⁴.

Já nas segundas (temática das *obrigações implícitas*), Marinucci e Dolcini lecionam que quanto aos demais direitos e garantias fundamentais, não se prescreve o modo pelo qual deverá se realizar a tutela do bem, cabendo ao legislador a escolha dos meios mais adequados para assegurar os direitos previstos na Constituição⁸⁵. Não existiriam

⁸² Ibidem, p. 164-169.

⁸³ Ibidem, p. 170. No caso da Constituição brasileira, tem-se o art. 5º, incisos XLI, XLII, XLIII, XLIV (punição da discriminação atentatória aos direitos e garantias fundamentais, do racismo, do tráfico de drogas, do terrorismo, dos crimes hediondos, ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático), art. 225, § 3º (atividades lesivas ao meio ambiente), e ao art. 227, § 4º (punição da violência e exploração sexual contra a criança e o adolescente).

⁸⁴ Ibidem, p. 172.

⁸⁵ Ibidem, p. 179.

obrigações implícitas de criminalização, cabendo ao legislador, servindo-se do princípio da subsidiariedade – ou seja, utilizar a tutela preventiva como *ultima ratio*, verificando se seria necessário recorrer à pena ou se seria suficiente o recurso a sanções civis e/ou administrativas⁸⁶.

Por fim, os autores explanam sobre o relevo constitucional do bem como índice de merecimento de tutela penal. Este fator seria um dos pressupostos importantes de recurso à pena, englobando a necessidade e a proporção. Na primeira, partindo da idéia de que a tutela penal deve ser indispensável para a integridade das instituições e da própria sobrevivência da sociedade, e na segunda, buscando uma proporção entre a gravidade do fato e a sanção penal⁸⁷.

Tendo em vista estas considerações, a orientação constitucional será o último elemento que completa a noção de bem jurídico-penal, como parâmetro de orientação legislativa e de aplicação da lei penal.

1.2.4 Da dimensão material do ilícito-típico

Nesse aspecto, complementando com a noção de bem jurídico já exposta, pode-se referir que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos corresponde a uma *dimensão material do ilícito penal*, centrada na ofensa a bens juridicamente tutelados, na qual o *desvalor do resultado* é um elemento importante do ilícito-típico. O crime estará materialmente limitado às hipóteses de ofensa ao objeto de tutela da norma, não havendo crime (legítimo) sem ofensa ao bem jurídico-penal.⁸⁸

Contudo, o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos não se esgota na compreensão material do fato criminoso. A sua mais significativa expressão advém da sua projeção do denominado *princípio da ofensividade* (*nullum crimen sine iniura*). *O princípio da ofensividade como projeção do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos*.⁸⁹

1.3 O princípio da ofensividade como projeção do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos: fundamento e delimitação

⁸⁶ Ibidem, 184-190.

⁸⁷ Ibidem, 191-198.

⁸⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios – contributo à compreensão do crime como ofensa bens jurídicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 47.

⁸⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios – contributo à compreensão do crime como ofensa bens jurídicos*. Ibidem, p. 48.

Após tecermos considerações sobre o modelo de crime como ofensa bens jurídicos, interrogarmos acerca da existência de um efetivo bem jurídico a fundamentar a norma, a partir de suas dimensões valorativas, e expor sobre a compreensão e delimitação material do ilícito-típico, deve-se fazer um novo questionamento: seria possível o comportamento descrito no tipo causar um *dano* ao bem jurídico? Neste aspecto incide a questão referente ao princípio da ofensividade como projeção do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos (*nullum crimen sine iniura*).

O princípio da ofensividade representa, antes de tudo, a expressão político-ideológica de um Estado pluralista, laico, inspirado em valores de tolerância, no qual todo o poder emana do povo, que reconhece no homem o valor da sua dignidade e um núcleo de direitos invioláveis.⁹⁰

Apenas algumas condutas, na sua relação com o bem jurídico, apresentam-se dignas de tutela penal, necessitando de um juízo acerca de sua condição, o que é procedido a partir da idéia de formas de ofensa. Por formas de ofensa se entende as diferentes modalidades de lesão a bens valorados positivamente, compreendendo, assim, tanto a lesão em sentido estrito, como pôr-em-perigo.⁹¹ A sua recepção assinala principalmente a adesão a um modelo de crime de base objetiva, no qual o preceito da ofensividade opera em dois níveis distintos: de *jure condendo* e de *jure condito*. No primeiro, orienta e limita o trabalho do legislador em âmbito jurídico-penal. No segundo, reivindica uma interpretação da norma, de acordo com a exigência da ofensividade.⁹²

Esta questão tem um importante papel para a legitimação da norma penal, principalmente em outros âmbitos jurídicos – como no direito penal aglo-americano, com o *harm principle*, e na tradição italiana e portuguesa, com o princípio da ofensividade.

90 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios – contributo à compreensão do crime como ofensa bens jurídicos*. Ibidem, p. 48.

91 D'AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. Op. cit., p. 26.

92 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios – contributo à compreensão do crime como ofensa bens jurídicos*. Op. cit., p. 49.

Na corrente anglo-americana,⁹³ a noção de *harm principle* é conhecida principalmente a partir da obra *On liberty* (Sobre a liberdade), de John Stuart Mill⁹⁴. Stuart Mill define o princípio do dano a partir das seguintes palavras:

O objeto deste ensaio é defender como indicado para orientar de forma absoluta as intervenções da sociedade no individual, um princípio muito simples, quer para o caso do uso da força física sob a forma de penalidades legais, quer para o da coerção moral da opinião pública. Consiste esse princípio em que a única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a *auto-proteção*. O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade, é *impedir dano a outrem*.

...Para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo, tenha em mira causar dano a outrem. Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano.

⁹³ No caso *Brandenburg v. Ohio* (395 US 444), de 1969, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que as pessoas têm liberdade para expressar suas idéias, desde que não pretendam incitar uma ação ilegal iminente. As pessoas têm liberdade para expressar suas visões extremistas, desde que observem as seguintes restrições: a) o discurso não deve ter o objetivo de produzir ações ilegais; b) não deve ter o objetivo de fazer ações ilegais iminentes; c) o discurso não pode ter o efeito de necessitar de ações ilegais. O *princípio do dano pode ser vinculado a esta decisão*, em que o tribunal faz uma distinção entre: a) a discussão e distribuição de idéias que induzem a violência e a criminalidade como necessários e adequados na sociedade; e b) a preparação efetiva da atividade violenta ou ilegal iminente. Não seria suficiente que os indivíduos que defendem pontos de vista extremistas possam ser condenáveis pelos outros. Pelo contrário, deve ser demonstrado que aqueles que promovem as opiniões estão tentando provocar violência imediata ou a criminalidade. No caso de *Brandenburg*, uma cruz de madeira foi queimada e comentários depreciativos foram ditos sobre negros e judeus em um comício realizado em Ohio, da Ku Klux Klan. No caso de 2003, *Virginia v. Black* (538 U.S. 343), membros da KKK queimavam uma cruz no quintal de uma família negra com a intenção de intimidá-la. Nesse caso, a Corte entendeu ser admissível a restrição da liberdade individual de expressão. Para mais informações, vide o artigo de HULL, Brian. *The harm principle and the appropriate limitations of free speech*. Disponível em: <<http://www.brianhull.net/?p=104>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

⁹⁴ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942, p. 33-34. Vale ressaltar que Platão, na sua obra "As Leis", já tecia considerações ao critério do dano a outrem como parâmetro ao legislador. Nesse sentido, vide nossas considerações realizadas na página 4 deste ensaio.

Na tradição italiana, há um significativo consenso doutrinário em reconhecer a constitucionalidade do princípio da ofensividade, assim como há projetos legislativos no sentido de uma previsão específica do princípio. Existem dois projetos legislativos, dos anos de 1992 e de 2000, que tratam especificamente desta recepção do princípio da ofensividade.

No projeto de 1992, elaborado pela *Commissione Pagliaro*, refere-se à tutela de bens jurídicos como um princípio regulador, introduzindo no seu art. 4.1 uma base hermenêutica a partir do princípio da ofensividade, quando refere que o referido preceito prevê que a norma seja interpretada de modo a limitar a punibilidade aos fatos ofensivos ao bem jurídico. Por outro lado, o projeto de reforma do código penal, de 2000, recepciona o princípio da ofensividade, estabelecendo em seu art. 2.2 que as normas incriminadoras não se aplicam a fatos que não determinam uma ofensa ao bem jurídico.⁹⁵

Por outro lado, mesmo sem previsão legislativa, o reconhecimento do princípio da ofensividade tem encontrado espaço através da interpretação do art. 49, § 2º, do Código Penal italiano, o qual determina a exclusão da punibilidade nas hipóteses em que, por inidoneidade da ação, a ofensa ao objeto de tutela se torne impossível. No crime impossível, pressupõe-se que toda a ação tenha sido realizada, mas que em função da inidoneidade ofensiva, é impossível a verificação da ofensa ao bem jurídico.^{96 97}

Não obstante o reconhecimento do preceito da ofensividade pela lei ordinária demonstre um ponto significativo na efetivação do princípio, outra questão que merece relevo é que em hipótese de normas penais em desacordo com o referido princípio, seja pela inconstitucionalidade da norma no campo legislativo, seja pela não-aplicação por

95 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios – contributo à compreensão do crime como ofensa bens jurídicos*. Op. cit., p. 50-51.

96 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios – contributo à compreensão do crime como ofensa bens jurídicos*. Ibidem, p. 52.

97 Outra questão de importância, que se relaciona com o tema em debate, é a aplicação do *principio da insignificância*, que encontra espaço de aplicabilidade e recepção na jurisprudência. No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, a *ofensividade mínima e o grau ínfimo de lesão ao bem jurídico*, aliado à ausência de periculosidade social da ação e de reprovabilidade do comportamento, autorizam a aplicação do princípio da insignificância. Nesse sentido, vide HC 127.466/MG, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 01/12/2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 19 abr. 2010. Por outro lado, há decisões que, considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, como a reincidência, entendem pela não aplicabilidade do princípio. Nesse sentido: HC 137.801/MG, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/11/2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 19 abr. 2010. No entanto, parece que há uma significativa diferença entre ambos: o princípio da ofensividade opera no requisito da danosidade contida na própria essência da norma, enquanto a insignificância pressupõe a existência de uma norma que cumpre o requisito da ofensividade, mas que, diante das circunstâncias particulares do caso, não é aplicada ao caso concreto.

parte do magistrado, a sua efetivação, na via legislativa e interpretativa, passa invariavelmente pela sua *recepção constitucional*. Hoje, no espaço doutrinário e jurisprudencial, há um consenso no sentido de se entender *a ofensividade como um princípio constitucional*.^{98 99}

Não obstante não haver uma previsão constitucional específica, tem-se deduzido sua presença a partir do modelo de Estado estabelecido na Constituição italiana, a partir da ordem constitucional como um todo. Partindo da liberdade do indivíduo como um valor supremo, e em oposição ao modelo de crime baseado na mera violação do dever, os seguintes preceitos constitucionais fornecem respaldo à ofensividade: a) um direito fundamental como a liberdade somente pode ser limitado diante da necessidade de tutela de outro interesse concreto; b) não-instrumentalização do homem pela antecipação da punibilidade para fins de política criminal, em face do caráter pessoal da responsabilidade penal; c) não-equivalência da pena com a medida de segurança; d) manutenção da dupla função da pena, retribuição e reeducação; e) a penalização apenas de condutas ofensivas, e não desobedientes.¹⁰⁰

Com efeito, compreendido como um princípio constitucional, o princípio da ofensividade encontraria condições de operar no plano legislativo e hermenêutico. Neste, mediante a utilização do princípio como um parâmetro hermenêutico-aplicativo, a ser operado pelo magistrado, no âmbito de concreção da norma; naquele, limitando o foco legislativo aos comportamentos detentores de uma danosidade ao menos potencial, servindo como uma orientação legislativa.¹⁰¹

98 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios – contributo à compreensão do crime como ofensa bens jurídicos*. Op. cit., p. 53-54.

99 Nesse sentido, o Tribunal Constitucional italiano já decidiu que o princípio da ofensividade opera sobre o terreno da previsão normativa, como um limite de nível constitucional à discricionariedade do legislador ordinário (nesse sentido, sentença n. 360, de 24 de julho de 1995). Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>>. Acesso em: 19 abr. 2010.

100 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios – contributo à compreensão do crime como ofensa bens jurídicos*. Op. cit., p. 54-55.

101 De igual forma, o Tribunal Constitucional da Bolívia referiu que *“el principio de ofensividad no sólo opera como un límite en la interpretación del juzgador (para determinar si efectivamente existió vulneración al bien jurídico protegido por el derecho penal), sino también -fundamentalmente- como un límite al legislador, que al momento de establecer los tipos penales, deberá considerar sólo aquellas conductas que perturban la convivencia humana, no pudiendo inmiscuirse en la vida privada de los individuos ni en las concepciones morales que tenga cada uno de ellos; en razón de que, conforme se ha señalado, el derecho penal no se constituye en un medio para salvaguardar una determinada concepción moral”*. (Sentencia Constitucional 0034/2006, Sucre, 10 de mayo de 2006, Expediente: 2005-12941-26-RDI,

Contudo, impende salientar que uma valorização excessiva do plano aplicativo poderia ensejar um absolutismo judiciário, encontrando idoneidade em tipos penais desprovidos de ofensividade. Para tanto, em razão de um possível desequilíbrio entre os planos legislativo e aplicativo, faz-se necessário tratar as conseqüências do reconhecimento da ofensividade como princípio constitucional no plano aplicativo, ou seja, a sua capacidade e extensão vinculantes na interpretação e delimitação do ilícito-típico.

1.4 Conseqüências do reconhecimento da ofensividade como princípio constitucional no âmbito hermenêutico-aplicativo: capacidade e extensão vinculantes na interpretação e delimitação do ilícito-típico

Neste campo, umas das questões centrais no âmbito de aplicabilidade do princípio da necessária ofensa é a sua possível *derrogabilidade*. Com implicações diretas na aplicação do princípio, a derrogabilidade é objeto de controvérsia na doutrina italiana. Para alguns, a ofensividade seria um *princípio relativo*, ou seja, apesar de constitucional, seria derogável em determinados casos; já para outros a sua receptividade pela Constituição italiana fundamentaria a total impossibilidade de derroga.¹⁰²

Na *corrente defensora da possibilidade de derrogabilidade, ou seja, do entendimento da ofensividade como princípio relativo*, tem seu representante em Mantovani, que embora reconheça a constitucionalidade do princípio, admite sua não-aplicabilidade em casos excepcionais, quando houver necessidade de cunho preventivo-geral. Para esta corrente, não haveria implicação à constitucionalidade do princípio, haja vista que poderiam ocorrer situações em que seria necessário prevenir a ofensa a determinados bens, em que a racionalidade do princípio deveria moderar-se com a necessidade de prevenção geral positiva. Tratar-se-ia, no caso, de uma sobreposição de interesses preventivo-gerais sobre os interesses fundantes da necessária ofensa, que poderiam abranger tipos penais sem ofensividade.¹⁰³ Seria uma tentativa de conceber tipos penais absolutamente desprovidos de ofensividade.

De outro lado, *a corrente a favor da ofensividade como princípio não-derrogável* leciona uma recepção do princípio *nullum crimen sine iniura* como preceito basilar do ordenamento jurídico-penal, a partir de uma aplicação necessária e conflitiva, seja qual for a sua espécie normativa. Considerando que se trata de um princípio constitucional em que

Distrito: La Paz. Magistrada Relatora: Dra. Martha Rojas Álvarez). Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/tcopen.html?name=ver_resolucion®istro=14050>. Acesso em: 19 abr. 2010.

102 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios – contributo à compreensão do crime como ofensa bens jurídicos*. Op. cit., p. 57.

103 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios – contributo à compreensão do crime como ofensa bens jurídicos*. Ibidem, p. 58.

o legislador está obrigado à construção de tipos de acordo com a necessária ofensividade, cabe ao magistrado observar tal preceito.

Fabio D'Avila leciona que os argumentos trazidos pela corrente relativa coincidem com uma idéia tendente a admitir tipos penais sem ofensa a bens jurídicos. Contudo, não seria esta a leitura mais adequada, *uma vez que admitindo uma recepção constitucional do princípio da ofensividade, desloca-se também a sua discussão para o plano constitucional*. Ou seja, a resposta à questão acerca da derogabilidade somente poderia ser obtida a partir de uma perspectiva constitucional, mais precisamente acerca do fundamento constitucional do princípio da ofensividade e sobre as conseqüências deste mesmo fundamento.¹⁰⁴ Tal questionamento não contribuiria apenas com a delimitação de aplicabilidade do preceito, mas também com a determinação da matéria suscetível de proteção jurídico-penal.

Considerações finais

A partir desta breve exposição, pode-se constatar que a temática do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, e o princípio da ofensividade como sua projeção se constituem como uma proposta relevante de delimitação na elaboração das leis penais. Por primeiro, operando como um limite ao legislador no momento da elaboração da lei, limitando-se a hipóteses em que subsista o efetivo *dano ao bem jurídico protegido*, requisito indispensável para que a previsão normativa do tipo penal tenha legitimidade. Por outro lado, no campo da aplicação, fornece uma base jurídica ao magistrado, no sentido de que se constitui como um parâmetro de interpretação das normas penais, verificando a existência ou não de uma hipótese de dano efetivo a ser abrigado pela lei penal.

Referências

BAUMER, Franklin. *O pensamento europeu moderno – séculos XVII e XVIII*. Vol. I. Lisboa: Edições 70.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 17, n. 80, set-out/2009.

¹⁰⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios – contributo à compreensão do crime como ofensa bens jurídicos*. *Ibidem*, p. 61-62.

_____. *Ofensividade em direito penal – escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. *Ofensividade e crimes omissivos próprios – contributo à compreensão do crime como ofensa bens jurídicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha dos bens jurídicos*. Tradução do italiano de José de Faria Costa. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Lisboa, n º4, 1994.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FIANDACA, Giovanni. *O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal*. Revista brasileira de ciências criminais. Ano 89, vol. 776, junho de 2000.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: RT, 2007.

HC 82.424/RS, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 17/09/2003, DJ 19/03/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 jun. 2023.

HC 127.466/MG, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 19 abr. 2010.

HC 137.801/MG, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 19 abr. 2010.

HULL, Brian. *The harm principle and the appropriate limitations of free speech*. Disponível em: <<http://www.brianhull.net/?p=104>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

JERPHAGNON, Lucien. *Dicionário das grandes filosofias*. Lisboa: Edições 70, 1999.

LAFER, Celso. *O STF e o racismo: o caso Ellwanger*. Disponível em: <http://www.verdestrigos.org/sitenovo/site/cronica_ver.asp?id=271>. Acesso em: 09 jul. /2010.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.

PLATÃO. *As Leis, ou da legislação e epinomis*. Bauru/SP: Edipro, 2008.

Tribunal Constitucional Italiano. Sentença n. 360, de 24 de julho de 1995. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>>. Acesso em: 19 abr. 2010.

Tribunal Constitucional Boliviano. Sentencia Constitucional 0034/2006, Sucre, 10 de mayo de 2006, Expediente: 2005-12941-26-RDI, Distrito: La Paz. Magistrada Relatora: Dra. Martha Rojas Álvarez. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/tcopen.html?name=ver_resolucion®istro=14050>. Acesso em: 19 abr. 2010.

O CONSENTIMENTO COMO REQUISITO BASILAR PARA O TRATAMENTO DE DADOS

LUIS FELIPE DA SILVA MATHIAS:
Advogado e Encarregado de Dados (DPO)
da AACRIMESC.¹⁰⁵

Resumo: O presente artigo aborda as hipóteses de tratamento de dados pessoas consubstanciadas na Lei n. 13.709/18. Com enfoque na hipótese de coleta do consentimento do titular (art. 7º, I, da LGPD), este artigo visa demonstrar de maneira teórica as subjetividades e deficiências jurídicas do consentimento exarado pelos titulares através da ótica da validade do negócio jurídico prevista no Código Civil. O método de abordagem foi o dedutivo, em que se partiu de uma perspectiva macro das hipóteses de tratamento de dados previstas em regramento específico para especificar os motivos que levam às conclusões deficitárias do consentimento enquanto requisito de tratamento de dados pessoais. A pesquisa ostenta caráter qualitativo, enfatizando a subjetividade do assunto e com maior interesse pelo processo (análise crítica) do que pelos resultados. A técnica de pesquisa foi a de revisão bibliográfica de fontes primárias e secundárias, por meio da qual se buscou material em livros temáticos, artigos científicos publicados em periódicos diversos, assim como análise legislativa.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados. Tratamento de dados pessoais. Hipóteses de tratamento. Consentimento. Negócios jurídicos.

Introdução

A redação da Lei Geral de Proteção de Dados traz aspectos restritivos de tratamento de dados pessoais, ao passo que regulamenta, em seu art. 7º, em quais hipóteses poderão ser manejadas as informações dos titulares. Embora existam inúmeros alicerces lúdicos para se tratar, o senso comum aponta para a coleta da anuência externalizada. O próprio Código Civil, em seu art. 110 e ss. já traz inúmeras hipóteses de invalidação no que tange à exteriorização da vontade, e anos após, com a publicação da LGPD, uma das hipóteses mais utilizadas é uma das mais problemáticas.

Ao longo de excerto, será possível notar que o tratamento de dados dispensado com base na coleta do consentimento válido está permeado por problemáticas jurídicas, especialmente por sua eficácia. Ora, o grau de aferição da validade da vontade está diretamente ligado à consciência e ao dever de informação que a parte anuente (titular de dados) possui. Se tratando de um negócio jurídico social, a coleta do consentimento por

105 E-mail: advtech.mathias@gmail.com

parte do agente de tratamento deve observar eventuais erros do negócio jurídico que, por derradeiro, podem influir em sua validade.

Cumprе ressaltar que esta relação – de coleta do consentimento – pressupõe a aceitação de uma imposição e caracteriza um fato social. Diante disso, inviável não invocar teorias sociológicas para analisar o fenômeno, destacando as vicissitudes da relação jurídica e evidenciando eventuais desrespeitos.

Ao final, será possível concluir se há desrespeito à livre convicção do titular de dados e se a coleta válida do consentimento, conforme prevista na Lei Geral de Proteção de Dados possui o condão de influir, alterar ou mitigar os efeitos constitucionais propostos, inclusive para o espírito protetivo da LGPD.

Das hipóteses de tratamento de dados pessoais

A fim de excetuar a hipótese primordial que embasa todo o recorte deste artigo, serão delineadas todas as hipóteses de tratamento previstas na Lei brasileira antes de esmiuçar o tratamento de dados através do consentimento (art. 7º, I, c/c art. 11, I, ambos da LGPD).

Com efeito, as bases legais para tratamento de dados pessoais estão intimamente ligadas aos fundamentos da Lei, que a disciplina da proteção de dados pessoais por meio do respeito à privacidade (inciso I); da autodeterminação informativa (inciso II); da liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (inciso III); da inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (inciso IV); do desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação (inciso V); da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor (inciso VI); e dos direitos humanos, do livre desenvolvimento da personalidade, da dignidade e do exercício da cidadania pelas pessoas naturais (inciso VII), todos do art. 2º da lei de dados.

Cumprе ressaltar também que o tratamento de dados será balizado pelos princípios gerais¹⁰⁶ que legitimam a sua ocorrência, tendo como pressuposto o atendimento à finalidades específicas, às necessidades de tratamento (intervenção mínima), transparência, entre outros. Todos esses aspectos denotam, além do privilégio aos princípios gerais norteadores do ordenamento pátrio, o arrimo legal que deve preceder qualquer intervenção no núcleo fundamental de liberdade do titular (indivíduo).

¹⁰⁶ LGPD, Art. 6º.

Para tanto, no art. 7º¹⁰⁷ da referida Lei, foram apresentadas as bases legais que autorizam o tratamento. Interessante notar que no *caput* do art. 7º está contido o verbo “somente”, refletindo uma clara hipótese de excepcionalidade. Em outras palavras, ou o tratamento de dados está alicerçado em algum dos incisos previsto no art. 7º e ss. do diploma legal, ou o tratamento padecerá de incontestável ilegalidade, sujeitando-se, portanto, às sanções legais, que, por ora, também não serão objeto de análise, mormente pelo *status* de “sanções imperfeitas” que ainda possuem, notadamente pela inoperância da autoridade administrativa sancionadora.

Uma vez fulcrado nas hipóteses autorizativas, excetuando-se a permissão manifesta pelo titular, tem-se que o tratamento poderá ser realizado para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (inciso II); pela administração pública [...] (inciso III); para a realização de estudos por órgão de pesquisa [...] (inciso IV); quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados (inciso V); para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei de Arbitragem (inciso VI); para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro (inciso VII); para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária (inciso VIII); quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais (inciso IX); ou para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente (inciso X), todos do art. 7º da lei de dados.

Diante disso, verifica-se, de plano, que ao contrário do que popularmente é propagado, sobretudo ante um senso comum na difusão de informações a respeito da novel lei de privacidade brasileira, o consentimento não é a única hipótese de validação de tratamento de dados. Mesmo que possa se afeiçoar estranho ou incongruente com uma noção “pacífica” e garantidora das liberdades e da intimidade da pessoa humana, mesmo sem a concordância do titular, pode haver tratamento de dados.

Entretanto, o tratamento sempre deverá estar respaldado nos dispositivos específicos que o autorizam, resguardados o ato motivador, a finalidade específica do tratamento e balizado pelos freios legais ordinários e constitucionais que impedem ou restringem a utilização indiscriminada das informações coletadas. Diversos bens jurídicos são submetidos à baila, notadamente pelo fato de que, mesmo sem consentimento, pode prevalecer por exemplo, o interesse público, o cumprimento de obrigação legal, a proteção da vida, dentre outros.

¹⁰⁷ LGPD. Art. 7º. O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses [...]

Além desses aspectos gerais, a LGPD ainda reconhece a tutela dos dados e informações dos consumidores para a proteção de alguns direitos já mencionados, como os relacionados à autodeterminação informativa, liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e à inovação e à livre iniciativa, como explicitado no artigo 2º; sem olvidar-se do seu inciso VII, o qual fundamenta os Direitos Humanos Fundamentais como justificativa para a tutela dos dados pessoais (MULHOLLAND, 2018, p. 162, online).

Assim, é inegável que, para além de um direito universal, uma importante inovação presente com o advento da LGPD é a ampliação do conceito de dados pessoais e a importância das operações de tratamento de estarem alicerçadas em uma base legal. Nas palavras de Doneda e Mendes (2018, p; 582):

A grande inovação que a LGPD operou no ordenamento jurídico brasileiro pode ser compreendida na instituição de um modelo *ex ante* de proteção de dados, baseado no conceito de que não existem mais dados irrelevantes diante do processamento eletrônico e ubíquo de dados na sociedade da informação. Os dados pessoais são projeções diretas da personalidade e como tais devem ser considerados. Assim, qualquer tratamento de dados, por influenciar na representação da pessoa na sociedade, pode afetar a sua personalidade e, portanto, tem o potencial de violar os seus direitos fundamentais.

Na sociedade de vigilância, como denominou o italiano Stefano Rodotà¹⁰⁸, a fonte de informações é uma praxe inarredável, que diz respeito à fragilidade da privacidade dos cidadãos, especialmente no âmbito virtual. A indústria que emoldura a venda de ativos com lastro na informação cresce de maneira assustadora, tornando-se o principal foco de diversas empresas e *startups*¹⁰⁹.

Destaca-se que a coleta, o tratamento e o destino dos dados tratados para fins alheios ao espírito legal, além de contrariar a Constituição Federal, acarretará o aumento de contrastes sociais, a estigmatização de grupos, entidades, classes, e empresas. Ao ofender o livre desenvolvimento da personalidade (inclusive da jurídica), há um estímulo à

¹⁰⁸ RODOTÀ, Stefano. A Vida na Sociedade de Vigilância. A privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 82-83.

¹⁰⁹ <https://www.metropoles.com/brasil/empresas-especializadas-em-vender-dados-pessoais-serao-travadas-por-nova-lei>

padronização de comportamentos, o que, de igual modo, pode acentuar desequilíbrios, mormente se aliados ao controle vigilante.

Como já delineado nos tópicos primordiais, novas fontes e novas formas de poder surgirão, e como preconiza Stefano Rodotà (2019, p. 38),

podem acrescentar poder informacional descontrolado a órgãos estatais que já detêm poder político-econômico. Essa incongruência impactará diretamente o próprio regime político-jurídico de um país, fortalecendo e aprofundando divergências pré-existentes, ou criando divergências novas.

Nota-se, portanto, que independentemente da base legal utilizada para tratar dados, mormente na dimensão *latu sensu* que abrange o seu significado, a manifestação do titular, ainda que íntima e não verificável de plano, é substancial para o “manejo da personalidade”. Isso porque, uma vez que o dado pessoal reflete a própria personalidade do titular, tratar dados significa interferir significativamente na construção social da pessoa humana. Para que o tratamento seja legalmente válido, especialmente sob a ótica constitucional garantista, faz-se necessário o cotejo dos requisitos objetivos (ou formais) e subjetivos (materiais) que respaldam o consentimento para o tratamento de dados.

Da subjetividade que permeia a coleta do consentimento do titular: problemáticas legais

Destrinchadas as demais hipóteses de tratamento de dados, oportuno conceituar o recorte que norteia esta pesquisa, qual seja, a declaração de vontade dos titulares de dados quando da coleta de informações. O consentimento é definido na Lei Geral de Proteção de Dados, objetivamente, como uma “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (art. 5º, XII, da LGPD).

Essa espécie de autorização deve ser livre, porquanto o titular não pode ser obrigado a dar o seu consentimento e também não pode ser obtido de forma automática. É vedado, por exemplo, a exposição de caixas de textos já pré-selecionadas, a presunção de aceite pela simples navegação, inclusive não podendo ser cerceado o acesso à determinados tipos de informação através da exigência forçada de consentir.

Nessa senda, o titular deve compreender exatamente o teor de sua anuência, o porquê, e para que estarão sendo utilizados os seus dados (aspectos subjetivos). Além disso, a informação deve ser passada de forma completa, transparente e simples (aspectos objetivos), o que é uma tarefa extremamente difícil para um leigo, que desconhece as propriedades tecnológicas e ferramentas que compõem determinados tipos de

plataformas, a exemplo dos "cookies", "internet protocol (IP)", dentre outros. Não é admissível também que parem dúvidas sobre a verdadeira aceitação das condições ofertadas ao titular, de modo que os agentes de tratamento devem empenhar grandes esforços para garantir o aceite inequívoco.

Acerca da forma negocial pela qual se coleta o consentimento, depreende-se do art. 8º, *caput*, da LGPD, que "o consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular". Para tanto, a autorização outorgada deverá conter finalidades determinadas, de modo que textos genéricos, enganosos, abusivos ou que não tenham sido apresentados com transparência em momento anterior serão considerados nulos (§4º do art. 8º da LGPD).

Brevemente delineados os aspectos formais (objetivos) e materiais (subjetivos) do consentimento, para fins didáticos, será levado em conta como objetivo o critério previsto em lei, conquanto subjetivo, será todo aspecto que decorra de manifestações não literais, íntimas, ou até mesmo fatores externos de discernimento que porventura venham a influir na externalização de vontade da pessoa física.

No que tange ao principal requisito objetivo, ou seja, previsto em lei, destaca-se o fato de que, nos termos dos §§ 1º e 3º do art. 8º da lei de dados, nos casos de consentimento escrito (ou literal), deverá haver cláusula de destaque, separada de eventuais outras cláusulas e/ou permissões ofertadas pelo agente de tratamento. De igual modo, é vedada a coleta de permissão mediante vício de consentimento, o qual, para fins elucidativos, serão analisados posteriormente nesta pesquisa sob a égide do Código Civil, na seção em que se discorre acerca dos negócios jurídicos, pois, em essência, a coleta de consentimento é um negócio jurídico.

De maneira simples, o requisito formal para obtenção do consentimento pelo titular é a observância literal das cláusulas de destaque, sendo imprescindível a finalidade determinada e específica. Uma vez desvirtuada a finalidade inaugural do tratamento, ou padecendo o interesse (jurídico ou íntimo) das partes, o consentimento pode ser revogado, desde que manifestado expressamente pelo titular. A revogação em tela pode ocorrer em qualquer tempo, e deve ser disponibilizada através de procedimentos gratuitos e facilitados. Alterações de condições ou compartilhamento dos dados pessoais deverão também ser informados de forma destacada, tendo o titular o direito de arrependimento caso discorde das alterações.

Em alguns casos, além da observância dos requisitos supramencionados, a lei de dados exige a obtenção compulsória do consentimento. São eles: dados pessoais

sensíveis (art. 11 da LGPD), dos pais, pelos dados pessoais de crianças e adolescentes (§ 1º do art. 14 da LGPD), e transferência internacional de dados pessoais (art. 33 da LGPD).

Insta lembrar também que, em se tratando de dados pessoais sensíveis, o legislador optou por dar especial relevância ao consentimento. Enquanto no art. 7º existia a hipótese de se tratar mediante consentimento e por diversas hipóteses, no art. 11, mais especificamente em seu inciso II, nota-se que as hipóteses restringem-se à impossibilidade total de não se auferir consentimento.

A redação legal transmite exatamente a relevância da manifestação subjetiva do titular quando assevera que “o tratamento de dados sensíveis somente poderá ocorrer nas hipóteses em que, sem o fornecimento do consentimento pelo titular, for indispensável para os demais motivos” (art. 11, II, LGPD).

Novamente, é imperioso consignar que o consentimento é apenas 1 (uma) das 10 (dez) bases legais que autorizam o tratamento de dados pessoais. Inobstante a sua coleta seja reiteradamente valorizada e enaltecida, excetuando a sua incidência por disposição expressa de lei, todas as outras hipóteses de tratamento podem ser lastreadas na “dispensa de consentimento”, eis que o fundamento e a finalidade da coleta independem da declaração expressa do titular.

A fim de melhor colmatar a flagrante subjetividade que paira sobre o verbo “consentir”, adota-se como matriz basilar o Código de Defesa do Consumidor, que traz regulação nítida do que se significa hipossuficiência técnica. Esse conceito legal (e pragmático) será um dos elementos que acompanhará a Lei, conflitando com o próprio espírito protetivo da lei, na medida em que, uma vez internalizada a real dimensão de seu significado, será um contundente problema para se aferir a real vontade exprimida pelos titulares.

No raciocínio de Flávio Tartuce (2005), a ausência de elementos ínsitos para o bom manejo técnico ou informacional do consumidor vem a ser denominado hipossuficiência técnica:

O conceito de hipossuficiência vai além do sentido literal das expressões pobre ou sem recursos, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, no campo processual. O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento [...] “Trata-se de “um conceito fático e não jurídico, fundado em uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto”.

Como, em regra, os dados tratados têm recebido especial atenção de empresas privadas, é aplicável a relação de consumo para analisar a relação jurídica, inclusive de pessoas jurídicas de direito público, dado o *status* de equiparação, nos termos do parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Preceitua ainda o CDC, em seu art. 6º, VII, que

são direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Da norma supramencionada, exerce-se hermenêutica simples, em que, destarte, o consumidor já tem dificuldades naturais para o exercício de seus direitos. Acaso não fosse assim, o *codex* não afirmaria como direito próprio o seu auxílio. Outrossim, o caráter de hipossuficiente, ou de "leigo", carente de dotes e habilidades específicas, está diretamente atrelado às regras ordinárias de experiência. Curioso salientar que o legislador brasileiro apenas define o que seriam "regras ordinárias de experiência" quando se refere ao *munus* dos magistrados na condução de um processo judicial e obtenção de provas, asseverando no art. 375 do Código de Processo Civil que

o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

Ora, ao se atrelar a ausência de capacidade técnica à observação do que ordinariamente acontece, permite-se aferir, ou ao menos deduzir, que hipossuficiente técnico para fins de legislação digital é todo aquele que está desalinhado com o que "normalmente acontece". É aí que reside uma imensa problemática. Para melhor ilustrar, incisivamente pontua o Professor Lênio Streck (2015):

Lembro, aqui, do livro do Malatesta (o que mal-atesta), que, sobre a aferição da prova, diz que "o ordinário se presume; só o extraordinário

se prova". Isso não se comprova cientificamente. Mutatis, mutandis, é o que diz o NCPC: o juiz usará regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece. Como aferir isso? Em um país de estamentos, nepotismos e falcatruas, podemos elencar uma porção de coisas que podemos observar e que "ordinariamente acontecem". Não acham? [...] Diz-se, na doutrina nacional, que as máximas da experiência são (ou devem ser) entendidas a partir de critérios cognitivos. Pois é. Deve ser algo como "o produto de um processo de apreensão das coisas, algo como um "processo de conhecimento". OK, desde que não tivéssemos já passado por dois giros copernicanos (linguist turn e ontologic turn). "Regras de experiência", efetivamente, é um conceito vazio de conteúdo. Sofre de anemia significativa. Pálido. Esquálido. O que é isto — regras de experiência?

Questiona-se: haveria capacidade de consentir, de compreender a relevância e a dimensão do que significa tratar dados? Ou até mesmo, compreender o fenômeno social de controle e poder que emoldura o massivo fomento tecnológico? Para todos os fins, para incontestemente hipossuficiência técnica do titular para com os agentes de tratamento, acentuando a necessária observância do que seria efetivamente coletar de maneira válida o consentimento do titular.

Muito se confunde a respeito do teor dessa lei, muitas vezes atrelando-a apenas ao aspecto inovador e informático. Entrementes, há de ser lembrado que qualquer escrito, sinal, ou até mesmo informação visual que possa ser relacionada a pessoa natural é considerada dado pessoal (art. 5º, I, LGPD), e portanto, é tutelada pela lei.

Para tanto, ao analisar o consentimento abarcado na LGPD à luz do negócio jurídico preconizado no Código Civil, chama-se atenção para o requisito da capacidade, que compõe a tríplice teórica de sua definição (capacidade, licitude do objeto e forma válida – art. 104, CC).

De maneira alguma a capacidade pode ser atrelada como possibilidade de usar um computador, ou de manipular *gadgets*. Mesmo o titular, acometido de qualquer incapacidade física ou psicológica, ainda suportará as nuances (ou problemáticas) de manifestar consentimento para tratamento de dados.

Por óbvio, a análise entre consentimento e negócio jurídico é analítica e comparativa, não necessariamente vinculando uma definição com a outra, posto que contém partes umas das outras, e estão sob análise em conjunto para melhor colmatar seus efeitos jurídicos.

Segundo Miguel Reale, “negócio jurídico é espécie de ato jurídico que, além de se originar em um ato de vontade, implica em declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objeto protegido pelo ordenamento jurídico”¹¹⁰.

Sem rodeios, para a identificação do negócio jurídico querido, o legislador optou pela valoração da vontade declarada, em detrimento da vontade íntima (ou vontade primitiva) das partes contratantes.

Importante frisar que, nas hipóteses de outorga ou coleta de consentimento para tratar dados pessoais, a manifestação de vontade é exprimida. Poderia tratar-se de simples ato jurídico, vez que, em tese, não influiria na constituição, modificação ou extinção de direitos. A partir do momento que da coleta decorrem inúmeras relações jurídicas com diversos efeitos conexos, está-se diante de uma clara hipótese de negócio jurídico, especialmente pelo fato de que sempre que há a coleta, há uma contrapartida, manifestada usualmente pela possibilidade de acesso à determinada informação ou serviço.

Lecionando sobre a distinção de ato jurídico e negócio jurídico, Renan Lotufo (2004, p. 271) afirma que:

Ato jurídico e negócio jurídico são manifestações de vontade, mas diferem quanto à estrutura, à função e aos respectivos efeitos. Quanto à estrutura, enquanto nos atos jurídicos temos uma ação e uma vontade simples, nos negócios jurídicos temos uma ação e uma vontade qualificada, que é produzir um efeito jurídico determinado, vontade caracterizada pela sua finalidade específica, que é a constituição, modificação ou extinção de direitos.

A declaração de vontade é um dos pressupostos elementares para existência do ato, porquanto sem ela não existe exteriorização da manifestação da vontade querida. Nesse particular, Caio Pereira (2002, p. 307) afirma que:

A vontade interna ou real é que traz a força jurígena, mas é a sua exteriorização pela declaração que a torna conhecida, o que permite dizer que a produção de efeitos é um resultado da vontade mas que esta não basta sem a manifestação exterior.

Pode-se perceber, portanto, que para produção de efeitos, é necessária que a vontade interna do titular seja expressada através de uma declaração, que, por ora, será

¹¹⁰ REALE, Miguel; Propedêutica de direito civil; 6º ed. Citação p. 356.

analisada sob a ótica da declaração negocial, eis que a permuta entre a anuência do titular e a contraprestação de qualquer modalidade de tratamento de dados é, por si, um negócio jurídico. A declaração negocial poderá ser manifestada de forma expressa, tácita ou presumida, ao passo que o consentimento apenas poderá ser expresso, de maneira inequívoca.

Nesse ponto em específico, ao analisar o (des)respeito ao consentimento do titular, há de ser observado se, no momento da expressão da vontade íntima do titular, existe alguma hipótese de defeito, pois é sabido que, por analogia ao que dita o Código Civil, eventuais defeitos do negócio jurídico importam na anulabilidade do pacto.

De maneira superficial, a ocorrência de defeitos no negócio jurídico pode ser evidenciada através de seis hipóteses, sendo elas: o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores (Capítulo IV do Código Civil de 2002). A presença dos elementos acima enumerados encontra-se claramente expressada no artigo 178, inciso II do Código Civil, vejamos:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I – por incapacidade relativa do agente;

II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Excetuando a fraude contra credores, os demais defeitos são conhecidos como vícios de consentimento, posto que a vontade declarada diverge da intenção manifestada no íntimo do titular de dados.

Alinhavando as hipóteses do inciso II com o tema desta pesquisa, é perceptível uma incidência predominante do vício de consentimento por erro do titular, eis que este detém uma falsa percepção da realidade. Caso houvesse indução ao consentir, estaria-se diante do dolo, mas como a boa-fé, segundo o ordenamento pátrio é presumida (art. 113 do Código Civil), isso não será objeto de aprofundamento.

Analisando cada elemento caracterizador de defeito no negócio jurídico, deduz-se que a outorga de consentimento sem o complexo necessário de discernimento e informação prévia pode caracterizar erro, mormente pela hipossuficiência técnica do titular, possível ou não de convalhecimento. Na hipótese de ser erro substancial (ou essencial), invalida o negócio jurídico, de modo que, sendo acidental (podendo ser resolvido de maneira simples), não acarretará na anulação. Conceituando erro substancial Francisco Amaral (2008, p. 484) informa que:

"[...] é aquele de tal importância que, sem ele, o ato não se realiza. Se o agente conhecesse a verdade, não manifestaria vontade de concluir o negócio jurídico. Diz-se, por isso, essencial, porque tem para o agente importância determinada, isto é, se não existisse, não praticaria o ato".

Nesta mesma seara, dispõe o Código Civil:

Art. 139. O erro é substancial quando:

I – interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II – concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

A falsa percepção da realidade, dentro do contexto de difícil identificação da condição real da coleta de consentimento, pode gerar a anulabilidade da coleta, visto que o titular teve sua declaração negocial viciada, quando expressada a vontade sobre circunstâncias e elementos que pensou conhecer. E é neste ponto que reside outra problemática jurídica: o titular de dados usualmente pode recair em erro por depositar confiança em algo abstrato (visual da plataforma virtual, confiança na pessoa física que solicita cadastros em lojas, etc.), e por supor que a finalidade será cumprida, exprime manifestação de aquiescência para com o tratamento de dados.

Acerca da própria confiança outorgada, na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal formou o enunciado nº 12¹¹¹ que dispõe o seguinte:

Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança.

Assim como a boa-fé, a confiança integra a relação negocial que emoldura a coleta do consentimento válido. É cediço que uma vez desvirtuados os propósitos do tratamento, ou ocasionando mal que não estava advertido, tal como o estado de vigilância

¹¹¹ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/658>. Acesso em: 4 de Fevereiro de 2021.

ou até mesmo a exposição exacerbada da intimidade do titular, ocorrerá a quebra da confiança.

Ainda assim é possível o convalidamento do erro, desde que a parte a quem a manifestação negocial se direciona execute o negócio de acordo com a vontade real da contraparte, isto é o que se depreende da redação atribuída ao artigo 144 do Código Civil. A praxe tem mostrado que na ressalva dos casos específicos em que o titular detém uma experiência técnico-jurídica para discordar *a posteriori* da destinação de seus dados, em regra, o erro se convalida pela própria intenção de continuar utilizando determinada plataforma, ou consumindo certo tipo de produto, ainda que digital.

E é justamente por conta da confiança que ocorrem os mais reiterados abusos, possíveis indicativos de violações às liberdades fundamentais. Por exemplo, se o titular usa determinada plataforma, é porque confia que de maneira alguma seria prejudicado com tal prática. Talvez se soubesse dos reais impactos, não expressaria a vontade. Ou, ao menos, se devidamente informado das implicações que decorrem de uma suposta “livre manifestação”. Conforme preceitua Leite (2013, p. 66), “o vício de consentimento impede que a vontade seja livre, espontânea e de boa fé, o que fatalmente prejudica a validade do negócio jurídico”.

Em suma, a observância rígida dos aspectos subjetivos atinentes ao consentimento do titular é necessária pois o bem jurídico tutelado sempre será a intimidade da pessoa humana. No momento atual, diversas plataformas como o *Instagram*, *TikTok* e *Youtube* têm registros do tempo de atividade na rede, de modo que a o tempo de uso é proporcional à coleta de dados. Estaria o titular consentindo a cada minuto?

A solução apresentada está previamente consubstanciada nos termos de uso dos sites/aplicativos, retornando às problemáticas anteriores que levantam questionamentos, especialmente se o titular é de fato capaz de compreender o que significa a cessão de seus dados, os métodos de armazenamento, ou até mesmo se lê com acurácia o amontoado de palavras presentes nos termos de uso e privacidade.

Por exemplo, no caso do Facebook, o usuário em teste está “consentindo”, em tese: (i) com a utilização comercial de qualquer foto ou vídeo publicada; (ii) com o registro impressões íntimas sobre si toda vez que “curte” uma publicação ou visita algum perfil alheio; (iii) com a concessão de utilização do nome para todos os fins, desde que ligados a publicação na rede. Neste ponto em específico, inobstante todas as violações ínsitas dos itens “i” e “ii”, chama-se a atenção para o disposto nos arts. 17 a 19 do Código Civil, os quais conferem especial proteção ao nome (item “iii”):

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Muito embora haja permissão expressa na LGPD para o utilização dos dados que foram livremente tornados públicos pelo titular, deduz-se que nessas hipóteses de coleta (redes sociais) o consentimento pode amoldar-se frontalmente a aspectos defeituosos, dada a (possível) incompreensão da magnitude do tratamento.

Renato Leite Monteiro (2014, p. 149) preceitua que, sem o cumprimento das condições impostas pelo inciso XII do artigo 5º, não há consentimento válido, pois "(...) O consentimento livre, expresso e informado, será aquele em que o usuário não é forçado a concordar com os termos do contrato, e as cláusulas que discorrem sobre qualquer tipo de tratamento de dados — inclusive fornecimento a terceiros — deverão ser redigidas de forma destacada, e se possível, separadas das demais".

Em outras palavras, apenas marcar espaços alegando que “aceita”, “leu e concordou” não se mostra compatível com manifestar expressamente, de maneira livre e inequívoca, a concordância com os fatos presentes e futuros do tratamento de dados. Não é o mero consentir, é o consentir qualificado. É o consentir que não autoriza consentimentos genéricos. E isso se estende ao desrespeito à granularidade de opções, onde o titular pode dispor apenas do que lhe convém no manuseio e no uso de serviços, plataformas, dentre outros. Vedar o acesso ou o serviço, ainda que parcialmente, é desrespeitar o consentimento válido previsto na LGPD.

Diante disto, a aplicação de soluções jurídicas e culturais diametralmente proporcionais às recorrentes irregularidades na coleta mostra-se hábil a resguardar os interesses do titular, e a própria rigidez constitucional. Nesta senda, brilhantemente pontua Pedro Soares (2019)¹¹²:

A escolha do legislador por uma solução com consequências legais mais drásticas — nulidade em lugar da anulabilidade — pode se

¹¹² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-11/pedro-soares-questao-consentimento-lei-protecao-dados>. Acesso em: 26 de agosto de 2022.

justificar pelo fato de que, segundo a LGPD, os dados pessoais são projeções da personalidade individual do seu respectivo titular e, assim, merecem proteção rígida.

Dito isso, os titulares de dados, mesmo diante de hipossuficiência técnica com relação aos seus direitos e às ferramentas tecnológicas que encampam a sociedade atual, podem ver eventual vício de consentimento ser convalidado, posto que concordam com a permuta de sua privacidade pela comodidade de facilidades tecnológicas. Isso é claramente demonstrado pela massiva proliferação de aplicativos, redes sociais, etc. E não só: os titulares de dados, além de anuir com a “redução” de suas próprias liberdades, proliferam e estimulam a continuidade e o aumento de sua incidência, o que faz com que a sociedade como um todo seja onerada com os seus impactos.

Os impactos jurídicos decorrentes do (des)respeito ao consentimento do titular

Como adverte Danilo Doneda (2019, p. 3) a proteção de dados não deve ser um fim em si mesmo. Essa atividade, além de visar segurança jurídica, inevitavelmente é o reflexo da cautela necessária para se garantir que sejam obedecidos os ditames da dinâmica moderna. Hoje em dia tudo é estruturado, quantificado, armazenado e compartilhado como sendo uma informação útil (dado). Logo, se o ritmo padrão dos indivíduos consiste basicamente em extrair significado das informações expostas e retroalimentar os locais de armazenamento, a proteção de dados representa de maneira incontroversa uma condição *sine qua non*, indispensável ao desenvolvimento social.

Proteger dados, em sua dimensão mais abrangente, significa também garantir que os requisitos de tratamento estejam em conformidade com a legislação. Zelar pelo estrito respeito às regras postas, entretanto, não compete aos operadores do Direito de maneira isolada, mas também à própria sociedade civil através de uma reflexão profunda e provocada sobre a sua maneira de viver. Acaso tais aspectos sejam negligenciados, ou dotados de menor relevância se comparados a outras demandas sociais, o próprio povo, enquanto detentor do ficto poder social, sofrerá os graves impactos jurídicos, inevitavelmente traduzidos pela redução de suas liberdades individuais.

Isso porque, embora o consentimento dos titulares seja requisito para se tratar dados, eventuais violações são irremediáveis no decurso do tempo. Um vazamento de dados, uma falha no tratamento, uma deterioração de arquivos, etc., podem ser evitados e sanados através de protocolos de segurança informacional. Mas a violação aos direitos materiais do titular, não. Se, hipoteticamente, os dados sensíveis de um paciente hospitalar fossem expostos a terceiro desinteressado dando conta que o paciente está acometido de grave doença, há um problema. Todavia, a violação à intimidade do paciente, de sua incolumidade física, enquanto direito material, personalíssimo e sigiloso, já ocorrera, sendo impossível o retorno ao *status quo* pré-cientificação do terceiro desinteressado.

Nessa esteira, denota-se que, mesmo válido, o consentimento não é *ad aeternum*, pois a sua validade no tempo é determinada pelo princípio da necessidade e os dados devem ser apagados tão logo a finalidade para os quais tenham sido obtidos já tenha sido cumprida, ou pela própria vontade do titular, que pode revogá-lo a qualquer tempo. Assim, um dos impactos jurídicos evidenciados é o tempo de validade do consentimento, uma vez que a lei não estabelece qualquer parâmetro temporal para a sua validade, bem como não disciplina hipóteses de perda (ou redução) da capacidade civil, cujos efeitos, supõe-se, seriam seguramente guarnecidos acaso houvesse previsão legal nesse sentido.

Outro curioso fato é que, de cada dez usuários da rede, menos de um lê os termos de uso para os quais forneceu o aceite. A Universidade de Stanford fez uma pesquisa¹¹³ e chegou ao resultado astronômico: 97% dos usuários só dão o "concordo", sem ler o conteúdo dos termos de uso. Como a disposição imediata é de acessar logo o conteúdo e os benefícios das redes, o usuário simplesmente dá a sua concordância sem saber ao que está concordando¹¹⁴. A empresa norte americana de software PC Pitstop, em 2005, colocou no meio do termo de uso dos serviços disponibilizados na rede um prêmio de mil dólares para o primeiro *cliente* que lesse a cláusula. Apenas depois de cinco meses, e três mil cadastros, a cláusula foi lida e o prêmio, pago.

No contexto aqui apresentado, nota-se que um claro impacto jurídico é a violação dos direitos da personalidade pela não leitura dos termos de aceite. Na esmagadora maioria das vezes o titular hipossuficiente não alcança a capacidade de consentir de maneira informada, livre e esclarecida, conforme dita a LGPD. Ainda assim, os modelos atuais de termos de uso genéricos e de aceite automático adotados por diversas redes sociais e empresas não se compatibilizam com o espírito legal e constitucional.

Se o titular de dados sequer lê os termos da relação jurídica, como é possível afirmar que de maneira efetiva pode compreender a relevância de consentir? Mais uma vez, o impacto jurídico é evidenciado pela grande subjetividade do aceite, que torna frágil o requisito do consentimento, tornando os titulares vítimas da própria ignorância. A esse respeito, é oportuno rememorar que o Código Civil já prevê a hipótese de subsistência da manifestação de vontade do titular, em seu art. 110, o qual arremonta que "a

¹¹³ *Não li e concordo*. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/tecnologia/nao-li-e-concordo/>>. Acesso em 22 de maio de 2021.

¹¹⁴ "em abril de 2010, a loja de jogos GameStation foi ainda mais longe: escondeu uma cláusula que fazia o usuário ceder os direitos da própria alma à empresa. Enquanto mil pessoas identificaram a brincadeira, 7 mil concordaram. São 97%, segundo pesquisa da Universidade Stanford, os usuários que pulam direto para o "concordo". Disponível em: <<https://super.abril.com.br/tecnologia/nao-li-e-concordo/>>. Acesso em 19 de março de 2021.

manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”.

Como estamos diante de uma relação jurídica “fria”, geralmente sem envolvimento físico-presencial, é particularmente difícil aferir que o destinatário (agente de tratamento) possa ter conhecimento de eventuais reservas mentais feitas pela pessoa física. Ainda que o tivesse, o desconhecimento dos titulares que são pessoas comuns, ou como popularmente chamados “cidadãos médios”, não importará em reserva mental, pois não estaria sendo coagido a aceitar o tratamento, senão pela própria volúpia social de “estar inserido”, fenômeno comum à sociedades de vigilância.

Ainda que se admita que o consentimento não é a única base de tratamento admitida, tem-se que a cientificação das consequências jurídicas, econômicas e sociais deve ser observada. Uma vez que não é disponibilizada a possibilidade de tratamento granular (ou fatiado), também há um desrespeito à livre vontade do titular, denotando claro vício de consentimento, que encontra vedação legal (§3º do art. 8º da LGPD). Entende-se por granular o tratamento “em que o titular terá condições de optar, ou não, por determinado produto ou serviço que colete dados, podendo, inclusive, manifestar consentimento específico para determinado tipo de tratamento e não para os outros visados pelo controlador ou operador”.¹¹⁵

Com efeito, é notório que a legislação é extremamente prematura, carecendo de todos os mecanismos sancionatórios que se propõe a executar, de modo que, coibir infrações aos direitos dos titulares está muito distante de ser uma realidade comum. Outrossim, a cultura de proteção de dados também se mostra frágil e pouco fomentada, ocasionando uma alienação coletiva no que toca aos impactos também “extrajurídicos” que o cidadão tem de suportar, dentre estes o aumento da ansiedade, do estresse, da depressão, etc.

A alienação causada pelo uso excessivo das redes é fato gerador de crises psíquicas e alterações comportamentais avassaladoras. É incontroverso que o compartilhamento de fotos nas redes impacta negativamente o sono, a autoimagem e ocasiona o “F.O.M.O.” (*fear of missing out*), caracterizado pelo “medo de ficar por fora dos acontecimentos”, desencadeando altos índices de ansiedade.

¹¹⁵ SOARES, Pedro Silveira. *Consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://grebler.com.br/conteudo/a-questao-do-consentimento-de-dados/>>. Acesso em: 15 de Maio de 2021.

Ainda, uma pesquisa¹¹⁶ realizada pela instituição de saúde pública do Reino Unido, a Royal Society for Public Health, diz que as redes sociais podem ser até mais viciantes que o álcool. Logo, a atitude reiterada de externalizar um dado (imagem, texto, comentário, reação) à pessoa alheia, seja apreciativamente ou depreciativamente tende a viciar a consciência, retratando uma sociedade líquida (ZYGUNT, 1999), cuja raiz é a insegurança e o apego à expectativas arquetípicas de sucesso e felicidade, todas presentes em sociedades de controle por meio da provocação, da indução e do sugestionamento.

Em face disso, impossível olvidar-se do fato de que o Direito transcende a norma pura. Dentre suas diversas concepções, destaca-se o significado de fato social. Ora, se a sociedade está se moldando (rapidamente) a uma nova dinâmica de vida, pode-se dizer que está constantemente revolucionando e alterando as normas que a regulam. Nesse caso, tanto as regras do Direito quanto os costumes inerentes a uma dada cultura impõem-se e limitam o raio de ação dos indivíduos, independentemente de suas vontades, o que manifesta a vigilância recíproca, pois torna-se impossível desvencilhar-se do comportamento padrão:

Se não me submeto às convenções do mundo, se, ao vestir-me, não levo em conta os costumes observados em meu país e minha classe, o riso que provoço, o afastamento em relação a mim produzem, embora de maneira mais atenuada, os mesmos efeitos que uma pena propriamente dita. Ademais, a coerção, mesmo sendo apenas indireta, continua eficaz. Não sou obrigado a falar francês com meus compatriotas, nem a empregar as moedas legais; mas é impossível agir de outro modo (DURKHEIM, 2007, p. 3).

Ainda, para melhor evidenciar o que significa estar imerso em uma sociedade tecnológica permeada por controle vigilante, o famigerado sociólogo Emile Durkheim explica:

O poder coercitivo que lhe atribuímos não representa a totalidade do fato social, tanto assim que este pode apresentar igualmente o caráter oposto. Pois, ao mesmo tempo em que as instituições se impõem a nós, aderimos a elas; elas nos obrigam e as amamos; elas nos constroem e vemos vantagens em seu funcionamento e nesse constrangimento mesmo. [...] O que a coerção social tem de inteiramente especial é que ela se deve, não à rigidez de certos arranjos moleculares, mas ao prestígio de que seriam investidas

¹¹⁶ Anxiety, loneliness and Fear of Missing Out: The impact of social media on young people's mental health. Disponível em: <<https://www.centreformentalhealth.org.uk/blogs/anxiety-loneliness-and-fear-missing-out-impact-social-media-young-peoples-mental-health>>. Acesso em 10 de Abril de 2021.

algumas representações. É verdade que os hábitos, individuais e hereditários, têm, sob certos aspectos, a mesma propriedade. Eles nos dominam, nos impõem crenças ou práticas. (DURKHEIM, 2007, p. 154. Nota n. 6).

A expansão de todo o conhecimento impõe a ausência de barreiras para sua correlação com os temas que o circundam, dando margem à conexão lógica entre os assuntos, estabelecendo sentido ao fato. Assim, colhem-se ensinamentos da sociologia clássica como premissas maiores, que apontam para o “exercício de coerções exteriores” utilizados pelas instituições¹¹⁷, diga-se: Estado, família, ciclo laboral, locais de ensino, etc. e destina-se o exercício destas coerções para os indivíduos, pois a LGPD tem o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade [...] da pessoa natural (art. 1º).

Logo, se as instituições sociologicamente reconhecidas exercem coerção (poder) através de hábitos, sugestionamentos, crenças e regras, pode-se afirmar que em um ambiente digital, onde todas estão presentes, os usuários passam a exercer, entre si, o controle e a dominação. As egrégoras, escolas e tribunais não são mais centros de concentração de poder, pois já existem líderes digitais, conteúdo exponencial à disposição do aprendiz e a própria internet se incumbem de sentenciar a conduta do indivíduo. É o fato social transcendendo a própria norma. Pontua-se: o saber não detém fronteiras: ele é multidisciplinar (ARRUDA JR, 2017, p. 55).

De fato, como dito nos capítulos primordiais deste escrito, a tecnologia coadunada à privacidade de dados é uma via de mão dupla: oferece múltiplas possibilidades e ao mesmo tempo apresenta risco à intimidade. É literalmente a essência do fato social jurídico. A esse respeito, conceitua a ilustre professor Miranda Rosa (1978. p. 230):

O direito é assim, produto condicionado mas que também condiciona o comportamento social, e o seu estudo passa pelo conhecimento dos fatores sociais que dão substrato à sua existência. [...] E, finalmente, pode ser olhado como fato social, realidade do que ocorre na sociedade, causa e consequência de outros fatos sociais, captando a realidade jurídica e projetando-a somente em relação a causas e princípios verificáveis;

Ora, partindo do pressuposto que se projeta o fato social jurídico somente em relação às causas verificáveis do seio social, uma característica patente de toda sociedade

¹¹⁷ PORFÍRIO, Francisco. “Instituições sociais”; *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/instituicoes-sociais.htm>. Acesso em 22 de maio de 2021.

guiada pelo controle é a cogência das medidas adotadas, sejam elas explícitas ou veladas. Toda sociedade vigilante impõe vontades maiores, reduzindo a autodeterminação e impedindo a livre escolha dos cidadãos.

Considerações Finais

A abordagem dedutiva realizada neste artigo não está adstrita tão somente ao campo teórico, eis que através de simples indagações é possível inferir a verificação prática e social de que, possivelmente: (i) há desrespeito à coleta válida do consentimento; (ii) as declarações de vontade expressas pelos usuários podem estar viciadas; (iii) a incompreensão dos efeitos sociais de consentir e utilizar plataformas virtuais é causa para o estado de vigilância; (iv) o estado de vigilância e o desrespeito ao consentimento válido (associáveis) em todas as suas modalidades viola o cerne fundamental de liberdade humana positivado na Constituição Federal.

De uma maneira geral, submersos em um ambiente recíproco de controle social, os titulares parecem gostar de determinadas sensações provocadas pelo uso de ferramentas tecnológicas e cadeias de relacionamento em que, deles para com os outros, têm algum tipo de domínio. Não obstante, a sociedade digitalizada se olvida de que pela faculdade de vigiar a intimidade alheia, estão expondo a si próprios. Os efeitos podem não ser compreendidos imediatamente, mas ocorrendo eventual ato ilícito que viole a intimidade, mesmo depois de anos da coleta do consentimento, deduz-se que a LGPD será ineficaz ao se ocupar de remediar o vício de consentimento outorgado no passado.

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. rev. mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 484.

ARRUDA JR, Edmundo Lima de. **Adeus Direito Alternativo**: Manifesto por uma crítica social do Direito. Editora Conceito, Florianópolis, 2017.

Anxiety, loneliness and Fear of Missing Out: The impact of social media on young people's mental health. Disponível em: <<https://www.centreformentalhealth.org.uk/blogs/anxiety-loneliness-and-fear-missing-out-impact-social-media-young-peoples-mental-health>>. Acesso em 10 de Abril de 2021.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. **Lei da Arbitragem.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. **Lei de Acesso à Informação.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 13.709**, de 14 de agosto de 2019. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL. **Marco Civil da Internet.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm Acesso em: 18 jun. 2020.

DURKHEIM, Emile. **As Regras do Método Sociológico.** 3. ed. Traduzido por Paulo Neves. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

GARCIA, José Luís. **A crítica política da tecnologia como tarefa da sociologia contemporânea.** *Trajectos* — revista de Comunicação, Cultura e Educação, Lisboa, n. 2, p. 75-81, 2003.

DONEDA, Danilo. **Um Código para a proteção de dados pessoais na Itália.** Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29727-29743-1-PB.pdf>>. Acesso em 30 de julho de 2019.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Shertel. **Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados.** Revista de Direito do Consumidor. Ano 27. vol. 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Cyberpunk. Paper apresentado a Computers Freedom and Privacy Conference, 1993.

KHOURI, Paulo. **O problema do consentimento informado na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mar-31/garantias-consumo-problema-consentimento-informado-lgpd#_edn6. Acesso em: 29 de maio de 2021.

LEITE, Gisele. **Apontamentos sobre a teoria geral da prova**. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, 2013, p. 50-79.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 232) vol. 1 – 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 271.

MENDES Laura S. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149028.pdf>. Acessado em: março de 2020.

MONTEIRO, Renato Leite. **Da Proteção aos Registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas**. In: MASSO, Fabiano del et al. (Coord.). Marco Civil da Internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 149.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. v. 19. n. 3. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/28621/o-consentimento-valido-nas-novas-leis-de-protecao-de-dados>>. Acesso em 25 de Agosto de 2020.

Não li e concordo. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/tecnologia/nao-li-e-concordo/>>. Acesso em 31 de julho de 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito Civil**. 19ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.1, págs. 307/308.

REALE, Miguel. **Propedêutica de direito civil**; 6º ed. Citação p. 356.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância**. A privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **Elaboratori elettronici e controllo sociale**. Bologna: II Mulino, 1973.

ROSA, F.A. Miranda. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro, Zahar, 1978. 230 p.

SOARES, Pedro Silveira. **Consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: <<https://grebler.com.br/conteudo/a-questao-do-consentimento-de-dados/>>. Acesso em: 15 de Maio de 2021.

SOARES, Pedro. *In. Questão do consentimento na proteção de dados*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-11/pedro-soares-questao-consentimento-lei-protecao-dados>>. Acesso em 31 de julho de 2019.

STRECK, Lenio. **O NCPC e as esdrúxulas regras de experiência: verdades ontológicas?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-09/senso-incomum-ncpc-esdruxulas-regras-experiencia-verdades-ontologicas>>. Acesso em: 26 de Maio de 2021.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos. Do código de defesa do consumidor ao novo código civil**. São Paulo: Método, 2005, p. 33-34.

ZYGMUNT, Bauman. **Modernidade Líquida**. Jorge Zahar Editora, Rio de Janeiro, 1999.

MECANISMO HISTÓRICO DE PRECONCEITO RACIAL NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

LEONARDO HENRIQUE LELAS:

Bacharelado em Direito pelo
Centro Universitário de Santa Fé do
Sul - UNIFUNEC

EDUARDO CURY[1]

(orientador)

RESUMO: Este artigo discorre sobre um compilado de estudos e análises feitas sobre a reprodução de preconceito racial nas decisões aplicadas pelo Poder Judiciário brasileiro e como ele é introduzido dentro delas, além de apresentar o histórico do país sobre esse assunto. Para a realização desse artigo científico, foi utilizado dados documentais, artigos, sites e pesquisas bibliográficas. Esse trabalho deixa claro o desacato que os magistrados do Estado que exercem esse tipo de conduta totalmente desrespeitosa têm com a população negra. Diante de todas as pesquisas e análises, desde a colonização do Brasil, é mostrado como a vida da população negra sempre foi desvalorizada, sendo evidente dizer que existe o preconceito racial dentro do Judiciário, inclusive é mostrado como esse grande obstáculo que atrapalha a ordem pública, economicamente e socialmente, dentro da democracia e igualdade racial, que na maioria das vezes é tirado os direitos de todas as pessoas que estão envolvidas nesses casos.

Palavras-chave: Preconceito racial. Poder Judiciário. Direitos. Estado.

ABSTRACT: This article discusses a compilation of studies and analyzes carried out on the reproduction of racial prejudice in the decisions applied by the Brazilian Judiciary and how it is introduced within them, in addition to presenting the country's history on this subject. To carry out this scientific article, documentary data, articles, websites and bibliographic research were used. This work makes clear the contempt that state magistrates who exercise this type of totally disrespectful conduct have towards the black population. In the face of all research and analysis, since the colonization of Brazil, it is shown how the life of the black population has always been devalued, it is evident to say that there is racial prejudice within the Judiciary, it is even shown as this great obstacle that hinders public order, economically and socially within democracy and racial equality, which most of the time is taken away from the rights of all the people who are involved in these cases.

Keywords: Racial prejudice. Judicial Power. Rights. State.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição define e defende que todas as pessoas tenham os mesmos direitos, independente de cor ou raça, porém, na prática, não é bem assim, em vista da cultura histórica do nosso país, levando em consideração, principalmente, quando o problema envolve uma das grandes elites do poder público brasileiro, o Poder Judiciário.

Ele é garantidor dos direitos de todas as pessoas que passam por ele, no entanto, muitas vezes acaba sendo o responsável de uma grande reprodução de preconceito racial, que além de ser uma apologia ao racismo, retira muitas vezes o direito da pessoa envolvida, deixando à vista uma grande negligência diante dessa grande massa que representa a população negra.

Este artigo tem como intuito mostrar como acontece na prática a disseminação do racismo na sociedade, além de discutir as políticas públicas que estão mais próximas para diminuir o tamanho desse obstáculo, mirando na apresentação das maiores dificuldades encaradas pelo Estado em sua eficiência ao aplicar as penas e argumentando os casos de racismo que geram debates no sistema penal brasileiro.

A princípio, neste artigo, foi apresentada a problemática diante do tema, destacando que por muitas décadas, até hoje, não houve muitas mudanças sobre o tema dentro da nossa sociedade. Portanto, o primeiro texto deixa claro que há necessidade de debates e estudos para as políticas públicas que entra na educação básica como impulsos automáticos e essenciais para mudanças no social, começando principalmente no ensino público escolar.

Posteriormente, são apresentados casos específicos e concretos de racismo dentro do Poder Judiciário brasileiro, apresentando a realidade da população negra diante dos tribunais. Ademais, é demonstrado como acontece os casos de racismo, que inúmeras vezes são consideradas apenas em forma de injúria simples e não na forma de preconceito racial.

Por fim, é apresentado o assunto de hiper encarceramento da população negra que está relacionada diretamente na desigualdade racial dentro do sistema prisional, fica evidente que, pelos dados estatísticos gritantes, comprova-se que a população que predomina a superlotação dos presídios é a negra.

A pesquisa trata-se da evidência de que há de se combater todo e qualquer tipo de preconceito, aqui em específico o racismo, problema que está incrustado em julgamentos desleais e decisões discriminatórias, que ferem diretamente o princípio da igualdade e imparcialidade do juiz, previstos em nossa Constituição Federal. Ademais, o estudo tem grande relevância social, uma vez que diversas pessoas são atingidas pela problemática abordada. Estas são as pessoas que de alguma forma chegam ao judiciário buscando um tratamento igualitário e saem discriminados.

2 RACISMO DO BRASIL NA HISTÓRIA E NO PRESENTE

Com a chegada dos portugueses, iniciou a concretização de uma grande exploração de nativos e de recursos daquela vasta terra, com o intuito de civilizar o local, escravizar os povos e lucrar por meio de extração de recursos naturais.

Diante disso, ao se observar que se encontravam poucos indígenas para cumprir os trabalhos para uma gigante área de terreno, os portugueses passaram a comercializar tribos africanas e escravizá-los. Estes eram usados como ferramentas para realizar o trabalho, sendo tratados como animais. Negros e indígenas não tinham direito algum e eram reconhecidos como a escória da sociedade.

Em 1888, a Lei Áurea surgiu com o intuito de abolir a escravidão que ocorria no território brasileiro. Porém, mesmo com a conquista da promulgação da legislação, o efeito surtido não foi conforme esperado, vez que os negros e indígenas não foram integrados dentro da sociedade, sendo notório que ainda existem sequelas do racismo e da escravidão que as políticas públicas não conseguirão reparar. Mesmo diante de leis, campanhas e incentivos, o racismo está distante de ser abolido no Brasil. Ele continua sendo um grave problema dentro da sociedade, principalmente na ruptura dos Direitos Humanos e no âmbito jurídico.

Em uma pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), restou demonstrado que numa análise feita com amostra de 11,3 mil magistrados, sendo 62,5% do total que está na ativa atualmente no Brasil, do total entrevistado, 80% se declarou brancos, 18,1% negros e 1,6% asiático. Entre os negros, 16,5% disseram se considerar pardos e apenas 1,6% pretos, o que demonstra a perpetuação do racismo estrutural entre os cargos de grande poder.

O racismo estrutural sempre foi enraizado na cultura do Brasil, muitas vezes escondendo e deixando de lado para que não pareça racismo. Já o racismo institucional, nada mais é que a diferença de tratamento de ambas as etnias dentro das instituições, demonstrando como o preconceito racial é manifestado dentro delas nos serviços de seus agentes.

É de grande importância compreender como funciona o Racismo Institucional diante de análises do Poder Judiciário, pois sempre houve uma habilidade em obstruções que escondem o acesso aos direitos quando se fala em grupos vulneráveis, o que deixa evidente os resultados desiguais produzidos para pessoas de raças diferentes.

Por efeito de todo um processo que contém uma grande história, a população negra é diariamente relacionada à criminalidade, tendo um entendimento que, pessoas de pele escura têm maiores possibilidades de entrarem para a vida do crime por conta da cor. Em razão do racismo estrutural, estereótipos são enraizados ao lado da população negra.

3 A QUESTÃO DO PRECONCEITO EM CASOS DO JUDICIÁRIO

Quando se trata de preconceito racial no Brasil, é preciso salientar que ainda há vestígios da nossa cultura colonial. Sabendo a condição de vivência dos negros no tocante ao trabalho de mão de obra pesada e salários baixos, ninguém é questionado por acharem socialmente um costume normal. Já quando se fala em trabalhos considerados de alta valorização e boa remuneração, na maioria das vezes é questionado o motivo desse acontecido.

De acordo com a Constituição Federal (BRASIL, 1988):

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:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

O Poder Judiciário tem o papel de garantir esses direitos de forma igualitária e justa, porém, o que se vê na prática é totalmente diferente da teoria. Quando se fala em casos de racismo, o Judiciário resiste em reconhecer casos graves e acaba executando decisões de forma injusta e prejudicial à vítima, ou seja, o povo negro.

O artigo 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) diz:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Um bom exemplo retira-se do caso em que a magistrada Inês Marchelek Zarpelon, da 1º Vara Criminal da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, no ano 2020. Na determinação da sentença de Natan Viera da Paz, Inês cita injustificadamente a cor de pele do réu com relação ao acontecido.

Na sentença, a juíza diz: "Sobre sua conduta social nada se sabe. Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente."

Natan Viera da Paz foi condenado a três anos e sete meses, de acordo com o texto da sentença, a pena foi elevada por causa da conduta social.

O caso foi denunciado três vezes pelo Conselho Nacional de Justiça, porém, a Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR), no dia 28/09, por unanimidade, decidiu arquivar o processo disciplinar aberto contra a magistrada Inês Marchekek Zarpelon.

Outro caso ocorrido trata-se da magistrada Lissandra Reis Ceccon, da 5ª Vara Criminal de Campinas, que em seu texto escrito, discorreu: "Vale anotar que o réu não possui o estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido".

Segundo a juíza, o réu suspeito de latrocínio não tinha aspectos físicos de um bandido por ele ser branco de olhos claros. A frase dita pela juíza Lissandra Reis não está de acordo com os ideais específicos entregue pela Lei Orgânica da Magistratura. O ministro Humberto Martins determinou o arquivamento do caso, colocando fim nesse acontecido, em agosto de 2019.

Em uma pesquisa feita por Gislaine Aparecida dos Santos (2015), intitulada "Nem crime, nem castigo: o racismo na percepção do judiciário e das vítimas de atos de discriminação", foi afirmado que é de suma importância destacar como os casos de racismo são tratados no Brasil pelo judiciário. Ela apresentou a forma em que os casos de racismo que integram nas amostras dos processos jurídicos acontecidos em São Paulo, entre o ano de 2003 e 2011, foram captados pelo judiciário e pelas vítimas.

A autora diz que, na primeira etapa do processo, a pesquisa foi feita com base nos dados do Tribunal de Justiça do Tribunal de São Paulo (TJSP). Contudo, como apresenta a escritora, os estudos ocorreram diante dos inquéritos e os processos da primeira instância nos sistemas eletrônicos abertos e nas bases de consulta de entrada restrita. Portanto, Gislaine afirma que (2015, p. 187):

Nossos parâmetros foram buscar por: apenas os crimes contra pretos e pardos (negros); apenas os crimes de racismo ou injúrias raciais; apenas os casos de Primeira Instância (ou seja, não analisamos os recursos para um julgamento em Segunda Instância); apenas os casos arquivados; casos ocorridos de 2003 a 2011; que não estivessem em segredo de justiça; somente aqueles ocorridos na cidade de São Paulo.

É evidente que a partir destas análises foi verificado que um número significativo de casos envolvia brigas sobre racismo entre vizinhos e eram definidos apenas como injúria simples, deixando explícita a certeza do judiciário que não havia preconceito racial.

Com isso, conclui-se que existem muitas parcialidades dentro do judiciário, o que contribuem com a reprodução do preconceito dentro deste poder da união.

4 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO EM RAZÃO DO HIPERENCARCERAMENTO DA POPULAÇÃO **NEGRA**

Segundo pesquisa realizada pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgada em junho de 2022, 820.689 pessoas estão inseridas no sistema carcerário brasileiro, dentre estes, 67,4% são negros, o que é demonstra que mais da metade da população carcerária é negra.

Com esse dado é fácil constatar que o sistema prisional brasileiro precisa ser modificado, vez que o processo de encarceramento se deu em virtude de uma cultura de maior rigor penitenciário, entretanto, é claro que a população mais pobre, qual seja, os negros, são vítimas de um aprisionamento forte. Para a mudança do sistema prisional, contudo, necessita iniciar as mudanças em políticas públicas de educação, saúde e moradia, para que esses direitos fundamentais consigam chegar às classes menos favorecidas.

Já conforme Paulo Bruno (2020), mencionado na matéria “Dia da Consciência Negra: Por que os negros são maioria no sistema prisional?” feita por Tatiane Vargas, na era colonial, o sistema jurídico visava mais penas variadas e rigorosas para serem aplicadas nos ex-escravos e escravos.

De forma muito severa, era feito marcação com ferro em brasa, mutilação física, açoites, morte por meio de enforcamentos ou esquartejamento. Todas essas penas não se aplicavam para fidalgos, doutores ou qualquer membro da elite financeira ou qualquer branco, ou seja, o aprisionamento e todas as formas de controle social deixavam claro a que a população negra tinha prioridade.

Para Raísa Alves da Silva Almeida, mestranda da Pós-Graduação em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas (Sotep), do Centro Universitário Tiradentes (Unit Alagoas):

A Lei Áurea não pode ser entendida como um ato de generosidade, bondade ou ‘favor’. Pelo contrário: ela está mais próxima de um ato de medo em relação à imagem negativa que pairava sobre os países que ainda permaneciam no sistema escravocrata. A princesa imperial regente, atendendo muito mais aos interesses políticos e econômicos da elite da época, do que à pressão popular, fez editar a lei que pôs um fim formal à escravidão no Brasil. Entretanto, não poderia Isabel conferir a liberdade, pois ela já é inata a qualquer indivíduo, a lei editada apenas confirmou um direito inerente à população negra da diáspora.

Esta espécie de “má-vontade” do poder vigente à época se depreende do número de artigos presentes na Lei n.º 3.353: apenas dois. O primeiro apenas declarava extinta a escravidão no Brasil desde a promulgação desta lei, e o segundo revogava todas as

disposições em contrário. “Deste modo, a lei apenas impedia que pessoas negras continuassem a ser desumanizadas mediante a escravização. Não foram contemplados meios de reparação às agressões sofridas ou de garantia de direitos básicos. A Lei Áurea não é uma lei reparadora, apenas pôs fim a escravidão e abandonou a população negra à pobreza, à marginalização e à ausência de liberdade tangível”, define Raísa.

Apesar disso, atualmente, o tratamento com negros ainda continua se exercendo de forma ruim, segundo Tatiane Vargas (2020):

As prisões no país se reafirmam, ano a ano, como um lugar para negros. No Brasil, se prende cada vez mais pessoas negras. Existe, dessa forma, forte desigualdade racial no sistema prisional, materializada não somente nos números e dados apresentados, como pode também ser percebida concretamente na maior severidade de tratamento e sanções punitivas direcionadas aos negros. Aliadas a isso, as chances diferenciais e restritas aos negros na sociedade, associadas às condições de pobreza que enfrentam no cotidiano, fazem com que se tornem os alvos preferenciais das políticas de extermínio e encarceramento do país.

Principalmente no cenário do sistema carcerário brasileiro, os prisioneiros são na maioria negros. A média nas prisões brasileiras, o percentual de raça, cor e etnia negra, chega a 67%. No Amapá, Acre, Amazonas e Bahia, a cada dez, nove são negros. É constatado que, mesmo na região Sul, tendo média dos cidadãos negros correspondente de dois em cada dez, o percentual de encarceramento da população negra é maior.

São notórios os acontecimentos e circunstâncias vistas no poder do Estado, segundo a pesquisadora filiada do fórum, Amanda Pimentel, mencionada por Acayba e Reis (2020), ela deixa claro que, entre os motivos que os negros são mais presos, está também a diferença de tratamento que são recebidos pelo judiciário na maioria dos casos.

As prisões dos negros acontecem em razão das condições sociais, não apenas das condições de pobreza, mas das dificuldades de acesso aos direitos e a vivência em territórios de vulnerabilidade, que fazem com que essas pessoas sejam mais cooptadas pelas organizações criminosas e o mundo do crime. Mas essas pessoas também são tratadas diferencialmente dentro do sistema de justiça. Réus negros sempre dependem mais de órgãos como a Defensoria Pública, sempre têm números muito menores de testemunhas. Já os brancos não dependem tanto da Defensoria, conseguem apresentar mais advogados, têm mais testemunhas. É um tratamento diferencial

no sistema de justiça. Os réus negros têm muito menos condições que os réus brancos.

Assim, é certo que o sistema judiciário contribui para a perpetuação do racismo na nossa sociedade, vez que são os responsáveis pelas prisões da sociedade negra.

5 RACISMO X INJURIA

5.1 Injuria Racial

A Injúria Racial tem como elemento subjetivo do “dolo de injuriar”, que nada mais é que ofender a honra da vítima de forma subjetiva, valendo-se de elementos como a raça, cor, cultura, etnia religião, sendo esta, a espécie da injúria preconceituosa.

Insta salientar que a injúria não pode ser emaranhada com os crimes da Lei n. 7.716/89, pois possuem bens jurídicos completamente distintos, uma vez que o bem jurídico da injúria está ligado a honra subjetiva da vítima e o bem jurídico da Lei 7.716/8912 é a igualdade.

Posto isso, de forma a diferenciar o racismo e o crime de injúria racial, ressalta-se que o crime de racismo é imprescritível e a injuria encontra sua prescrição em oito anos, a contar da data do fato. Outra diferenciação é que o juiz poderá conceder a liberdade provisória mediante fiança nos casos de injúria, conforme estabelecido no Código de Processo Penal.

Em setembro de 2009, houve uma alteração no parágrafo único do Art.145, do Código Penal, pois antes da alteração o crime de injúria era de ação penal privada e após a modificação passou a ser ação penal pública.

5.2 Racismo

Já o racismo nada mais é que o discurso de segregação de raças, que define que uma raça é superior à outra por algum motivo discriminatório. Trata-se de um fenômeno de discriminação sistemática. São os preconceitos, estereótipos e discriminações que fazem parte da dinâmica do racismo.

O racismo, ainda, pode ser manifestado de várias formas e por vários tipos, como o estrutural, institucional, individual, cultural, recreativo e ecológico. O racismo estrutural é aquele camuflado, geralmente presente em sociedades que construíram a sua história e cultura sobre conceitos racistas, como nossa própria sociedade. O racismo institucional está presente nas medidas do estado, empresa, ou instituições, e o racismo individual é aquele direcionado a uma pessoa em específico. Já o racismo cultural se relaciona a uma ideia que uma cultura seja superior a outra; o racismo ecológico acontece quando um grupo marginalizado tem o acesso ou a manutenção de um ambiente saudável negado ou negligenciado, devido a sua cor ou etnia; e, por fim, o racismo recreativo é aquele que se apresenta no entretenimento.

6 DESAFIOS DA IMPARCIALIDADE PARA MAGISTRADOS

Acerca da imparcialidade, Alessandro Baratta comenta:

Pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isso leva os juízes inconscientemente, a tendência de juízos diversificados conforme a posição social do acusado. (...). Em geral pode-se afirmar que existi uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme a lei dos indivíduos pertencentes os estratos médios e superiores, o inverso ocorre com os indivíduos proveniente dos estratos inferiores.

Dessa forma, no inconsciente dos magistrados, na maioria dos casos, é sempre levado em consideração a classe e posição social, do cidadão acusado e isso acontece tanto na análise do delito, quanto a avaliação do caráter do acusado.

Para exemplificar o que a pesquisa quer dizer, basta analisar sobre as sanções pecuniárias e detentivas, vez que é clarividente que existe uma inclinação dos magistrados para aplicar a pena de detenção para os condenados das camadas sociais mais baixas. Esta tendência se justifica porque é menos comprometedor para o seu status social já baixo, e porque entra na imagem normal do que frequentemente acontece a indivíduos pertencentes a tais grupos sociais.

A ausência de parâmetros legais possibilita uma ampla margem de discricionariedade ao juiz, a exemplo do que ocorre com a definição de tipos penais abertos, como os crimes culposos e os omissivos impróprios, ou ainda com a individualização e a fixação da pena. As diferenças sociais também constituem um fator interveniente na atividade judicial no âmbito da discricionariedade legal.

Para Vera Andrade:

[...] a eficácia dos mecanismos de seleção se manifesta na atividade jurisdicional ao longo da multiplicidade de decisões que incumbem aos juízes e tribunais. Seja na fixação dos fatos, na sua valoração e qualificação jurídico-penal, individualização, escolha e quantificação da pena. Igualmente se tem colocado como relevo que em todos estes momentos decisórios intervêm muitas assimetrias relativas não apenas às desigualdades ancoradas nas estruturas sociais [de que se alimentam os estereótipos], mas também relativas ao poder de interação, comunicação e expressividade e aos níveis de credibilidade dos diferentes participantes.

Conforme já salientado, o juiz tem sua visão de mundo, carregada de valores e preconceitos próprios do meio social de onde ele provém. Quando o juiz diz que não tem valores e que seu julgamento é neutro, na verdade ele está assumindo uma postura conservadora, pois, a exemplo de todo ser humano, cultiva seus próprios valores e visões de mundo, os quais se refletem na sentença. Nada mais é, para simplificar, que um reflexo do racismo estrutural, que infelizmente já está perpetuado na sociedade brasileira.

Assim, ou ele assume uma postura crítica quanto a seus próprios valores, ou opta por assumir o risco de prolatar uma sentença que, marcada pela sua visão de mundo, pode contribuir para a manutenção ou a criação de situações de injustiça.

7 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Antes da Constituição Federal de 1988, as revoluções liberais continham o princípio da igualdade com um viés de aplicação formal, com o objetivo da igualdade jurídica e não da igualdade de condições. Essa igualdade do direito se divide em três aspectos, sendo eles: igualdade do direito, uniformidade de tratamento e proibição da discriminação.

Para igualdade de direitos, tem-se a premissa de que a lei deve ser a mesma para todos. Já a uniformidade de tratamento nada mais é que um princípio que reclama o tratamento dos iguais e dos casos iguais, o que tecnicamente se faz pela generalidade da lei.

Por sua vez, a proibição da discriminação consiste na vedação de diferença de tratamento que resulte em situação jurídica pior, mais restritiva ou onerosa, em razão de características pessoais. A Carta Imperial de 1824 foi importante para o surgimento desse princípio, pois nela encontramos um pouco do conceito tratado, qual seja: "Art. 179. XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um."

Já em 1988, com a criação da Constituição Federal de 1988, deu-se o surgimento do princípio da igualdade através do artigo 5º, onde é transcrito que: "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."

Para Joaquim Barbosa esse conceito de igualdade veio para dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês, já que a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie. Segundo ele:

Abstrata por natureza e levada a extremos por força do postulado da neutralidade estatal (uma outra noção cara ao ideário liberal), o princípio da igualdade perante a lei foi tido, durante muito tempo, como a garantia da concretização da liberdade. Para os pensadores e teóricos da escola liberal, bastaria a simples inclusão da igualdade

no rol de direitos fundamentais para que a mesma fosse efetivamente assegurada no sistema constitucional.

Sendo assim, é possível constatar que a Constituição da República Federativa de 1988 trouxe consigo de forma expressa esse princípio, objetivando conceder a todos o mesmo tratamento sem que sofram discriminação. Entretanto, mesmo com tantas leis que configuram este princípio, é possível notar que até hoje a sociedade brasileira não conseguiu aplicá-lo nas dinâmicas do dia a dia, razão pela qual ainda existem tantos casos de racismo.

8 CONCLUSÃO

Diante da colonização dos portugueses no Brasil, iniciou-se o histórico racista no nosso país, sendo desenvolvido um sistema de escravidão criado diretamente pelas pessoas de pele clara contra a população negra e indígena, tida por eles como “minorias”.

Apesar da publicação da Lei Áurea de 1888, não aconteceu a integração da população negra na sociedade, no qual, foi tornado em um grande aumento de preconceito racial, pois todas as pessoas de pele escura eram tratadas e reconhecidas como criminosos, propagando-se um destino perpétuo na sociedade, que se tornou um grande obstáculo social, educacional e econômico para a população de pele negra.

É claro dizer que a abolição ocorreu somente na teoria, pois dentro do núcleo jurídico ainda existe uma ruptura sobre os direitos humanos em cima dos desfavorecidos. É notória a reprodução desse preconceito, que evidencia o atraso sofrido pelos negros no sistema jurídico, enraizado pelo racismo estrutural, resultando, muitas vezes, injustiça na punição dessa população.

O tema proposto evidenciou um problema estruturado e latente no nosso poder judiciário, mostrando que o crime não é um privilégio do preto, mas a punição parece sê-lo. A luta é para que um dia tenhamos um sistema judiciário imparcial no todo e que respeite o princípio da isonomia e igualdade.

Sendo assim, é de extrema importância afirmar que o poder judiciário tem de garantir os direitos de cada cidadão de uma forma justa e igualitária. Entretanto, a realidade é que o judiciário resiste ao reconhecer os casos de racismo e determinam decisões injustas diante da população negra, o que acarreta graves falhas, constatando que é de extrema urgência adotar medidas que acabem com os hábitos que geram desigualdade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, S. Racismo estrutural. São Paulo: Editora Jandaíra, 2019.

BETHENCOURT, F. **Racismos: das cruzadas até o século XX.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#:~:text=Todo%20o%20poder%20emana%20do,diretamente%2C%20nos%20termos%20desta%20Constitui%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL ESCOLA. **"Racismo"; Brasil Escola.** Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/racismo.htm>. Acesso em: 13 mai. 2022.

BRASIL, Lei 7.716. **Presidência da Republica Casa Civil. Brasília, DF.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em 03 jul. 2022.

BONFIM, R. **Consultor Jurídico. Juíza da Vara Criminal diz que réu não parece bandido por ser branco.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-01/juiza-campinas-reu-nao-parece-bandido-branco>. Acesso em: 09 jul. 2022.

CARVALHO, L. **Em dez anos, nenhum juiz foi punido por racismo em processos abertos no CNJ.** Brasil de Fato, 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/09/25/em-dez-anos-nenhum-juiz-foi-punido>. Acesso em: 17 mai. 2022.

FERREIRA, L. Uol notícias. **Decisão de juíza de PR é reflexo de racismo no Judiciário, avaliam juristas.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/08/13/decisao-de-juiza-no-pr-e-reflexo-de-racismo-no-judiciario-avaliam-juristas.htm>. Acesso em: 03 jul. 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 35. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008.

MASCHIO, C. V. **Sistema de justiça penal brasileiro. In: A discriminação racial pelo sistema de justiça criminal: uma análise sob a luz do princípio da igualdade e do acesso à justiça.** Belo Horizonte, 2006. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MaschioCV_1.pdf. Acesso em: 25 jun. 2022.

MOREIRA, M. R. S. L. I. **O poder judiciário como fonte reprodutora do racismo e o estado democrático de direito.** Ribeirão Preto: Revistas Unaerp, 2020. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2192/1634>. Acesso em: 14 jun. 2022.

PEREIRA, F. **O racismo no sistema punitivo brasileiro.** Goiânia: Trabalho de Conclusão de Curso, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/172/1/O%20RACISMO%20ONO%20SISTEMA%20PUNITIVO%20BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 14 de jun.2022

REDE BRASIL ATUAL. **Racismo no Judiciário reflete senso comum e 'imaginário' brasileiro.** Disponível

em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2020/09/racismo-no-judiciario-refletesenso-comum-e-imaginario-brasileiro>. Acesso em: 30 out. 2022.

RIBEIRO, D. Pequeno manual antirracista. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SANTOS, Christiano Jorge. (2010). **Crimes de preconceito e de discriminação.** 2a ed. São Paulo: Saraiva.

SANTOS, **Gislene Aparecida dos. Nem crime, nem castigo: o racismo na percepção do judiciário e das vítimas de atos de discriminação.** Revista do Instituto de Estudos Brasileiros, Brasil, n. 62, p. 184-207, dez. 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4056/405642641011.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2022.

ULIANO, A.B. **3 razões para o Governo priorizar a Educação Básica, e não as Universidades.** Gazeta do Povo. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/3-razoes-universidadeseducacaobasica/#:~:text=O%20resultado%20%C3%A9%20que%20o,OCDE%20%C3%A9%20de%20apenas%201.6>. Acesso em: 01 jul. 2022.

UNIT. **O encarceramento em massa tem cor?** Disponível em: <https://portal.unit.br/blog/noticias/o-encarceramento-em-massa-tem-cor/#:~:text=Destes%2C%2067%2C4%25%20s%C3%A3o,encarceramento%20em%20masa%20no%20Brasil>. Acesso em: 10 jul. 2023.

UOL. **Negros são oito de cada 10 mortos pela polícia no Brasil, aponta relatório.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimasnoticias/2020/10/18/oito-a-cada-10-mortos-pela-policia-no-brasil-sao-negros-apontarelatorio.htm>. Acesso em: 18 nov. 2022.

Uol. **Uol Notícias. Juíza diz que homem negro é criminoso "em razão de sua raça" e o condena.** Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/08/12/sentenca-de-cunho-racista.amp.htm>. Acesso em: 01 jul. 2022.

VERÍSSIMO, E. Jus.com.br. **O sistema prisional brasileiro como violador dos direitos humanos.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76853/o-sistema-prisional-brasileiro-como-violador-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 04 jul. 2022.

ZAGHLOUT, S. A. G. **Seletividade racial na política criminal de drogas: Perspectiva criminológica do racismo.** 1. ed. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

REDE BRASIL ATUAL. **Racismo no Judiciário reflete senso comum e 'imaginário' brasileiro.** Disponível

em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2020/09/racismo-no-judiciario-refletesenso-comum-e-imaginario-brasileiro/>. Acesso em: 18 de nov. 2022.

NOTAS:

[1] Mestre Eduardo Cury, e-mail: adveduardocury@uol.com.br.

EFEITO CONFISCATÓRIO EM MULTAS ISOLADAS.

ISVALDO LOPES DE SALES:

Assessor de Gabinete na Justiça Federal em Pernambuco, especialista em Direito Tributário, especialista em Direito Público, graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE¹¹⁸

Resumo: As limitações ao poder de tributar são garantias fundamentais dos contribuintes, e entre elas se encontra o princípio da vedação ao efeito de confisco, com expressa previsão constitucional. A vedação ao confisco abrange também as multas tributárias, e deve ter especial atenção na sua quantificação quanto às multas isoladas por descumprimento de obrigações acessórias que não implicam em prejuízo ao recolhimento ou fixação do montante devido de tributos. Por meio de pesquisa bibliográfica doutrinária, análise da legislação vigente, e das decisões dos tribunais superiores, o presente estudo busca, por meio do método dedutivo, determinar como se dá a incidência do princípio da vedação ao confisco nas multas isoladas, com especial atenção à base de cálculo. Dessa análise se demonstrará que a desproporcionalidade no montante da sanção pecuniária e o efeito confiscatório ocorre em multas isoladas quando se utiliza bases de cálculo muito alargadas como valor da operação ou montante do tributo, propondo-se que sejam utilizados para tais sanções, que não implicam em prejuízos para a arrecadação tributária, valor fixos de multas escalonados em faixas progressivas, faixas essas que podem ser por valor da operação, tributo devido, ou faturamento da empresa. O estudo também mostra que as decisões dos tribunais superiores têm sido contrárias ao aqui defendido, mas, como o tema está atualmente em nova análise na corte suprema, se espera e aguarda evolução do entendimento desta corte para que adote posicionamento no sentido de proteger o direito fundamental dos contribuintes, em especial a proporcionalidade e a vedação ao confisco.

Palavras-chave: Tributação e garantias; Vedação ao confisco; Proporcionalidade; Multas isoladas; Base de cálculo das multas.

Abstract: Limitations on the power to tax are fundamental guarantees for taxpayers, and among them is the principle of prohibition of confiscation, with explicit constitutional provision. The prohibition of confiscation also encompasses tax fines and must pay special

¹¹⁸ e-mail: isales.lopes@gmail.com.

attention to their quantification regarding isolated fines for non-compliance with ancillary obligations that do not imply a detriment to the collection or determination of the amount of taxes due. Through doctrinal bibliographical research, analysis of current legislation, and decisions of higher courts, this study seeks, through the deductive method, to determine how the incidence of the prohibition of confiscation principle occurs in isolated fines, with special attention to the calculation basis. This analysis will demonstrate that disproportionality in the amount of pecuniary sanction and the confiscatory effect occurs in isolated fines when widely expanded calculation bases are used, such as the transaction value or the amount of the tax, proposing that fixed values of fines be used for such sanctions, which do not imply losses to tax collection, scaled in progressive ranges, which may be based on the transaction value, tax due, or company revenue. The study also shows that decisions of higher courts have been contrary to the position advocated here, but since the topic is currently under new analysis in the highest court, it is hoped and awaited that the understanding of this court will evolve to adopt a stance in favor of protecting the fundamental rights of taxpayers, especially proportionality and the prohibition of confiscation.

Keywords: Taxation and guarantees; Prohibition of confiscation; Proportionality; Isolated fines; Calculation basis of fines.

Introdução

As limitações constitucionais ao poder de tributar são direitos fundamentais dos contribuintes, que busca protegê-los e dar segurança jurídica contra o grande poder que o estado possui de tributar. Entre essas limitações previstas no texto da Constituição está a vedação de se utilizar os tributos com efeito de confisco. Significa dizer que não é possível que a tributação atinja valores tão elevados que acabem servindo indiretamente para expropriar o patrimônio particular, inviabilizando o desenvolvimento de suas atividades.

Dada a importância deste princípio, deve ser analisado a sua extensão e aplicabilidade para não apenas o montante do tributo cobrado em si, mas de toda a carga tributária, o que inclui ônus decorrentes também de penalidades pecuniárias, mas multas. Assim, é necessário se estabelecer a aplicação da vedação ao confisco às multas, e também qual o patamar aceitável dessas sanções pecuniárias.

Dentre as sanções pecuniárias, a que mais interessa o presente estudo são as multas isoladas, aquelas nas quais há a sanção contra o descumprimento de alguma obrigação acessória, mas que não implica em prejuízo na arrecadação ou no lançamento de tributos. São obrigações tributárias acessórias que servem apenas como facilitadoras da atividade de fiscalização da administração tributária, e pode ser exemplificada como casos em que se deixa de apresentar declaração ou emitir nota fiscal, desde que, reitere-se, tenha havido a correta e efetiva arrecadação do tributo devido.

Por não implicarem em prejuízo à arrecadação, tem-se que sua fixação em patamares muito elevados revela desproporcionalidade entre a gravidade da conduta e do dano dela decorrente, além de poder caracterizar efeito confiscatório. E a sua fixação em percentuais, mesmo que pequenos, de bases de cálculo muito alargadas, como o valor da operação, ou o montante do tributo envolvido, pode gerar a obrigação de pagar penalidade pecuniárias em valores desproporcionalmente elevados, principalmente quando se considera que houve o efetivo recolhimento do tributo aos cofres públicos.

O estudo buscará desenvolver critérios para se averiguar se uma multa isolada está em patamar confiscatório, analisando-se especialmente a base de cálculo que se propõe a este tipo de sanção.

Será também esmiuçado o entendimento dos tribunais superiores sobre o tema, tratando da aplicação do princípio da vedação ao efeito confiscatório nos diversos tipos de multas tributárias, mas com especial atenção às multas isoladas. A análise das decisões dos tribunais superiores buscará tanto apresentar o panorama geral do entendimento jurisprudencial sobre o tema, bem como se buscará criticar construtivamente e propor respostas mais adequadas.

Uma proposta de solução para a questão, de modo a se evitar que multas isoladas impliquem e desproporcionalidade e efeito confiscatório, mas que também não sejam violadoras da isonomia e inócuas em seu objetivo preventivo e sancionar, é também escopo do presente estudo.

2. Multas Tributárias e o Princípio da Vedação ao Confisco

As obrigações tributárias podem ser principais ou acessórias, e possuem sua conceituação legal no Código Tributário Nacional (CTN) 119. As obrigações principais são

119 TÍTULO II

Obrigação Tributária

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

aquelas que decorrem do acontecimento do fato gerador, previsto na lei, e implicam no pagamento de prestação pecuniária ou multa. Já as obrigações acessórias, pertinentes a esse estudo, são as que decorrem da legislação tributária e prescrevem prestações positivas ou negativas no interesse da arrecadação e/ou fiscalização dos tributos.

A não observância da obrigação tributária acessória automaticamente a converte em penalidade pecuniária, a multa tributária. E a responsabilização por infrações contra essas obrigações acessórias previstas na legislação tributária independe da intenção do agente, sendo a responsabilidade objetiva, e também da efetividade ou dos efeitos, decorrendo da mera conduta da violação à prescrição da legislação tributária.¹²⁰

O CTN prescreve que as obrigações tributárias acessórias podem ser previstas na legislação tributária, o que incluiu leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares¹²¹. Contudo, para a aplicação de penalidades, há reserva legal, só a lei podendo impor multas pelo descumprimento das obrigações acessórias.¹²²

CAPÍTULO II

Fato Gerador

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

120 SEÇÃO IV

Responsabilidade por Infrações

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

121 SEÇÃO I

Disposição Preliminar

Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

122 SEÇÃO II

Leis, Tratados e Convenções Internacionais e Decretos

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

A criação de multas tributárias deve ser feita por meio de leis, leis essas produzidas por cada ente federativo competente para instituir o tributo para qual serão criadas obrigações com finalidade de facilitação da arrecadação e/ou fiscalização dos tributos. Contudo, os entes federativos estão sujeitos a limites, previstos na própria Constituição Federal de 1988 (CF/88), havendo limitações gerais e também específicas para a tributação.

Na limitação geral para a criação de multas, está o princípio da proporcionalidade, pelo qual deve haver uma necessária correlação entre a gravidade da infração, incluindo aí os efeitos dela decorrentes, e a sanção a ser imposta. Não pode ser uma sanção muito branda, sob pena de tornar inócuo o efeito preventivo e reparador da sanção, e nem ser excessivo, sob pena de excesso na restrição de direitos do sancionado.

O princípio da proporcionalidade decorre do princípio do devido processo legal, previsto expressamente na CF/88, no seu art. 5º, LIV. Esse princípio possui uma vertente formal, que trata do procedimento, e uma vertente substancial ou material, que implica em situações jurídicas que devem compatíveis com o ordenamento jurídico e com um senso de justiça, decorrendo daí a ideia de proporcionalidade.

Já as limitações específicas com relação à tributação possuem uma seção própria na CF/88 denominada 'DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR', e entre elas traz uma limitação, que também possui um princípio, o princípio do não confisco, ou da vedação ao efeito confiscatório dos tributos¹²³. Apesar de o texto constitucional trazer em seu texto apenas a menção expressa aos tributos, não especificando sua incidência também sobre as multas tributárias, já há entendimento consolidado nos tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), de que esse princípio se aplica a toda a carga tributária, o que inclui também as multas.¹²⁴

O entendimento de aplicação do princípio da vedação ao confisco, como se demonstra, é dominante. E decorre também da lógica de que, se há vedação de criar tributo

123 SEÇÃO II

DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

¹²⁴ Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 727.872/RS, RE 833.106 AgR / GO e AI 727.872 AgR / RS, e ADI 551 como exemplos.

com efeito de confisco, também o seria vedado criar penalidade por descumprimento de obrigação acessória com o mesmo caráter confiscatório.

As multas tributárias sancionam condutas diversas, e cada uma merece um tratamento legal específico, dada suas finalidades distintas. Há multas pelo atrasado no pagamento da obrigação principal, que são as multas moratórias. Há também as multas punitivas acompanhadas de lançamento de ofício, que são aquelas contra condutas que vieram acompanhadas na supressão do pagamento do tributo. Mas todas essas multas sancionam o atraso ou não pagamento do tributo, havendo ainda uma terceira hipótese, que são as multas punitivas não acompanhadas de lançamento de ofício, a chamada multa isolada, destinada a sancionar descumprimento de obrigações acessórias quando não implicam em supressão do pagamento do tributo. Esses três tipos de multas tributárias são bem explanadas pelo Ministro Roberto Barroso, em voto Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 727.872/RS:

“No direito tributário, existem basicamente três tipos de multas: as moratórias, as punitivas isoladas e as punitivas acompanhadas do lançamento de ofício. As multas moratórias são devidas em decorrência da impontualidade injustificada no adimplemento da obrigação tributária. As multas punitivas visam coibir o descumprimento às previsões da legislação tributária. Se o ilícito é relativo a um dever instrumental, sem que ocorra repercussão no montante do tributo devido, diz-se isolada a multa. No caso dos tributos sujeitos a homologação, a constatação de uma violação geralmente vem acompanhada da supressão de pelo menos uma parcela do tributo devido. Nesse caso, aplica-se a multa e promove-se o lançamento do valor devido de ofício. Esta é a multa mais comum, aplicada nos casos de sonegação.¹²⁵”

Além desses três tipos de multas, ainda há as multas qualificadas pela prática de sonegação, fraude ou conluio, atingindo patamares superiores à demais por sancionar condutas mais graves e reprováveis e com potencial danoso maior. Contudo, não se pode dizer que são um quarto tipo de multa tributária, mas apenas um agravamento da multa por um elemento subjetivo depreciador da conduta do agente.

As legislações tributárias são criativas com relação à fixação da base de cálculo das multas tributárias, havendo situações em que é previsto valor fixo, valor inadimplido, valor total da operação, valores fixos escalonados em faixas considerando o valor do tributo envolvido, entre outros.

¹²⁵ <https://www.conjur.com.br/2016-jun-15/lirian-cavalhero-multa-nao-cobrada-efeito-confisco>

Para a averiguação de eventual desproporcionalidade ou de caráter confiscatório no percentual da multa, é importante se analisar não só a alíquota dela, mas também a base de cálculo sobre a qual incidirá, ou mesmo se consistirá em valor fixo, visto que adotando um ou outro critério para se fixar seu valor final, pode-se atingir patamares muito aquém ou muito além do que seria compatível com a conduta a ser sancionada. É também essencial se analisar o tipo de multa tributária que está sendo tratada, visto que cada uma decorre de condutas, e com consequências para o Fisco, distintas, o que repercutirá também na análise de proporcionalidade e confiscatoriedade da sanção pecuniária.

O STF possui alguns precedentes sobre a proporcionalidade e o caráter confiscatório de multas. Sobre as multas moratórias, já há decisão em repercussão geral considerando como constitucional sua fixação no limite de até 20% do montante não pago no prazo (Tema 214):

Relator(a): MIN. GILMAR MENDES

Leading Case: RE 582461

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 150, I, III, IV; e 155, II, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da inclusão do valor do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços - ICMS em sua própria base de cálculo, do emprego da taxa SELIC para fins tributários e da fixação de multa moratória em 20% do valor do tributo.

Tese: I - É constitucional a inclusão do valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na sua própria base de cálculo; II - É legítima a utilização, por lei, da taxa SELIC como índice de atualização de débitos tributários; III- Não é confiscatória a multa moratória no patamar de 20%.¹²⁶

Quanto à multa de ofício acompanhada de lançamento, não há decisão do STF em repercussão geral sobre a matéria, gerando um precedente vinculante. Contudo, há decisões pontuais dessa corte fixando seu patamar limite em 100%, como, por exemplo, no RE 833.106/GO e no ARE-AgR 938.538.

Quanto à mesma multa de ofício acompanhada de lançamento, mas qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, há reconhecimento de repercussão geral no Tema

126

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2606882&numeroProcesso=582461&classeProcesso=RE&numeroTema=214>

863, para decidir se sua fixação no patamar de 150% possui patamar confiscatório, mas ainda não foi julgado:

Tema 863 - Limites da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório.

Relator(a): MIN. DIAS TOFFOLI

Leading Case: RE 736090

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 150, IV, da Constituição Federal, a razoabilidade da aplicação da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, no percentual de 150% sobre a totalidade ou diferença do imposto ou contribuição não paga, não recolhida, não declarada ou declarada de forma inexata (atual § 1º c/c o inciso I do caput do art. 44 da Lei 9.430/1996), tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório.¹²⁷

Vê-se que há diferentes posições do STF com relação a cada de tipo de multa e seu eventual efeito confiscatório.

3. Efeito Confiscatório na Base de Cálculo das Multas Isoladas

A partir de agora se analisará esse efeito confiscatório e desproporcional nas multas isoladas, quando não acompanhadas de lançamento de tributo. Essas multas são aquelas aplicadas pelo descumprimento de alguma obrigação acessória, mas quando não há prejuízo para o recolhimento dos tributos envolvidos. Acontecem pelo desatendimento a obrigações como entrega de declarações e outros documentos necessários para a fiscalização tributária. No âmbito federal podem ser citadas como exemplos dessas multas isoladas a multa prevista no art. no art. 32-A da Lei 8.212/91, que trata de multa pela não apresentação de documentos relacionados a contribuições previdenciárias¹²⁸ e a multa

¹²⁷

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4370056&numeroProcesso=736090&classeProcesso=RE&numeroTema=863>

¹²⁸ Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

IV – declarar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, na forma, prazo e condições estabelecidos por esses órgãos, dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS ou do Conselho Curador do FGTS; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009) (Vide Lei nº 13.097, de 2015)

do art. art. 7º, inciso II, da Lei nº 10.426/2002, que prevê a sua incidência quando não é feita a Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF).¹²⁹ Quanto a esta última penalidade, ela foi objeto de análise pelo STF em regime de repercussão geral no Tema 872, entendendo pela constitucionalidade da previsão legal, e que terão seus votos analisados posteriormente neste estudo.

As multas isoladas, tais como as dos exemplos legais trazidos, destinam-se a sancionar descumprimento de obrigações acessórias quando não há prejuízo ao efetivo lançamento e recolhimento dos tributos. São situações em que nem se deixou de declarar

Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).
(Vide Lei nº 13.097, de 2015) (Vide Lei nº 13.097, de 2015)

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.

129 Art. 7º O sujeito passivo que deixar de apresentar Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica, Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF e Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais - Dacon, nos prazos fixados, ou que as apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, no caso de não-apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela Secretaria da Receita Federal - SRF, e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

I - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante do imposto de renda da pessoa jurídica informado na DIPJ, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega desta Declaração ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;

II - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante dos tributos e contribuições informados na DCTF, na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica ou na Dirf, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega destas Declarações ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;

(...)

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de: (Vide Lei nº 11.727, de 2008)

I - R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de pessoa física, pessoa jurídica inativa e pessoa jurídica optante pelo regime de tributação previsto na Lei nº 9.317, de 1996;

II - R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.

tributo, e nem de se recolher tributo nos valores e prazos efetivamente devidos. Logo, não há nem prejuízo para o recolhimento dos valores aos cofres públicos, e nem ônus à administração tributária em diligenciar e lançar o tributo, para futuro recolhimento.

São, portanto, multas por descumprimento de obrigação acessória de fazer, não tendo conteúdo econômico delimitável, e nem implicando em prejuízo ao recolhimento aos cofres públicos. Implica dizer que os ônus dessas infrações são de menor monta o poder público, o que justifica, em um juízo de proporcionalidade em senso estrito, que a sanção deve ser também de menor monta.

Contudo, do texto legal das multas aqui usadas como exemplo, vê-se que o valor dessas multas isoladas é calculado sobre o montante do tributo envolvido por meio de um percentual a incidir nessa base de cálculo. O problema aí surge porque, ao se utilizar o valor total do tributo envolvido como base de cálculo, pode-se chegar a valores muito elevados da multa, valores de vários milhões de reais, para sancionar uma conduta que não implicou em ausência de recolhimento devido aos cofres públicos, o que viola a proporcionalidade da sanção, além de implicar em efeito de confisco ao patrimônio do transgressor.

Esse cálculo do valor da multa sobre o montante do tributo envolvido e também contrário à isonomia, direito fundamental previsto no art. 5º da CF e art. 150, II, da CF/88, em matéria tributária. Isto porque pune desigualmente os contribuintes que cometeram a mesma infração.

A multa tributária tem como função sancionar e desencorajar transgressão. No caso, a transgressão a uma obrigação tributária acessória. Como já explanado, as obrigações tributárias acessórias são prestações determinadas no interesse da fiscalização e arrecadação tributárias. As multas isoladas, por não tratar de condutas que implicaram em recolhimento a menor ou não recolhimento do tributo, não se prestam a sancionar condutas que violaram a arrecadação tributária. E não tratando de infrações que prejudicam a arrecadação, não é razoável que sejam aplicadas tendo como base de cálculo seja o valor do tributo que foi arrecadado. Não há justificativa para que a multa incida sobre o valor deste.

Uma obrigação meramente acessória, que não gera prejuízo no recolhimento do tributo ao fisco, e serve apenas para facilitar a atividade fiscalizatória, deve ser sancionada moderadamente, e não incidir sobre o tributo que foi recolhido, o que implica, em última análise, não só em violação à proporcionalidade entre a gravidade da conduta e o patamar da sanção, mas em efetiva dilapidação do contribuinte, violando o princípio do não confisco.

A multa contra obrigação que não gera prejuízo à outra parte, tal como o caso das multas isoladas, tem função primordial pedagógica de evitar que a irregularidade seja cometida, e não de reparar um prejuízo, que no caso sequer existe. Caso essas multas incidam sobre o montante do tributo declarado, ou o montante da operação em questão, estará se impondo sanção pesada ao contribuinte, o que extrapola a finalidade pedagógica desta e acaba por atingir desproporcionalmente o patrimônio dele, violando o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e o princípio do não-confisco (art. 150. IV, da CF/88).

Constado que a multa isolada incidindo sobre o valor do tributo em questão viola a proporcionalidade e a vedação ao confisco, cabe se analisar qual seria a forma adequada de mensurar o montante dessa penalidade, tendo como objetivo tanto sancionar a conduta que prejudica a fiscalização, quanto evitar a prática, mas sem onerar excessivamente o sujeito passivo da obrigação acessória.

Uma opção lógica seria a que de que a multa isolada deveria ser aplicada em percentual fixo, e não em percentual sobre o valor da obrigação principal. Essa solução é defendida pelo doutrinador Hugo de Brito Machado, que assim dispõe sobre o tema:

“Entretanto, se é sanção pelo inadimplemento de uma obrigação acessória, a multa não pode ser aquela proporcional ao valor do imposto, ou de sua base de cálculo do tributo. Salvo, repita-se, nos casos em que a multa fixa, cominada especificamente para o inadimplemento de obrigação acessória seja mais onerosa (MACHADO, 1997, p. 277).”¹³⁰

Contudo, apesar de se evitar a fixação da multa com violação à proporcionalidade e ao não confisco, essa sistemática pode trazer outros problemas, como violação à isonomia em seu aspecto material e à capacidade contributiva, princípio constitucional previsto no art. 145, § 1º, da CF/88¹³¹. Isto porque caso se seja estabelecido um valor fixo para a conduta que implique em multa isolada, uma pequena empresa ou pessoa física com pequena capacidade financeira será sancionada no mesmo patamar que empresa com faturamento multimilionário.

¹³⁰ MACHADO, Hugo de Brito. Aspectos Fundamentais do ICMS. São Paulo: Dialética, 1997. P. 227

¹³¹ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
(...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitadas os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A multa fixa também pode configurar um valor excessivamente elevado em relação a pessoas físicas e pequenas empresas, podendo até ser maior do que o que seria quando se tomasse por base de cálculo o valor do tributo envolvido, o que redundaria nos mesmos problemas de falta de proporcionalidade e de vedação ao confisco.

Por outro lado, em grandes empresas com faturamento alto, esse valor fixo pode representar quantia irrisória, o que tornaria inócuo os efeitos sancionadores e preventivos da multa.

Dados os problemas dessas duas formas de se calcular o montante da multa isolada, a solução ideal para se fixar o valor da sanção por esses tipos de infrações, garantindo tanto o caráter repressivo e preventivo da multa, e garantindo-se a observância aos princípios constitucionais da isonomia, proporcionalidade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, é a fixação de valores fixos para a infração, mas escalonado em patamares que podem ou ser em razão do montante do tributo envolvido, ou no faturamento da empresa.

4. Posição do STF sobre Multas Isoladas em uma Análise Crítica

Contudo, o STF tem se manifestado contrariamente ao aqui defendido, e consequentemente na contramão da defesa dos contribuintes contra o patamar confiscatório das multas isoladas, por inobservância de obrigações acessórias que não implicam em dificuldade ou falta de arrecadação do tributo.

No já citado tema de repercussão geral 872, foi reconhecida a repercussão em 2015 para decidir pela constitucionalidade ou não da multa prevista no art. 7º, inciso II, da Lei nº 10.426/2002. Tal dispositivo fixa multa isolada pelo descumprimento de obrigação acessória referente a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, mesmo quando há o efetivo recolhimento do tributo. A previsão é de que tal multa incidirá sobre percentual do tributo devido, iniciado em 2% e limitado a 20%.

No caso concreto em que foi decidido o Tema 872, o RE 606.010, a situação que ensejou a multa questionada se deu por apresentação extemporânea das Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), mas com o recolhimento tempestivo do tributo. Mesmo tendo havido o recolhimento e sem haver prejuízo nessa arrecadação, as multas foram fixadas em valores muito elevados, justamente por incidirem sobre o valor do tributo que teve atrasado na DCTF, importando em valores de multas de R\$ 482.502,50 e R\$ 208.795,19. Segue trecho do voto do ministro relator:

“A recorrente, embora recolhendo tempestivamente os tributos, apresentou extemporaneamente as Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF relativas aos quatro trimestres do ano-

calendário de 2003 e aos primeiro e quarto trimestres do ano-calendário de 2004, o que resultou em multas de R\$ 482.502,50 e R\$ 208.795,19.”¹³²

Em agosto de 2020, o plenário virtual, com a relatoria do Ministro Marco Aurélio, analisou o tema 872. O Ministro foi relator por maioria e confirmou a constitucionalidade do dispositivo legal em questão. A tese fixada foi a seguinte: *“A sanção prevista no artigo 7º, inciso II, da Lei nº 10.426/2002 é constitucional, uma vez que não viola os princípios da proporcionalidade e da vedação de tributo com efeito confiscatório”*. Nesse julgamento, ficou estabelecida a constitucionalidade da aplicação da multa isolada, mesmo sem causar prejuízo ao pagamento do tributo, sobre o valor do tributo em questão. Foi entendido, portanto, que não haveria violação ao princípio da vedação de confisco e à proporcionalidade.

Discorda-se do desfecho desse julgado pelos fundamentos expostos neste estudo até o momento.

Importante informar que no próprio voto vitorioso do ministro relator houve ponderações importantes sobre a ocorrência ou não de violação à proporcionalidade e à vedação ao confisco. O Ministro Marco Aurélio ressaltou que a fixação de multa isolada em percentual do tributo envolvido poderia levar a distorções, mas também ponderou que a sendo estabelecida apenas em valor fixo poderia também a levar a distorções, como ponderado neste estudo. O ministro chegou a cogitar que uma possível saída seria justamente a ideia proposta neste artigo, de se estabelecer valores fixos escalonados em faixas, mas o ministro não considerou esta a melhor solução e optou por considerar constitucional a opção legislativa atual, o que se entende ter sido uma opção equivocada tanto do legislador quanto do eminente ministro. Segue trecho do voto:

“Diz a recorrente da irrazoabilidade na imposição de penalidade por descumprimento de obrigação acessória tomando por base o montante da obrigação tributária. Ora, embora a definição em percentual possa resultar em quantia elevada, a solução contrária – o estabelecimento de total invariável – pode revelar-se anômala com mais frequência. Suponha-se uma multa de R\$ 10.000,00. Para empresas de grande porte, cuja declaração em atraso envolva valor milionário, o quantitativo pecuniário seria irrisório, insuficiente para desestimular a conduta. Para pessoas jurídicas com receita pequena, o número se mostraria exorbitante, ultrapassando o tributo devido. Num exercício de elucubração, poder-se-ia cogitar da criação de escalonamento de valores fixos para determinadas

132 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3797543>

faixas de tributo – no que seriam evitados os inconvenientes daquelas sistemáticas. É inviável exigir do legislador a adoção de tal critério – por sinal, incomum no ordenamento nacional. Entre as escolhas possíveis, é preciso reconhecer, o Legislativo enveredou por caminho que não pode ser tachado de teratológico.”¹³³

Já o voto vencido do Ministro Fachin expressa entendimento em consonância com o aqui defendido, e que neste entendimento aqui exposto deveria ter sido o voto vencedor, por se coibir aplicações de multas isoladas por descumprimento de meras obrigações acessórias sem prejuízo da arrecadação em patamares excessivos, o que transborda à proporcionalidade e ao caráter pedagógico e punitivo da sanção, implicando em verdadeiro confisco.

O Ministro Fachin trouxe importantes questionamentos em seu voto. Sobre a multa isolada, dispõe que ela busca coibir faltas do sujeito passivo da obrigação acessória que prejudicam tão somente a fiscalização do ente tributante, não implicando em efeitos negativos na arrecadação. E quanto à própria fiscalização, o prejuízo é de menor monta, não justificando multa em patamares mais elevados. Isto porque a evolução tecnológica e institucional do da Receita Federal lhe dá todo o aparato necessário para apuração e fiscalização dos tributos devidos sem depender das declarações dos contribuintes. Portanto, não haveria que se falar em graves prejuízos à fiscalização tributária pelo descumprimento desses tipos de obrigações acessórias que não dizem respeito à arrecadação propriamente dita. Segue trecho do voto vencido:

“Em tempos nos quais a Secretaria da Receita Federal (SRF), importante instituição da República Federativa do Brasil, dispõe de um eficaz ferramental tecnológico não só na apuração dos tributos devidos, mas da própria atividade econômica do contribuinte, prescindível a imposição de multa com nítido caráter confiscatório a constranger o contribuinte prestar informações que a SRF já dispõe considerando todo o sistema de escrituração digital que vigora.

(...)

Em um juízo de proporcionalidade em sentido estrito o ônus imposto ao contribuinte, ante eventual inobservância da entrega da DCTF nos termos legais, é, em muito, desproporcional, ao bônus da SRF que já dispõe, ainda

133 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3797543>

que por outros meios, de recursos informacionais para proceder ao lançamento tributário.”¹³⁴

Deve-se concordar com as considerações do voto do Ministro Fachin.

Apesar de haver esse precedente do STF, a questão da base de cálculo das multas isoladas está sendo novamente analisada pelo STF, dessa vez no Tema 487 de repercussão geral. A análise do caso concreto no RE 640.452/RO também gira em torno de fixar se há desproporcionalidade e efeito de confisco em multa isolada cobrada sobre percentual do tributo, quando não há prejuízo para a arrecadação. A previsão legal em análise é de Lei Estadual do Estado de Rondônia, Lei 688/96, especificamente a multa isolada prevista no art. 78, inciso III, alínea “i”¹³⁵. Ele prevê multa de 40% sobre o valor da operação em caso de descumprimento de obrigações acessórias, sendo que no caso concreto a empresa deixou de emitir notas fiscais em compras de diesel para geração de energia termelétrica, tendo sido sancionada em multa de 40% sobre o valor da operação, patamar que supera inclusive o tributo devido no caso.

Nessa ação há parecer da Procuradoria Geral da República (PGR) favorável à inconstitucionalidade da previsão legal ante seu caráter confiscatório.¹³⁶ Contudo, a manifestação da PGR se remete especificamente ao caso concreto, não se podendo considerar que se trata de uma posição para as multas isoladas em geral.

Até o momento apenas o relator, ministro Roberto Barroso, e o ministro Dias Toffoli proferiram seus votos. E deles ainda não se possui o inteiro teor de suas razões disponíveis no sítio eletrônico do STF, de modo que será analisado apenas os resumidos pontos disponibilizados.

O relator ministro Barroso em seu voto propõe a limitação da multa em questão a um percentual máximo de 20% sobre o valor do tributo devido, que é o mesmo teto atualmente adotado pelo STF quando se tratam de multas moratórias. Do trecho

¹³⁴ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3797543>

¹³⁵ Art. 78. As infrações e as multas sujeitas a cálculo na forma do inciso III, do artigo 76 são as seguintes:

III - 40% (quarenta por cento) do valor da operação ou da prestação: (Redação dada pela Lei Nº 1717 DE 13/03/2007).

i) pela aquisição, importação, recebimento, posse, transporte, estocagem, depósito, venda, exportação, remessa ou entrega de mercadorias desacompanhadas do documento fiscal próprio ou em situação fiscal irregular. (Redação da alínea dada pela Lei Nº 1.057 DE 01.04.2002, DOE RO de 02.04.2002, com efeitos a partir de 24.12.1999)

¹³⁶ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4071634>

disponibilizado do voto no relator vê-se que esse limite se aplica quando há obrigação legal subjacente. Veja-se:

“Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que homologava a desistência, julgava procedente o recurso extraordinário, a fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 78, III, i, da Lei nº 688/1996, do Estado de Rondônia, uma vez que a multa isolada não pode exceder a 20% (vinte por cento) do tributo devido e propunha a fixação da seguinte tese (tema 487 da repercussão geral): “A multa isolada, em razão do descumprimento de obrigação acessória, não pode ser superior a 20% (vinte por cento) do valor do tributo devido, quando há obrigação principal subjacente, sob pena de confisco”, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo amicus curiae Associação Brasileira de Supermercados, a Dra. Ariane Costa Guimarães; pelo amicus curiae Associação Comercial do Rio de Janeiro – ACRJ, o Dr. Guilherme Villas Bôas e Silva; e, pelo amicus curiae Associação Brasileira de Advocacia Tributária – ABAT, o Dr. Breno Ferreira Martins Vasconcelos. Plenário, Sessão Virtual de 25.11.2022 a 2.12.2022.”

Como o caso concreto tratava de base de cálculo na própria operação devida, esta base de cálculo mais grave foi afastada para se adotar o valor do tributo devido. Mas, ainda assim, se trata de base de cálculo que pode levar a valores muito elevados de multa caso o tributo seja muito elevado, o que se tornará desproporcional e confiscatório quando não haja prejuízo para arrecadação deste mesmo tributo.

Já quando a multa decorrer de obrigação acessória não vinculada diretamente a tributo em específico, não há ainda informações sobre se o voto do relator tratou do tema, e em quais termos em caso positivo.

O segundo voto proferido foi o voto vista no ministro Dias Toffoli, também se colocou favorável a se utilizar do valor do tributo como base de cálculo para a multa isolada. No caso do voto vista, o posicionamento quanto à alíquota foi mais gravoso ao contribuinte que o do relator, tendo sido sugerido um teto de 60% do valor do tributo para a multa por descumprimento de obrigação acessória, mas podendo chegar a 100% do tributo devido em casos agravantes, como dolo, reincidência específica ou violação de uma obrigação objeto de consulta do contribuinte.

Quando a obrigação acessória não estiver diretamente relacionada a um tributo específico, o voto vista propõe que multa não deve ultrapassar 20% do valor da operação, podendo ser elevada a 30% em situações agravantes. Segue:

“Decisão: Após o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, que divergia parcialmente do Relator, homologava a desistência do recurso extraordinário interposto pelas Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A (Eletronorte); e propunha a fixação da seguinte tese para o Tema nº 487 da repercussão geral: “1. Havendo tributo ou crédito, a multa decorrente do descumprimento de dever instrumental estabelecida em percentual não pode ultrapassar 60% do valor do tributo ou do crédito vinculado, podendo chegar a 100% no caso de existência de circunstâncias agravantes. 2. Não havendo tributo ou crédito tributário vinculado, mas havendo valor de operação ou prestação vinculado à penalidade, a multa em questão não pode superar 20% do referido valor, podendo chegar a 30% no caso de existência de circunstâncias agravantes. Nessa hipótese, a multa aplicada isoladamente fica limitada, respectivamente, a 0,5% ou 1% do valor total da base de cálculo dos últimos 12 meses do tributo pertinente. 3. Na análise individualizada das circunstâncias agravantes e atenuantes, o aplicador das normas sancionatórias por descumprimento de deveres instrumentais pode considerar outros parâmetros qualitativos, tais como: adequação, necessidade, justa medida, princípio da insignificância e ne bis in idem”, propondo a modulação dos efeitos da decisão para estabelecer que ela passe a produzir efeitos a partir da data da publicação da ata do julgamento do mérito, ressalvadas as ações judiciais pendentes de conclusão até a mesma data, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023.”

As críticas ao voto do relator se reiteram em relação ao voto vista, que traz situação ainda mais grave de violação aos direitos fundamentais dos contribuintes.

O julgamento foi interrompido pelo pedido de vista do ministro Gilmar Mendes, não havendo até o momento notícia da apresentação do novo voto vista.

Do teor dos julgados do STF aqui apresentados, vê-se que a corte suprema vem apresentado posicionamento prejudicial aos contribuintes, por corroborar com prática de sanção tributária por multa isolada de modo a permitir que atinja valores desproporcionais, desvirtuando o caráter sancionar e pedagógico da sanção tributária, degradingolando para sanção pecuniária desproporcional, violadora da capacidade contributiva e confiscatória do patrimônio dos sujeitos passivos da obrigação tributária. Ressalva se faz ao posicionamento, até então isolado, do ministro Fachin.

Como o julgamento do Tema 487 ainda está em curso e há voto de apenas dois ministros, há que se esperar que os demais membros do STF evoluam seu entendimento e se posicionem de forma mais protetiva a assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos contribuintes, que estão sendo violados caso se mantenha a cobrança de multa isolada sobre bases de cálculos alargadas.

Reitera-se o posicionamento, e a torcida, para que o STF entenda pela inconstitucionalidade, por violação à proporcionalidade e da vedação ao confisco, de base de cálculo de multa isolada sobre valor da operação ou do tributo e similares. E reitera-se também a solução mais adequada a esse tipo de infração, que consiste na fixação de valor fixos de multa, escalonados em faixas progressivas, que podem variar em função do valor da operação, do tributo devido, do faturamento da empresa, entre outros.

Conclusão

A poder de tributar sofre limites, que servem para resguardar os contribuintes, e a sociedade como um todo, do grande poder que o estado tem de impor tributos. Dentre esses limites se encontram vedações de se utilizar o tributo com caráter confiscatório, que implica na impossibilidade de utilizá-los de formar a sufocar o patrimônio e rendas dos contribuintes.

Já as obrigações tributárias se dividem em principais e acessórias. Sendo a obrigação principal consistente no pagamento de importância pecuniária em ocorrendo o fato gerador, que pode ser o fato gerador do tributo em si, ou o cometimento de alguma infração tributária que implique no pagamento de penalidade pecuniária, também chamada de multa.

As obrigações acessórias são condutas impostas aos particulares nos interesses de fiscalização e arrecadação do tributo, e sua inobservância implica na imposição de multa. Já as multas podem ser divididas em multas de mora, multas decorrentes de declaração ou recolhimento a menor do tributo, e multas isoladas, estas últimas quando não há declaração ou arrecadação de tributo a menor.

Quanto ao montante do valor das multas, tem-se que contra elas também se aplica o princípio da vedação ao confisco, não podendo ser tão excessivas que ameacem o patrimônio do contribuinte. E também devem guardar uma relação de proporcionalidade em sentido estrito com a gravidade da conduta a ser sancionada e os prejuízos para o Fisco que dela advenham.

Especificamente quando às multas isoladas, elas não implicam em prejuízo à arrecadação tributária. Elas sancionam condutas que servem apenas como facilitadoras da atividade fiscalizadora tributária. Logo, essas condutas não podem ser sancionadas de

forma tão grave quando se sanciona infrações quem implicam em prejuízos à arrecadação. Ademais, a multa tem como finalidade um caráter punitivo e pedagógico, não podendo extrapolar o estritamente necessário para atingir esses objetivos.

A fixação da base de cálculo de multas isoladas como o valor da operação ou montante do tributo devido pode levar a valores exorbitantes, o que se revela desproporcional face conduta que não traz ônus na arrecadação do tributo, além de infringir ônus patrimonial no sujeito passivo que configura efeito confiscatório. Por outro lado, a fixação dela em valores fixos pode comprometer a isonomia material e a capacidade contributiva, visto poder ser excessiva para pequenas empresas, ou irrisória para as de grande porte, que pode tornar até mesmo inócuo, quanto a essas últimas, o efeito pedagógico e preventivo que se pretende obter com as sanções.

Portanto, a solução ideal é, ao lado de se reconhecer a inconstitucionalidade da fixação da base de cálculo das multas isoladas como o valor da operação ou do tributo, por se violar a proporcionalidade e a vedação ao confisco, também se fixar essas multas em valores fixos, mas escalonados em faixas, que podem ser estabelecidas pelo valor da operação, dos tributos, ou até mesmo do faturamento.

Contudo, esse não tem sido o entendimento apresentado pelo STF em julgados em regime de repercussão geral. Há esperança, porém, de que haja mudança nesse entendimento que vem sendo tomado pela corte suprema, visto que está em julgamento o Tema 487, que trata justamente da potencial confiscatoriedade de multa isolada.

Aguarda-se que o STF evolua seu entendimento, com posicionamento de forma mais protetiva aos direitos fundamentais dos contribuintes, que estão sendo violados caso se mantenha a cobrança de multa isolada sobre bases de cálculos alargadas.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 13ª Edição Salvador: Juspodivm, 2019.

BILHARINHO, João Vitor Prado. Limite das multas tributárias por descumprimento de obrigação acessória. Consultor Jurídico. 10 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-10/prado-bilharinho-multa-tributaria-tema-487stf>. Acesso em 17 de agosto de 2023.

CAVALHERO, Lirian Sousa Soares. Multas não podem ser cobradas com efeito de confisco. Consultor Jurídico. 15 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-15/lirian-cavalhero-multa-nao-cobrada-efeito-confisco>. Acesso em 17 de Agosto de 2023.

CRESTANI, William Roberto. Os limites da multa devida por descumprimento de obrigação tributária acessória: proposta de solução para o tema 487 da lista de repercussões gerais do STF. São Paulo, 2016. 158 folhas. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. São Paulo. 2016. CDU 34::336.2(81).

LEITE, Gustavo. O STF e as multas tributárias. Migalhas. 8 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/389012/o-stf-e-as-multas-tributarias>. Acesso em 17 de agosto de 2023.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 22ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. Aspectos Fundamentais do ICMS. São Paulo: Dialética, 1997. P. 227

NETO, Celso de Barros Correia. Ainda não sabemos como se define uma multa confiscatória. Consultor Jurídico. 5 de setembro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-set-05/observatorio-constitucional-ainda-nao-sabemos-define-multa-confiscatoria#_edn1. Acesso em 17 de Agosto de 2023.

Sítio eletrônico do Aleixo Maia. Disponível em <https://aleixomaia.adv.br/tema-487-stf-e-constitucional-a-multa-isolada-fixada-nos-percentuais-de-5-a-40/>. Acesso em 17 de agosto de 2023.

Sítio eletrônico de legislação do Planalto. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em 17 de agosto de 2023.

Sítio eletrônico da Legisweb. Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=159967>. Acesso em 17 de agosto de 2023.

Sítio eletrônico do LBZ Leite de Barros Zanin Advocacia. Disponível em <https://lbzadvocacia.com.br/pedido-de-vista-suspende-novamente-o-julgamento-do-tema-487-stf-multa-isolada-por-descumprimento-de-obrigacao-acessoria/>. Acesso em 17 de agosto de 2023.

Sítio eletrônico do Felsberg Advogados. Disponível em <https://www.felsberg.com.br/a-multa-isolada-por-descumprimento-de-obrigacao-acessoria-tema-487-do-stf/>. Acesso em 17 de agosto de 2023.

Sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em 17 de agosto de 2023.

Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em Acesso em 17 de agosto de 2023.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 10ª Edição. São Paulo: Método, 2020.

A IMUNIDADE RECÍPROCA APLICADA ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MATHEUS BERALDO MAGALHAES PAIVA:

Advogado na área de contencioso cível desde 2015. Graduado em Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro em 2014. Pós-graduado em Direito Tributário e Direito Público pela Faculdade da Região Serrana – FARESE em 2022.¹³⁷

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo a análise acerca da extensão da imunidade recíproca às pessoas jurídicas de direito privado pertencentes à administração pública indireta, mais especificamente as empresas públicas e sociedade de economia mista. Para tal fim, foi realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Em um primeiro momento se destacou o conceito de imunidade tributária como limite do poder de tributar, traçando as hipóteses trazidas na Constituição Federal acerca da imunidade recíproca, tanto sua regra quanto suas exceções. Em seguida, se verificou que o STF realiza uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais para ampliar a imunidade recíproca às empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que atendidos diversos requisitos que são analisados caso a caso pela Suprema Corte. Por fim, se destacou a jurisprudência consolidada do STF acerca do tema proposto, bem como algumas peculiaridades de julgamentos casuísticos. Na conclusão, ficou constatado que a extensão da imunidade às pessoas jurídicas de direito privado tem suas vantagens e importância, contudo, deve se atentar para que não ocorram injustiças tendo em vista a dificuldade de se decidir em relação às peculiaridades de certos casos críticos.

PALAVRAS-CHAVE: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. JURISPRUDÊNCIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. INTRODUÇÃO

A imunidade recíproca em relação aos impostos tem previsão expressa no artigo 150, VI, alínea “a” da Constituição da República Federativa do Brasil¹³⁸, de modo que é

¹³⁷ Advogado na área de contencioso cível desde 2015. Graduado em Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro em 2014. Pós-graduado em Direito Tributário e Direito Público pela Faculdade da Região Serrana – FARESE em 2022. E-mail: mberaldo@live.com.

¹³⁸ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, a fim de preservar a autonomia política dos entes federativos.

Nesse sentido, muito se discute acerca da sua extensão para as entidades que compõe a Administração Pública indireta, sendo certa sua aplicabilidade às autarquias e às fundações de direito público quando em jogo aspectos referentes às suas finalidades essenciais, conforme disposto no artigo 150, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil¹³⁹.

De outro lado, não obstante a vedação da imunidade nos termos do artigo 150, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁴⁰, a doutrina e a jurisprudência vêm criando exceções casuísticas de modo a possibilitar a atribuição da imunidade recíproca até mesmo por pessoas jurídicas de direito privado, como empresas públicas e sociedades de economia mista.

O tema não é livre de polêmicas, a jurisprudência é casuística, não tendo sido alcançado um consenso a fim de que fosse criada uma regra geral a ser aplicada em todos os casos, assim, na maioria das vezes os entendimentos são formados após intensa análise e debate das peculiaridades do caso concreto.

Desse modo, após intensa pesquisa, nesse trabalho serão analisados os limites e os percalços dessa expansão da aplicação da imunidade recíproca e as peculiaridades de sua interpretação pela mais alta corte judicial do país.

Para isso, em um primeiro momento é importante discorrer acerca do instituto da imunidade recíproca, para depois desenvolver a expansão de sua aplicação, bem como os respectivos limites encontrados, expondo, ainda, os entendimentos e considerações de julgamentos paradigmas realizados pelo Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa será bibliográfica, com a exploração do tema em livros, artigos publicados na internet, decisões relevantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e

¹³⁹ § 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

¹⁴⁰ § 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

pelo Superior Tribunal de Justiça, ou outros meios escritos de professores e estudiosos do direito.

2. DESENVOLVIMENTO

A imunidade tributária constitui verdadeiro limite ao poder de tributar estatal, sendo considerada como norma negativa de competência. Nesse sentido, Leandro Paulsen dispõe da seguinte forma¹⁴¹:

As regras constitucionais que proíbem a tributação de determinadas pessoas, operações, objetos ou de outras demonstrações de riqueza, negando, portanto, competência tributária, são chamadas de imunidades tributárias. Isso porque tornam imunes à tributação as pessoas ou base econômicas nelas referidas relativamente aos tributos que a própria regra constitucional negativa de competência especifica.

Ademais, não obstante a não referência ao termo imunidade no texto constitucional a todos os casos de impedimentos de tributação, vale destacar que o entendimento que prevalece na doutrina é no sentido de que sempre quando norma constitucional mencionar ser caso de isenção ou não incidência, dever ser considerado como verdadeiras imunidades, não se confundindo com os institutos de ordem infraconstitucional.

Além disso, dentre as diversas imunidades estabelecidas pelo constituinte originário, deve-se destacar a imunidade recíproca dos entes políticos com previsão no artigo 150, VI, alínea "a" da Constituição Federal, que tem como função primordial manter equilibrado o pacto federativo, razão pela qual não poderia ser alterada pelo constituinte derivado por se tratar de cláusula pétrea (artigo 60, §4º da Constituição Federal).

Conforme bem delineado por Ricardo Alexandre¹⁴²:

A Como ressaltado, as denominadas cláusulas pétreas possuem tal *status* por conta da proteção contra Emendas, conferida pelo § 4º do art. 60 da CF. Quando se fala em limitações ao poder de tributar como cláusula pétrea, deve-se tomar o cuidado de analisar o conteúdo de cada limitação, verificando a possibilidade de enquadramento em uma das situações petrificadas pelo legislador constituinte originário (CF, art. 60, § 4º). Dessa forma, ao contrário

141 PAULSEN, Leandro FILHO. **Curso de Direito Tributário**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 107

142 ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 128

do que muitos afirmam, a configuração de uma limitação constitucional ao poder de tributar como garantia individual do contribuinte não é a única situação que possui o condão de lhe atribuir o status de cláusula pétrea. No mesmo julgamento em que considerou o princípio da anterioridade garantia individual do contribuinte e, portanto, impossível de ser excetuado via Emenda Constitucional, o Supremo Tribunal Federal considerou também inconstitucional a previsão de que o novel Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira não seria sujeito à imunidade tributária recíproca, que impede que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituem impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros (CF, art. 150, VI, a). A regra imunizante é verdadeiro corolário da federação, pois, a título de exemplo, se fosse lícito à União cobrar imposto sobre patrimônio, renda ou serviço de um Estado, correr-se-ia o risco de utilização do poder de tributar como mecanismo de pressão da União sobre o Estado, pondo em risco a autonomia, principal sustentáculo da federação, forma de Estado petrificada pelo legislador constituinte originário.

No que tange à abrangência e aplicabilidade da imunidade recíproca, ressalta-se que ela apenas se aplica aos impostos (artigo 150, VI, alínea "a" CF), e se estende a outras entidades da administração pública indireta, como as autarquias e as fundações de direito público no que concerne ao patrimônio, à renda e aos serviços, desde que vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes, nos termos do disposto no artigo 150, § 2º da Constituição Federal.

Com efeito, não se pode olvidar o tratamento concedido às empresas públicas e sociedades de economia mista, que embora integrantes da administração pública indireta, possuem, contudo, natureza de pessoas jurídicas de direito privado.

Nesse sentido, o artigo 150, § 3º da Constituição Federal afasta de forma clara a extensão da imunidade recíproca nos casos de exploração de atividade econômica quando regidos por normas aplicáveis a empreendimentos privados ou em que se verifique contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, além de não exonerar o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Desse modo, através de uma interpretação sistemática, também deverá ser observado o que preceitua o artigo 173, § 1º, inciso II, combinado com o § 2º do mesmo artigo da Constituição Federal, de modo que as empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou

comercialização de bens ou de prestação de serviços se sujeitarão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive em relação aos direitos e obrigações tributários.

Assim, em prol da preservação do princípio econômico constitucional da livre concorrência, tais entidades mencionadas no parágrafo anterior não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Entretanto, apesar da regra constitucional afastando a imunidade recíproca das empresas públicas e sociedades de economia mista, o Supremo Tribunal Federal vem adotando entendimento a fim de estender tal imunidade às empresas públicas e sociedades de economia mista quando constatadas determinadas peculiaridades após análise do caso concreto.

Nesse panorama, o STF estendeu a imunidade recíproca a tais pessoas jurídicas de direito privado quando prestadoras de serviço público essenciais em regime de monopólio, considerando não haver no caso ofensa ao princípio da livre concorrência.

Alguns casos paradigmas foram acerca da Empresa de Correio e Telégrafos¹⁴³, da Infraero¹⁴⁴, e da Codesp¹⁴⁵, restando, de certa forma, consolidada na jurisprudência a extensão da imunidade recíproca também às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público essencial para a população e que exerçam suas atividades sem intuito concorrencial e de forma exclusiva.

No caso da Codesp, Companhia Docas do Estado de São Paulo, há a peculiaridade de que, na composição de seu capital social, havia a participação de capital privado, contudo, o STF considerou que este seria ínfimo de modo que não prejudicaria o benefício da imunidade, tendo em vista que o ente público controlador detinha quase que a totalidade das ações, além de não ter sido vislumbrado qualquer finalidade lucrativa e aumento patrimonial do ente político ou de particulares, permanecendo íntegro o princípio da livre concorrência.

Em relação às pessoas jurídicas de direito privado exploradoras de atividade econômica em regime de livre concorrência, o STF sempre entendeu que não haveria motivo para aplicar a imunidade recíproca, considerando que a incidência desse benefício estaria relacionada aos casos em que se exercia atividade típica de estado, em respeito aos princípios constitucionais do pacto federativo e da livre concorrência, evitando, assim, um cenário de concorrência desleal.

143 STF, ACO 811 AgR-segundo, rela. Mina. ROSA WEBER, Primeira Turma, jun. 2016.

144 STF, RE 363.412 AgR, rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, 2007.

145 STF, Segunda Turma, rel. Min. CELSO DE MELLO, RE 265.749 ED-ED, 2011.

Nessa toada, cabe destacar recente julgamento do Recurso Extraordinário 1.320.054 São Paulo realizado pelo plenário do STF, submetido ao rito de repercussão geral de tema 1140, e de relatoria do ministro Luiz Fux, em que se fixou a seguinte tese: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos essenciais, que não distribuam lucros a acionistas privados nem ofereçam risco ao equilíbrio concorrencial, são beneficiárias da imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, VI, a, da Constituição Federal, independentemente de cobrança de tarifa como contraprestação do serviço.”

Outro julgamento extremamente importante e que merece destaque foi Recurso Extraordinário 600.867 São Paulo realizado pelo plenário do STF em 29 de junho de 2020, sob o tema 508 de repercussão geral, e de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa mas que teve Luiz Fux como redator do acórdão.

Na ocasião, após intenso debate entre os ministros, se negou provimento ao recurso extraordinário por maioria e se fixou a seguinte tese de repercussão geral: “Sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, ‘a’, da Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas”.

Com efeito, se trata de caso envolvendo a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) que almejava se beneficiar da imunidade recíproca para afastar a cobrança de imposto predial e territorial urbano (IPTU) referente à imóvel afetado para alcance de suas atividades essenciais.

A SABESP é uma sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado, que presta serviço público de saneamento básico de forma exclusiva, representando um monopólio natural, mas, ainda assim não haveria impedimento legal a outras empresas interessadas em atuar concorrencialmente no mesmo ramo.

Tais características poderiam acarretar o usufruto do benefício da imunidade recíproca pela SABESP, em conformidade com a jurisprudência do STF, já analisada nos parágrafos anteriores desse trabalho.

Contudo, a referida sociedade tem sua participação acionária negociada em Bolsa de Valores, com o condão de remunerar o capital dos controladores ou acionistas, o que levaria a obrigatoriedade de se submeter a tributação em razão da manifestação de riqueza e da atividade evidentemente lucrativa para seus acionistas. Cabendo ressaltar que seu capital social é disperso dividido quase que igualmente entre o Estado de São Paulo e os investidores privados.

Dessa maneira, em razão das peculiaridades desse casuístico, a entidade não poderia se valer dos benefícios da imunidade recíproca, considerando o *distinguishing* em relação à jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal acerca da extensão dessa benesse constitucional às empresas públicas e sociedades de economia mista, como no caso da ECT.

Todavia, apesar da realização do *distinguishing* para afastar o entendimento jurisprudencial consolidado acerca da possibilidade da extensão da imunidade recíproca às pessoas jurídicas de direito privado, impende ponderar que o julgamento não se deu de maneira unânime, o que indica a dificuldade na análise das peculiaridades de cada caso, e acende um alerta de que há possibilidade de alteração desse entendimento em momento futuro.

Ante o exposto, na linha de toda explanação aduzida acerca da imunidade recíproca, com a análise de sua aplicabilidade e extensão conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal após julgamento de diversos casos concretos, pode-se concluir que, para o usufruto da imunidade recíproca por pessoas jurídicas de direito privado que pertençam a administração pública indireta, se faz necessária a verificação de alguns requisitos indispensáveis como a prestação de serviço público, com a exclusão da exploração de atividade econômica; que não haja intuito lucrativo, o que significa não haver distribuição de lucros aos acionistas privados; e que a atuação se dê em regime de exclusividade, de modo que não atinja o princípio da livre concorrência, ou seja, a atividade deve ser exercida sem concorrência com outras pessoas jurídicas de direito privado ou que não causem danos à concorrência.

3.CONCLUSÃO

A tema acerca da imunidade recíproca sempre será de extrema importância considerando se tratar de uma garantia fundamental e essencial à manutenção e ao equilíbrio do pacto federativo, cláusula pétrea protegida pelo artigo 60, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Desse modo, também ganha importância a interpretação realizada pelo STF acerca da viabilidade jurídica da extensão da imunidade às pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração pública indireta, a partir da análise sistemática do artigo 150, inciso VI, alínea "a", e parágrafos 2º e 3º, e artigo 173 parágrafo 1º, inciso II, e parágrafo 2º da Constituição Federal.

Nesse sentido, após o julgamento de diversos casos com suas peculiaridades, como por exemplo ocorreu no da ECT, Infraero, Codesp, Sabesp, dentre outros, o STF consagrou o entendimento de que, para ser beneficiário da imunidade recíproca, a entidade deveria ser prestadora de serviço público essencial típico de estado, sem o intuito

concorrencial e de forma exclusiva, além da ausência de finalidade lucrativa ou distribuição de lucros entre os acionistas, ou seja, a entidade não pode atuar em caráter empresarial, sob pena de violar o princípio da livre concorrência e atuar em concorrência desleal.

Dessa forma, não obstante o entendimento consagrado no âmbito jurisprudencial, cada caso demanda uma análise minuciosa e específica, considerando que nem sempre é possível enxergar com clareza tais requisitos exigidos para figurar como beneficiário da referida imunidade, devendo-se evitar ao máximo a proliferação de julgamentos equivocados que possam vir a abalar o pacto federativo e a livre concorrência.

Destarte, no presente trabalho se destacou que apesar do entendimento em prol da extensão da imunidade ser, de certa forma, dominante no âmbito do STF, não foi formado de maneira unânime em todos os casos, o que leva a um estado de alerta para possíveis mudanças de entendimentos que possam vir a causar insegurança jurídica e decisões incoerentes.

4.REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

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

PAULSEN, Leandro FILHO. **Curso de Direito Tributário**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAULSEN, Leandro FILHO. **Curso de Direito Tributário**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

O IMPACTO POSITIVO NA PREVENÇÃO DO *STALKING* APÓS A TIPIFICAÇÃO DO TEMA PELO ARTIGO 147-A DO CÓDIGO PENAL*

ISABELA HENRIQUES BUGNI:
Graduanda em Direito, Centro
Universitário de Santa Fé do
Sul – SP, UNIFUNEC¹⁴⁶

WALTER MARTINS MULLER¹⁴⁷

(orientador)

RESUMO: O presente artigo foi criado com o propósito de analisar a tipificação do crime de perseguição reiterada, mais conhecida como *stalking*. O novo tipo penal é recente no meio jurídico e foi incorporado no Código Penal através da Lei nº 14.132/2021, onde tipifica o crime, altera o Código Penal e revoga o artigo 65 da Lei nº 3.688/1941, mais conhecida como Lei de Contravenções Penais. Através do trabalho, foi verificada a importância da tipificação para aumentar a proteção aos direitos de privacidade e intimidade, além de prevenir ainda mais o acontecimento de crimes mais graves. Pautado no Direito Penal, no trabalho foi realizada uma análise introdutória, apresentando como anteriormente eram punidas essas ações, e como está atualmente a situação, sendo também apontada a grande relevância do novo tipo penal, pois a alteração ajudou a conscientizar a população e diminuir os casos ocorridos. O trabalho foi realizado pautando-se na revisão de literatura baseada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos e legislações, analisando o entendimento e as consequências sobre a temática, os objetivos, resultados e sua conclusão.

Palavras-chave: Stalking. Código Penal. Perseguição. Tipificação. Proteção.

ABSTRACT: This article was created with the purpose of analyzing the typification of the crime of repeated persecution, better known as *stalking*. The new criminal type is recent in the legal environment and was incorporated into the Penal Code through Law No. penalties. Through the work, the importance of typification was verified to increase the protection of privacy and intimacy rights, in addition to preventing even more the occurrence of more serious crimes. Based on Criminal Law, in the work an introductory analysis was carried out, presenting how these actions were previously punished, and how the situation is currently, being also pointed out the great relevance of the new criminal type, since the change helped to raise awareness of the population and reduce the cases

146 E-mail: isabelabugni@hotmail.com

147 Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC, waltermuller@live.com

occurred. The work was developed using a literature review based on bibliographic research, through research on websites, doctrines, articles and legislation, analyzing the understanding and consequences on the subject, the objectives, results and its conclusion.

Keywords: Inquiry. Addictions. Basic principles.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como foco tratar dos elementos positivos da tipificação do crime de *stalking*, que é uma novidade no meio jurídico e tem potencial para abranger a proteção da sociedade de casos de perseguição, tanto fisicamente quanto virtualmente, bem como trouxe penalidade mais rígida para os indivíduos que cometerem o ilícito.

Sabe-se que a sociedade contemporânea passa por muitas mudanças, vez que as novidades são diariamente atualizadas, em um ritmo quase que desenfreado, causando, assim, a necessidade de acompanhá-las. Na era digital, cada dia mais as pessoas são adeptas às redes sociais, compartilhando sua rotina diária, os passeios que fazem, onde trabalham, entre outras coisas, que resumidamente, fazem com que qualquer pessoa que te “siga” nas redes, saiba onde se encontra e exatamente o que está fazendo naquele momento. Assim, apesar da utilização da tecnologia trazer inúmeros benefícios, ela também pode ser muito perigosa, em razão da exposição da vida privada.

É nesse contexto que ficam mais perigosos os riscos de perseguição. Se antes já existiam muitos casos em que indivíduos perseguiam outras pessoas, descobrindo meios de terem conhecimento do que a vítima estava fazendo ou onde se encontrava, atualmente tudo ficou mais facilitado para eles.

Com isso, surge a recente Lei nº 14.132/2021, que criminaliza o *stalking*, tipificando o tema através do artigo 147-A no Código Penal, alterando o Código e revogando o artigo 65 da Lei de Contravenções Penais (nº 3.688/1941). O surgimento do novo tipo penal é uma grande conquista jurídica, vez que, ao sair das contravenções, o crime ganha penalidade mais rígida, além de criar um grande debate na sociedade, gerando maior conscientização popular sobre os direitos e os riscos que devem estar sempre atentos.

O artigo buscou abordar de uma forma geral o contexto histórico do surgimento do *stalking*, mencionando os primeiros ocorridos do mundo e do país, como os casos da atriz norte-americana Rebecca Schaeffer e a apresentadora brasileira Ana Hickmann, e como foram importantes para a tipificação do tipo penal no Brasil.

Ainda, será apresentado a mudança desse crime através do tempo e os aspectos positivos que foi trazido com a tipificação do *stalking*, bem como a proteção constitucional

do direito de privacidade e liberdade, que podem acabar se perdendo no meio da era digital, que possui vício de compartilhar sua vida íntima a todo o momento.

O artigo foi elaborado com base na revisão de literatura baseada em procuras bibliográficas, sites, doutrinas, jurisprudências, artigos e legislações.

2 STALKING: DEFINIÇÃO E SUAS PARTICULARIDADES JURÍDICAS

2.1 Conceito e contexto histórico do *stalking*

A palavra *stalking* se origina do verbo *to stalk*, que significa a 'perseguir incessantemente'. No contexto de caça, acontece quando o predador persegue a presa de forma contínua, podendo, assim, assimilar que os *stalkers* (perseguidores) perseguem insistentemente outro indivíduo, seguindo-a, procurando conseguir informações sobre ele e tentando controlar sua vida, o que causa severos danos psicológicos.

O *stalking* é visto como um comportamento que possui como característica padrão a persistência de assédio direcionado a uma pessoa e que ocorre por meio de formas variadas de comunicação, vigilância, contato constante, monitoramento, dentre outros, se revelando, portanto, como uma forma de violência relacional (REIS; PARENTE, 2020).

O primeiro caso conhecido sobre o *stalking* surgiu nos Estados Unidos após o assassinato da atriz Rebecca Schaeffer, na Califórnia, no ano de 1989, o que culminou com a edição de leis *anti-stalking* em diversos estados norte-americanos e no mundo.

Rebecca foi assassinada por um fã, que era obcecado por ela, e foi motivado pela atriz ter realizado uma cena erótica em um de seus trabalhos, que fez o fã sentir-se traído, e, diante da "traição" que sentiu, o indivíduo encontrou o endereço da vítima, indo até sua casa e praticando o crime. É importante mencionar que Schaeffer já havia feito queixas sobre a perseguição que sofria, mas nada foi feito de relevante que pudesse ajudá-la.

Entretanto, com o assassinato da atriz, muitos outros casos começaram a ser denunciados para a polícia, e a partir de então, em 1990, a Califórnia promulgou a primeira Lei *antistalking* nos Estados Unidos, criando então o crime de *stalking*. Nesta lei, é proibida a perseguição repetitiva ou o assédio à outra pessoa e que a faça ter medo de ser lesionada fisicamente. Referida lei (*California's Antistalking Statute*) registra que, na época, apesar de celebridades ganharem toda a atenção necessária por serem famosas, apenas 17% dos casos de *stalkers* eram realizados contra famosos. Na década de 90, cerca de 200.000 pessoas, a maioria se tratavam de vítimas do sexo feminino.

Apesar dos Estados Unidos terem sido os primeiros a criar uma lei contra os *stalkers*, rapidamente diferentes partes do mundo começaram a adotar o *stalking* como crime. Estima-se que, nos Estados Unidos, cerca de 1 milhão de mulheres e 400 mil homens

tenham sido vítimas de *stalking* em 2002. Na Inglaterra, a cada ano, 600 mil homens e 250 mil mulheres são perseguidos. Em Viena, Áustria, desde 1996, existem informes da ocorrência de 40 mil casos; em 2004, em um grupo de mil mulheres entrevistadas por telefone, pelo menos uma em cada quatro foi molestada dessa forma. (JESUS, 2008).

No Brasil, há alguns exemplos que tomaram fama e contribuíram para a tipificação dos atos de perseguição reiterada como crime, como o primeiro caso investigado de "*stalking*" ocorrido em São Paulo, no ano de 2013, em que uma adolescente de 13 anos foi perseguida por um jovem de 18 anos.

O caso se trata de dois jovens paulistanos que eram vizinhos em um prédio no litoral do estado de São Paulo. O rapaz se encantou pela garota, mas ela sempre negou qualquer tipo de envolvimento com ele. Mesmo assim, o jovem passou a persegui-la, enviando mensagens ameaçadoras nas redes sociais com o intuito de coagi-la a permitir uma aproximação, e também seguindo ela na rua e aparecendo nos locais que frequenta.

No início da perseguição, a família da garota processou o rapaz por ameaça e ficou estabelecido que ele deveria pagar uma multa de R\$ 2.000 caso voltasse a procurá-la. Entretanto, as ameaças não cessaram, tendo o indivíduo criado perfis *fakes* no Instagram para ameaçá-la, com dizeres como "*Vou te matar retalhada*" e "*vou expor suas vísceras*".

Somente após 5 anos, em 2018, conseguiu-se que o caso fosse julgado como violência doméstica, proferindo medida protetiva em favor da vítima para que o rapaz não pudesse se aproximar da jovem, garantindo então a cessação das ameaças. Conforme publicado na revista digital "Universo Uol", a advogada Ana Carolina Moreira Santos diz que nunca havia encontrado precedentes entre eles, e narrou que o homem acreditava que existia algum tipo de relação com a vítima, por isso, o julgamento tomou proveito sobre base à Lei 11.340/06.

Outro caso muito famoso no Brasil foi o da apresentadora Ana Hickmann, que em 2016 sofreu uma tentativa de assassinato. O agressor, Rodrigo Augusto de Pádua, possuía uma forte obsessão sexual pela modelo, tendo criado um perfil no Instagram com fotos da ex-modelo, onde postava vários textos para ela expondo seus desejos sexuais, bem como mantinha no Twitter várias contas onde fazia postagens marcando o perfil de Ana.

Dessa forma, Rodrigo provavelmente acreditava que atrairia a atenção de Ana, mas como não obteve êxito, sua idolatria se transformou em ódio e Pádua passou a seguir Hickmann, acompanhando sua agenda, quando descobriu que ela estaria próxima de sua cidade. Assim, se hospedou no mesmo hotel em que a apresentadora estava, e usava o aplicativo Snapchat para ter informações de onde a modelo estava. Ao descobrir que a

apresentadora se encontrava em companhia de um casal, fez os 3 de reféns, e ao conseguir, ofendeu a vítima principal, Ana Hickmann.

Já no ano de 2022, mais precisamente em fevereiro, a atriz Paolla Oliveira foi vítima de *stalking* causado por um jovem de origem portuguesa que conseguiu adentrar em seu condomínio, no Rio de Janeiro, ameaçando e xingando a atriz e seu namorado, Diogo Nogueira. O instigante nesse caso é que o indivíduo havia feito um comentário em publicação em rede social da atriz semanas antes que era um fã de Portugal e que viria ao Brasil com o intuito de conhecê-la, além de ter sido relatado por Paolla Oliveira que o fã vinha perseguindo ela há pelo menos 3 meses, enviando mensagens em suas redes sociais.

2. 2 Particularidades jurídicas sobre o crime

A Lei nº 14.132/2021, que foi publicada no dia 31 de março de 2021, foi responsável por tipificar o crime conhecido como *stalking* através do artigo 147-A do Código Penal, além de revogar o artigo 65, da Lei de Contravenções Penais. A novidade jurídica entrou em vigor no dia após sua publicação, ou seja, dia 01 de abril de 2021, introduzindo no Capítulo VI da Parte Especial do Código Penal o crime de perseguição.

Assim, ficou disposto no Código Penal, através do mencionado artigo, o seguinte: "Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade."

O novo tipo penal impôs a pena de reclusão de seis meses a dois anos, além de multa. Anteriormente, quando era disposto na LCP, o *stalking* era tido como a perturbação da tranquilidade alheia, com penalidade de prisão de quinze dias a dois meses, além de multa.

A palavra *stalking* é utilizada num contexto de forma violenta de um indivíduo invadir o ciclo de vida privada da vítima, agindo de modo que restrinja sua liberdade e ataque sua privacidade. Em muitos casos, essa perseguição é contínua e duradoura, o que causa muitas consequências psicológicas e emocionais por quem é submetida a isso.

No mesmo sentido foi dito por Greco (2013, p. 501):

[...] quando estamos perturbados psicologicamente em razão de uma ameaça sofrida, conseqüentemente ficamos limitados em nossa liberdade de locomoção. O receio de que a promessa do mal seja efetivamente cumprida impede, ou pelo menos restringe, nossa liberdade física [...].

Ainda, também exposto por Amiky (2014, não paginado):

Se a pessoa é protegida como um todo, na sua integridade psíquico-física, e se para se desenvolver a ter uma vida digna, como almeja o ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa precisa de saúde tanto física como psíquica, tem-se que o *stalking* atinge a pessoa humana no seu âmago, pois os danos causados são de tamanha gravidade que impedem o próprio desenvolvimento da personalidade, já que nenhum ser humano pode se desenvolver livre, plena e dignamente sob o jugo de outro.

Nesse contexto, é válido pontuar que o *stalking* pode ser praticado de várias formas, por meio de perseguição nas ruas, seguindo a vítima por caminhos que faz diariamente, ou então por envio de mensagens por e-mail, correios, redes sociais, cartas, ligações telefônicas, ou até publicações na internet que mencione a vítima, entre muitas outras estratégias. Quando o crime for cometido por meio da internet, temos o chamado *cyberstalking*, que cresce assiduamente na realidade em que vivemos.

Um *cyberstalker* poderá até mesmo criar contas falsas para alcançar seu objetivo, desta forma, cada vez que fosse bloqueada pela vítima, pudesse continuar a ameaçá-la usando outra conta, número ou dispositivo virtual. A maioria dos casos de *cyberstalking* se dá por meio de inúmeras contas que um só autor do crime faz, todas essas contas com o mesmo objetivo: perseguir e ameaçar sua vítima.

Assim, as redes sociais propulsionam a ação dos criminosos, conforme Castro dispõe (2017, p. 13): "O *cyberstalking*, por sua vez, tornou-se relevante no cenário mundial com a popularização da tecnologia e por sua adoção generalizada nos mais diversos segmentos da vida dos cidadãos, seja em casa, no lazer, no trabalho ou demais núcleos de pertencimento."

Para a caracterização do crime, tem-se necessários algumas observações: um elemento compositor da ação do delinquente é a obsessão, isto é, a ideia fixa por alguma coisa ou alguém. O perseguidor, portanto, por uma série de motivações, mantém um grande interesse pela vítima; outro elemento é a repetição, que diz respeito à forma pela qual o *stalking* se manifesta; e por fim, o último elemento importante é o dano, que assume diversas acepções, a depender da legislação *anti-stalking* analisada. Nesse sentido, em alguns países significará violência física, em outros uma ameaça, mas, o comum, é que seja interpretado como um dano psicológico que tem por principal sintoma o medo.

Assim, a conduta é punida quando o agente persegue alguém, reiteradamente e por qualquer meio, de forma que ameace a integridade física ou psicológica, além de restringir a capacidade de locomoção, ou, em qualquer forma, invada ou perturbe a liberdade ou privacidade da vítima. A palavra "reiteradamente" não deixa dúvidas que para consumir o

crime deve existir certa habitualidade, mesmo que não seja pelo mesmo meio de execução. Além do mais, é um crime em que sua pena pode ser majorada pela metade caso a vítima for criança, adolescente, idoso ou, ainda, uma mulher perseguida apenas pelo simples fato de ser do sexo feminino.

Essa majoração é muito importante, na medida em que, apesar de existir diversas motivações para praticar o crime, na maioria dos casos são situações afetivas, referente a relacionamentos amorosos, onde o homem acaba não aceitando o fim da relação e passa a perseguir sua ex-companheira.

3 DIREITOS CONSTITUCIONAIS À PRIVACIDADE

Em 1988, foi promulgada a Constituição Federal do Brasil, que inseriu a dignidade humana como um de seus fundamentos principais, disposto no artigo 1º, inciso III, demonstrando um avanço significativo na promoção de proteção dos direitos fundamentais de um indivíduo.

Nesse contexto, Moraes (2009) compreende que os direitos humanos constroem um conjunto de direitos e garantias, que têm o intuito de proteger o indivíduo contra o Estado, fornecendo as condições mínimas de subsistência e de desenvolvimento da personalidade, além de assegurar o respeito à sua dignidade.

Com o advento dos direitos fundamentais, foi reconhecido também as demais garantias, e, assim, o artigo 5º da Constituição dispôs, entre alguns deles, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, objetivando sempre proteger o indivíduo de qualquer ofensa praticada pela sociedade.

Assim, o direito à liberdade e privacidade se encaixam bem no estudo realizado, vez que a perseguição reiterada afeta diretamente essas garantias. São dois direitos que necessitam de reconhecimento, ainda mais na sociedade contemporânea, onde se mostram vulneráveis na era das tecnologias digitais.

A privacidade nos sites de redes sociais pode ser prejudicada por vários fatores, já que além dos usuários divulgarem informações pessoais diariamente, os próprios sites podem, eventualmente, acabar não protegendo a privacidade de seus usuários, como nos casos que ocorre o “vazamento” de informações sigilosas de vários indivíduos.

Segundo Bittar (2014), os artifícios tecnológicos, que se afirmam cada vez mais necessários e indispensáveis na vida da sociedade, podem permitir uma certa exposição a riscos, na forma em que há a possibilidade de suas informações íntimas serem facilmente escancaradas e utilizadas de modo indevido.

E é exatamente nesse contexto que a vida íntima da sociedade está frequentemente mais exposta, mesmo que não seja, conseqüentemente, uma escolha automática que permita a utilização das informações “postadas” para prática de fins ilícitos. Desse modo, mesmo que uma pessoa escolha publicar informações e imagens, esse fato não é uma eliminação de seu direito de privacidade.

Ante o exposto, resta claro que o crime de *stalking* atinge a integridade física e mental das vítimas, bem como sua privacidade e liberdade, ferindo, assim, sua dignidade humana, que é um dos fundamentos inseridos na nossa Carta Magna.

Amiky discorre sobre o tema (2014, não paginado):

Se a pessoa é protegida como um todo, na sua integridade psíquico-física, e se para se desenvolver a ter uma vida digna, como almeja o ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa precisa de saúde tanto física como psíquica, tem-se que o *stalking* atinge a pessoa humana no seu âmago, pois os danos causados são de tamanha gravidade que impedem o próprio desenvolvimento da personalidade, já que nenhum ser humano pode se desenvolver livre, plena e dignamente sob o jugo de outro.

Sendo assim, a tipificação da perseguição reiterada, mais conhecida como crime de *stalking*, além de ser um objeto criado para prevenção da ação delituosa, também se torna um aparato essencial para a garantia de aplicação do direito à privacidade e intimidade da pessoa, que, conseqüentemente, reitera a importância da proteção da dignidade humana.

4 A INCIDÊNCIA DO CRIME DE *STALKING* EM VÍTIMAS DO SEXO FEMININO E A PROTEÇÃO DELAS ATRAVÉS DE MEDIDAS PROTETIVAS

Analisando o cenário criminal brasileiro, não é de se espantar ao ter como dado que a maioria das vítimas dos crimes de *stalking* são do sexo feminino. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022, somente em 2021 o Brasil contabilizou mais de 27,7 mil ocorrências de *stalking* contra mulheres. A análise aconteceu pela primeira vez, entretanto, foi possível constatar que os dados apresentados já demonstram que o problema está presente na sociedade brasileira de forma grandiosa. Além disso, o que se espera é que os números aumentem, vez que a sociedade jurídica ainda está em processo de se adaptar à nova realidade que o novo tipo penal inseriu a eles.

A prática do novo tipo penal pode ser motivada por diversos fatores, sendo que no país machista e patriarcado que vivemos, em muitos casos a motivação se dá por mágoas de término de relacionamento, sentimento de rejeição e desejo de posse de alguém que

não é seu. Com base nisso, resta claro que uma ação pode começar no *stalking*, mas muitas vezes termina em um crime de feminicídio.

O entendimento que se tem acerca do *stalking* é que esta é uma prática normalmente realizada por ex-parceiros das vítimas, sendo que o desenvolvimento para crimes mais graves se dá pelo fato desses *stalkers* conhecerem a rotina da vítima. A naturalização com que o homem vê essa situação de obsessão e sentimento de posse tem origem no seu próprio ego e nas justificativas infundamentadas de que são eles os dominantes.

Trindade (2008, não paginado) observa que:

[...] devido à psicodinâmica subjacente, notadamente com muitos significados regressivos, o *stalking* associado à ruptura de um relacionamento apresenta maior gravidade e risco de lesão corporal e de homicídio conjugal, inclusive porque a relação pré-existente entre agressor e vítima deixa-a mais vulnerável devido ao conhecimento de seus hábitos, de suas dificuldades e limitações.

Conforme pesquisa realizada pelo *Stalking Resource Center*, "76% das vítimas do crime de feminicídio foram perseguidas e tiveram sua tranquilidade violada por terceiros, como também 54% das vítimas reportaram a entidade policial que estava sendo *stalkeadas* antes de serem assassinadas por seus perseguidores". (SERRA, 2021; REIS, 2021)

Conforme matéria feita pelo jornal O Globo, alguns dados das secretarias de segurança do Distrito Federal, bem como dos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul (algumas das regiões mais populosas do país) demonstram como a prática é disseminada.

Em Brasília, a média de casos averbados é de mais de três por dia. É reportado que 85% das vítimas são mulheres e 56% dos casos também foram enquadrados na Lei Maria da Pena. Em 8% das vezes, comete-se o crime através da internet. Entre o período de 1º de abril e 9 de junho, foram 242 ocorrências registradas no DF. Em São Paulo, 686 queixas só em abril. Já entre o discurso de abril e setembro, foram 2.633 denúncias registradas no Rio Grande do Sul e 2.113 no Paraná.

Como forma de proteção às mulheres, a criação da Lei nº 11.340/0, mais conhecida como Lei Maria da Pena, foi responsável por trazer medidas protetivas que visam coibir a prática de violência doméstica e familiar, com o intuito de assegurar que toda mulher, independentemente de classe, etnia, orientação sexual, cultura, idade ou religião, tenha direito a uma vida sem violência, com a preservação de sua integridade física, mental e patrimonial. É previsto dois tipos de ações: aquelas que obrigam o agressor, como

condutas que impedem sua aproximação da vítima; e aquelas que protegem a ofendida, que abrangem condutas aplicadas diretamente à vítima e sua proteção patrimonial.

Dentre as medidas, destacam-se as mais habituais, quais sejam: proibição de aproximação da vítima e de seus familiares, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; proibição de contato com a vítima, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; proibição de frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; entre muitas outras, a depender de cada caso.

As medidas protetivas funcionam como uma proteção legal à mulher, e são concedidas quando há o requerimento delas, onde é determinado condutas que visem à segurança da vítima. Após o pedido, o procedimento será analisado pelo juiz, sendo que a partir da solicitação, elas podem ser concedidas de imediato, de forma isolada ou cumulada com outras, bem como modificadas ou substituídas quando se mostrarem ineficazes ou insuficientes. Ainda, uma de suas grandes importâncias se dá na possibilidade de decretar a prisão preventiva do agressor, em qualquer momento do inquérito policial ou da instrução criminal, como por exemplo, em caso de descumprimento das medidas impostas em favor da vítima.

No âmbito do tema estudado, tem-se que a legislação brasileira, antes da tipificação do *stalking*, não acompanhava a diversidade das relações humanas e não conseguia solucionar certas questões. Assim é, vez que ver a perseguição reiterada apenas como contravenção penal de perturbação da tranquilidade não era o suficiente, já que o *stalking* ultrapassa a esfera psicológica ou moral, incidindo também o ambiente do trabalho/familiar, gerando até importunação ofensiva ao pudor, constrangimentos ilegais, ameaças e lesões corporais.

Isto não significa que atitudes de perseguição não eram punidas, já que através de jurisprudências era possível encontrar menções do *stalking*, como no HC 359.050/SC, julgado pelo STJ, onde foi retratado um caso de violência doméstica onde a vítima era perseguida por razão ao término do relacionamento amoroso com o autor, a seguir transcrito:

As condutas do paciente, consistentes em incessante perseguição e vigília; de busca por contatos pessoais; de direcionamento de palavras depreciativas e opressivas; de limitação do direito de ir e vir; de atitudes ameaçadoras e causadoras dos mais diversos constrangimentos à vítima, aptos a causarem intensa sensação de insegurança e intranquilidade, representam o que é conhecido na psicologia como *stalking*, o que confirma a instabilidade dos traços

emocionais e comportamentais do paciente, aptos a justificar a elevação da basal, inexistindo teratologia ou ilegalidade a ser reparada. 7. Habeas corpus denegado. (HC 359.050/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 20/04/2017)

Após 2021, com a criação do artigo 147-A, além de dar maior visibilidade para os casos de *stalkers* e conscientizar a população sobre o tema, a tipificação trouxe maior penalidade para os autores, bem como autorizou que as vítimas pudessem se valer das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, com o intuito de sanar e obstar que o perseguidor continue o constrangimento e a invasão da privacidade. Conforme já dito, essas medidas são cautelares e se destinam a proteção da mulher, incidindo as suas relações íntimas, com a convivência entre vítima e agressor.

Entretanto, através da Resolução Conjunta nº 05/2020 CNJ/CNMP, ocorreu mais um grande avanço para a proteção das vítimas desse crime, vez que instauraram o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, que demonstra às autoridades o prenúncio de feminicídio, o que ocasionou na possibilidade de ser requerido medidas protetivas nos casos de *stalking*, mesmo quando não praticados em ambiente doméstico, e desconhecido o perseguidor.

Sendo assim, apesar de certo atraso para criminalizar o *stalking*, atualmente a legislação brasileira luta para combater os males desse crime e se encontra dotada de medidas capazes de conter o *stalker* em seu objetivo persecutório, qual seja na penalidade mais severa, ou então através do instrumento da prisão preventiva para os casos de persistência, quando há o descumprimento da ordem judicial protetiva.

5 CONCLUSÃO

Em conclusão, o presente artigo apresentou o contexto em que o artigo 147-A foi inserido no Código Penal, revogando o artigo 65 da Lei nº 3.688/1941, mais conhecida como Lei das Contravenções Penais, o que gerou uma agravante da penalidade e, de certa forma, um debate maior sobre o tema.

Foi abordado sobre o contexto histórico em que o *stalking* foi criado, nos Estados Unidos, após uma atriz ter sido vítima de um perseguidor, sem assistência nenhuma da legislação que pudesse protegê-la. Após a criminalização na América do Norte, vários países seguiram seu passo e passaram a punir os agentes desse crime, como no Brasil, mesmo que de forma tardia.

O estudo destacou que a perseguição reiterada atinge diretamente os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, qual seja, a privacidade e a

intimidade. Os chamados *stalkers* privam as vítimas de poderem viver suas vidas de forma liberta, fazendo com que sintam constante receio e medo, o que acarreta num prejuízo de sua saúde, não só física, como mental.

Dessa forma, a criminalização do *stalking* no país se mostrou um assunto de grande importância, pois aborda a ocorrência de uma conduta reiterada e extremamente grave, que em razão do avanço tecnológico e grande adesão às redes sociais, tem ganhado força, o que coloca a sociedade em estado de vulnerabilidade.

Após a abordagem introdutória do tema, demonstrando sua fundamentação penal e constitucional, foi reiterada a importância e o impacto que o novo tipo penal causou no meio jurídico, já que nesse momento, após gerar uma penalidade mais grave, o legislador, conseqüentemente, garantiu maior efetividade da prevenção de crimes mais preocupantes, principalmente contra as mulheres, vez que o sexo feminino é maioria entre as vítimas de *stalking*, segundo apontado pelas pesquisas apresentadas neste estudo, onde o *stalking* começa como um meio para a prática do delito fim, sendo este em muitos casos o feminicídio.

Ademais, foi debatido a importância que as medidas protetivas, criadas pela Lei Maria da Penha, tem na proteção das vítimas de *stalking*, deferindo algumas ações que visam barrar a empreitada criminosa do agente e impedir que a perseguição acabe com a integridade física e mental de quem sofre com esse crime.

Por fim, o estudo objetivou constatar que a tipificação é só o ponto inicial para uma luta de prevenção contra crimes mais graves praticados contra as mulheres, bem como de garantia do direito de privacidade intimidade, de modo que restou importante salientar que mesmo que os indivíduos compartilhem sua vida privada nas redes sociais, tal fato não se torna uma autorização de utilização de tais informações para a prática de atitudes ilícitas.

REFERÊNCIAS

AMIKY, Luciana Gerbovic. **Stalking**. Graduação em Direito – PUC-SP, São Paulo, 2014. Disponível em:
<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6555/1/Luciana%20Gerbovic%20Amiky.pdf>.

Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021. Acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, DF, 31 de mar. 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro, RJ, 3 de out. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 03 jul. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 de dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 jul. 2022.

BRASIL. Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/05/lei-que-criminaliza-stalking-e-sancionada>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BITTAR, Eduardo C. B. **Internet, cyberbullying e lesão a direitos da personalidade: o alcance atual da teoria reparação civil por danos morais**. RIDB, Porto, ano 3, n. 3, p. 1695–1715, 2014. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/03/2014_03_01695_01715.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Conjunta nº 5/2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3218>. Acesso em: 15 nov. 2022.

DORIGON, Alessandro. **Stalking e sua tipificação penal**. JUS.com.br, 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88639/stalking-e-sua-tipificacao-penal>. Acesso em: 15 nov. 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2013. 2 v.

GUIMARÃES, Arthur. **Brasil registrou 27,7 mil casos de stalking contra mulheres em 2021, aponta FBSP**. JOTA, São Paulo, 2022. Disponível em: [https://www.jota.info/coberturas-especiais/diversidade/brasil-registrou-277-mil-casos-de-stalking-contra-mulheres-em-2021-aponta-fbsp-28062022#:~:text=Em%202021%2C%20o%20pa%C3%ADs%20contabilizou,feira%20\(28%2F6\)](https://www.jota.info/coberturas-especiais/diversidade/brasil-registrou-277-mil-casos-de-stalking-contra-mulheres-em-2021-aponta-fbsp-28062022#:~:text=Em%202021%2C%20o%20pa%C3%ADs%20contabilizou,feira%20(28%2F6).). Acesso em: 14 jul. 2022.

HIRATA, Alessandro. **Direito à privacidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>. Acesso em: 31 jul. 2022.

JESUS, Damásio E. de. **Stalking**. Jus Navigandi, 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10846/stalking>. Acesso em: 15 nov. 2022.

LIMA, Carina Kelly Sales. **Stalking: a eficácia da medida protetiva após o advento da Lei nº 14.132/21**. Conteúdo Jurídico, 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/57724/stalking-a-eficacia-da-medida-protetiva-aps-o-advento-da-lei-n-14-132-21>. Acesso em: 15 nov. 2022.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ORTEGA, Pepita. **Pela 1ª vez no Brasil, Justiça põe vítima de stalking sob medidas protetivas**. Uol, 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/agencia-estado/2020/03/02/pela-1-vez-no-brasil-justica-poe-vitima-de-stalking-sob-medidas-protetivas.htm>. Acesso em: 15 out. 2023.

PEREIRA, Silvânia Farias. **A evolução do Direito Penal frente à necessidade de proteção da liberdade e privacidade: uma análise sobre a criminalização do stalking no Brasil**. Graduação em Direito - UniFG, Guanambi, BA, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/18566/1/TCC%20II%20Silvania%20Farias%20Pereira%20PDF.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

REIS, A. P. dos; PARENTE, B. V. **Stalking e violência contra a mulher: a necessidade de mecanismos jurídicos de proteção frente a um contexto de impunidade**. Humanidades e

Tecnologia em revista (FINOM). Ano XIV, vol 20 – Jan-jul. 2020.

SERRA, Ana Paula Ribeiro; REIS, Lis. **Os reflexos da tipificação do crime de stalking no Código Penal**. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-20/opiniao-reflexos-tipificacao-crime-stalking-cp>. Acesso em: 20 jul. 2022.

SOUZA, André de; MENDES, Adriana. **Crime de perseguição, o 'stalking', já tem milhares de queixas 9 meses após lei; veja casos.** O Globo, 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/seguranca-publica/crime-de-perseguiacao-stalking-ja-tem-milhares-de-queixas-9-meses-apos-lei-veja-casos-25263277>. Acesso em: 15 nov. 2022.

TRINDADE, Jorge. **Stalking: A perseguição implacável.** Disponível em: https://www.sbpj.org/materias/Stalking_...doc. Acesso em: 15 nov. 2022.

VEIGA, Ademir Jesus da. **O crime de perseguição insidiosa (stalking) e a ausência da legislação brasileira.** Cascavel: Coluna do Saber, 2007.

DIREITO TRABALHISTA: A UBERIZAÇÃO COMO FORMA DE TRABALHO E A PRECARIZAÇÃO DAS ATIVIDADES LABORAIS

MATHEUS HENRIQUE MAGALHÃES MATOS:

Discente do curso de Direito do Centro
Universitário de Santa Fé do Sul, UNIFUNEC¹⁴⁸

RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA

(orientador) 149

RESUMO: O trabalho em tela visa analisar o efeito da uberização como forma de trabalho e a precarização gerada nas atividades laborais. A discussão é desenvolvida acerca do que é o efeito da uberização, o que é a Uber e como isso vem tornando debilitada a atividade dos trabalhadores por aplicativo. Além disso, o objetivo desta pesquisa é evidenciar e comprovar a necessidade de atualização do ordenamento jurídico para acompanhar o desenvolvimento tecnológico, de forma que estes trabalhadores tenham seus vínculos empregatícios reconhecidos, assegurando assim melhores condições para realizarem suas labutas. A pesquisa aqui apresentada justifica-se pela importância do assunto tratado, que vem se destacando cada vez mais, além da necessidade de sua discussão tanto dentro quanto fora do meio acadêmico. A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste artigo foi a de revisão pautada em pesquisas bibliográficas, com apoio de artigos científicos, doutrinas, artigos e jurisprudências, por meio de um estudo qualitativo e descritivo.

Palavras-chave: Uber. Uberização. Trabalhadores. Atividades laborais.

ABSTRACT: The work on screen aims to analyze uberization as the effect of formed work and precariousness in work activities. The discussion is developed which is the effect of uberization, what is Uber and how does it weaken the activity of workers by application. In addition, the objective of this research is to highlight and verify the need to update the legal system to accompany technological development, so that these workers have their employment relationships recognized, thus ensuring the conditions to carry out their activities. The research presented here is justified by the importance of the subject discussed, in addition to the need for its discussion both inside and outside the environment that discusses more. The methodology used for the development of this

148 e-mail: ma7heus_ma7os@hotmail.com

149 E-mail: ricardogarciaadv@hotmail.com

article was a review based on bibliographic research, supported by scientific articles, doctrines, articles and jurisprudence, through a qualitative and descriptive study.

Keywords: Uber. Uberization. Workers. Work activities.

1 INTRODUÇÃO

O uso de inovações tecnológicas traz consequências que as sociedades vivenciam de diversas formas. Seja positivo ou negativo, seu impacto só pode ser estimado a partir da experiência empírica desse grupo.

Caso contrário, o ensaio de uma determinada situação muitas vezes permite analisá-la sob diferentes ângulos, como a chamada economia de multidão - a "economia do compartilhamento" - embora à primeira vista pareça mais ligada à própria economia, ao empreendedorismo ou ao consumidor mercado falando nisso, poder ter um impacto até então inimaginável pelos legisladores significa uma reflexão sutil, até porque, pode quebrar o paradigma.

Um exemplo dessa nova era de é a Uber, considerada uma das pioneiras em difundir a prestação de serviços no contexto do transporte privado urbano, contratação totalmente eletrônica por meio de um aplicativo, considerado um exemplo de empreendedorismo. A empresa atrai agentes que prestarão o serviço, os chamados "motoristas-parceiros", prometendo ganhos de capital e possivelmente horários flexíveis, que atuarão como contratados para que os usuários do serviço da empresa solicitem viagens.

Ao assimilar essa discussão no âmbito do direito do trabalho, alguns autores arriscam-se a categorizar a natureza jurídica da relação estabelecida entre a empresa de aplicativos e o motorista-parceiro prestador do serviço, mas ainda se referem a esse tipo de relação. Autocaracterísticas, como a "Uberização das relações de trabalho", referem-se não apenas às relações que a Uber estabeleceu com seus parceiros, mas também aos tipos de relações estabelecidas por meio do uso de tecnologias disruptivas.

Neste contexto, e precisamente para compreender a relevância deste tema, serão apontados os principais modelos de negócio insurgentes e as novas formas de exploração do trabalho na "economia da partilha". Nesse sentido, será traçado o caso do aplicativo Uber como ponto de partida para a interface principal que constitui essa relação.

Em seguida, haverá reflexões sobre a natureza jurídica da relação estabelecida entre empresa-pedido *versus* motorista-parceiro, e como o judiciário trabalhista brasileiro tem posicionado o assunto diante da ação movida. Por outro lado, será analisado o impacto que esse entendimento pode ter nos parceiros que executam os serviços prestados por tais empresas.

Será utilizado como instrumento de pesquisa, como condição de entrada para os sócios da empresa e como ferramenta de análise do desempenho dos serviços que prestam, e do grau de eficiência que assumem, para que, caso existam, possam ser identificados, enfrentados pelos sujeitos empregados pelos riscos do modelo e a necessidade de proteção.

Assim, no contexto das contribuições teóricas e das normas internacionais sobre a precariedade do trabalho, por meio de pesquisa qualitativa, buscamos respostas para as seguintes questões de pesquisa, com base em uma abordagem dialética: economia? Formas de exploração do trabalho, sujeitos precários que evitam o trabalho humano?

Embora este tenha sido objeto de debate recente, as contribuições doutrinárias canônicas são cruciais para definir a condição desses trabalhadores. Além disso, material publicado em livros, artigos científicos e investigações de dispositivos legais relacionados ao tema contribui efetivamente para o enfrentamento das questões levantadas. O aspecto saliente é o aspecto jurídico e social, pois o assunto vai além dos textos legais e envolve uma questão de âmbito internacional.

2 NOVAS FORMAS DE TRABALHO

2.1 Historicamente

O conceito de trabalho humano passou por diversas transformações ao longo da história. Nos tempos primitivos, as atividades laborais significavam a sobrevivência e reprodução das espécies. A partir do agrupamento de indivíduos e do surgimento da civilização, naturalmente surgirão as disputas por território e poder político, resultando na luta de um país, de modo que o vencedor da guerra tenha o direito de conquistar o perdedor. Assim nasceu o trabalho escravo, e sua característica essencial que é a exploração dos indivíduos. As pessoas escravizadas são consideradas propriedade pessoal.

A sociedade feudal também se orientava para a sociedade de castas e para a escravização pessoal semelhante à escravidão, com a diferença de que a exploração dos servos era realizada através da propriedade das terras pertencentes aos senhores feudais; diferentemente dos escravos, os servos não eram propriedade de seus proprietários, apenas terras. No final da Idade Média, com o desenvolvimento da cidade, surgiram novas formas de organização do trabalho, como as guildas compostas por mestres artesãos, companheiros e aprendizes, respectivamente estabelecidas em ordem hierárquica.

O advento da Revolução Industrial afetou diretamente os métodos de produção e a organização do trabalho. O capital se desenvolve a partir da exploração da mais-valia,

que permite aos proprietários dos meios de produção possuir trabalhadores de modo que a quantidade de trabalho e energia liberada para produzir determinada mercadoria seja maior do que o tempo necessário para ganhar um salário equivalente. Além disso, o taylorismo e o fordismo introduziram no setor industrial uma forma de organização do trabalho baseada no espectro científico, em que se buscava uma maior racionalização da jornada de trabalho, reduzindo o tempo improdutivo dos trabalhadores.

No entanto, os sistemas taylorista e fordista não conseguiram acompanhar as mudanças ocorridas em todo o mundo. As inovações tecnológicas e a crescente adesão às políticas neoliberais forçaram o capital a realinhar e reestruturar as cadeias produtivas. Dessa forma, o toyotaísmo surge como resposta do capital aos entraves à ordem mais diversa em edição, como restrições à duração da jornada de trabalho e organização sindical. Essa forma de organização do trabalho descentraliza as etapas da produção, possibilitando maior descentralização e promovendo um sistema mais flexível.

O século XXI trouxe a recapitalização, e o aumento do campo da comunicação e a transmissão de dados criou uma nova dimensão da produção capitalista. A razão pela qual as relações industriais na sociedade em rede estão em jogo é precisamente porque a inovação tecnológica não é para o bem-estar dos trabalhadores, mas para o benefício do capital, porque o investimento em tecnologia é facilitado pelo investimento dos capitalistas.

2.2 Explorando novas formas de trabalhar na chamada 'Economia Compartilhada'

Ao falar de qualquer afirmação que envolva a sociedade contemporânea, é preciso compreender o que se sucumbe à segunda posição. Perder é como futebol: um final alternativo pode ser oferecido. Na verdade, o que a primeira leitura proporcionará é uma tentativa de descrever a chamada 'economia do compartilhamento', ao mesmo tempo em que é preciso entender como se apresenta a dinâmica dessa situação.

Tudo o que foi tocado pelo poder da globalização foi transformado ou ressignificado por ela. As constantes mudanças no comportamento e no modo de vida das pessoas têm impacto direto no sistema mundial. O desenvolvimento da tecnologia aproxima o mercado e também oferece oportunidades de conexão e interação entre os usuários.

Os planos de negócios estão se afastando dos modelos de negócios tradicionais em favor de configurações mais simplificadas e colaborativas. A 'economia de compartilhamento' é alimentada por avanços tecnológicos que reduzem o custo das transações ponto a ponto, ou P2P. O conceito de Silveira et al. (2016) propõe de forma mais objetiva um sistema socioeconômico construído em torno do compartilhamento de recursos humanos e materiais.

O consumo na economia compartilhada é baseado em pessoas que trabalham colaborativamente, compartilham ideias e práticas. O modelo de negócio, produto dessa tendência, confirma a ideia de consumo voltado à redução de custos. A economia compartilhada aparece como pretexto para reduzir as desigualdades herdadas pelas sociedades de consumo tradicionais e individualistas.

O objetivo deste tópico é, em primeiro lugar, revelar que várias seções têm abraçado essa ideia, reconhecendo que as relações de consumo não se limitam mais à compra e venda ou à contratação e prestação de serviços. Para isso, serão apresentados três potenciais modelos de negócios que parecem não sair do mercado tão cedo.

O Airbnb está vinculado à Lei de Proteção ao Consumidor. É justo dizer que essas plataformas competem com hotéis e até com grandes redes hoteleiras. Ele remove a ideia de que existe um relacionamento contínuo de entrega de serviços. Fornecer a priori uma facilidade que deve satisfazer apenas uma determinada condição.

Plataformas digitais como o Mercado Livre, onde as empresas podem encontrar seus produtos, pagar pelo produto e enviá-lo pelo correio – viabilizando o business-to-business. As plataformas OLX e Enjoei são exemplos de como funciona a dinâmica quando o ponto de fusão é o indivíduo. Diante da crescente exploração econômica, esses modelos de negócios criam um artil para a sociedade que parece derrubar o modelo clássico de negócios de produtos.

A ideia é basicamente contratar um motorista para te levar ao seu destino. O serviço é semelhante ao de um taxista profissional, mas com um preço mais acessível. Esta seção tem modelos, como 99POP, Cabify, Lyft e Uber. Não está claro se essas plataformas estão isentas da lei.

A economia compartilhada visa fazer o melhor uso dos recursos de forma sustentável. A Uber oferece um meio de transporte acessível e fácil de alugar que torna a propriedade do veículo menos favorável e confortável em relação ao uso desses serviços. Ao contrário dos modelos anteriores, há dois pressupostos a considerar ao tentar analisar a natureza jurídica da relação.

2.3 Definindo o aplicativo Uber

A melhora na economia dá mais acesso aos smartphones. Isso, somado à ampliação do acesso à tecnologia, gera mais interação nas redes sociais. Quanto mais interação e acesso, mais informações estarão disponíveis para os consumidores. Uma má impressão da rede social de uma empresa pode gerar uma impressão negativa do negócio como um todo.

A chamada economia do compartilhamento visa promover a solidariedade social. Permite que produtos e commodities subutilizados ou não utilizados tenham algum destino, taxas reduzidas ou possível renda para o proprietário. O ponto chave é a remuneração econômica dos intermediários (MELO, 2017).

Este conhecido aplicativo foi criado pela multinacional americana Uber Corporation, fundada em San Francisco, Califórnia em 2009 por Garrett Camp e Travis Kalanick como UberCab. A Uber é uma empresa de tecnologia cujo objetivo é conectar passageiros que buscam transporte pessoal de qualidade, conveniente e personalizado e dar aos motoristas desempregados a oportunidade de ganhar dinheiro extra com seus veículos.

Atualmente, a Uber opera em várias cidades de grande e médio porte no Brasil. O crescimento de viagens em 2018 foi registrado em 45% em relação a 2017. O motorista não pode ser substituído por outra pessoa, mesmo que ocasionalmente, e não pode utilizar veículos diferentes dos homologados no processo. O serviço está disponível no Rio de Janeiro, Goiânia, São Paulo e Curitiba.

Sua busca e cadastro de clientes são realizados diretamente pela plataforma, não envolvendo os processos associados aos trabalhadores motoristas que irão realizar o serviço de transporte. Essa ativação do Uber entre clientes e motoristas se enquadra em um modelo econômico chamado sob demanda. O objetivo é encontrar uma forma mais eficiente de migrar em grandes cidades com alto grau de urbanização.

Signes (2017) afirma que a economia *on demand* é um modelo de negócio em que as novas tecnologias na Internet permitem que as plataformas virtuais tenham muitos provedores de serviços que aguardam solicitações de serviços dos consumidores.

Em outras palavras, contratar funcionários de acordo com as necessidades do negócio é uma mudança da estrutura corporativa tradicional baseada no emprego de longo prazo dos trabalhadores. Em conclusão, vale destacar esse fenômeno de Uberização nas plataformas digitais, conforme demonstrado a seguir.

2.4 Plataformas digitais e a promoção da uberização

Uber é uma plataforma digital desenvolvida pela empresa americana UBER para fornecer às pessoas serviços de transporte pessoal. As empresas que desenvolvem essas plataformas exploram mão de obra fora da legislação trabalhista, como a Uber. O que se observa na prática é uma distorção do verdadeiro propósito da economia compartilhada, onde as empresas utilizam esse discurso como propósito compartilhado e vantagem mútua.

O ponto central das plataformas digitais relacionadas aos motoristas da Uber é que um grande número de prestadores de serviços pode aguardar as solicitações de serviços diretamente dos consumidores. Essas classificações, dadas pelos clientes da plataforma, vão diretamente para a Uber, não para seu provedor de serviços. Também é impossível escolher o motorista que realiza o serviço, pois é uma plataforma para orientar e orientar o motorista mais próximo do cliente.

Segundo Signes (2017), o trabalhador deixa de ser estável no contexto do mundo virtual porque é indenizado por demissão imotivada na empresa ou contratualmente. A aglomeração de participantes nas referidas plataformas, e a enorme concorrência que surge entre os trabalhadores, resultaram numa queda significativa do valor, possivelmente para um nível de vida mínimo ou inferior.

Vale ressaltar que essa contratação entre a empresa e o motorista que presta o serviço é feita por tarefa e pode durar apenas alguns minutos. Não há garantia de trabalho no dia seguinte, é uma atividade arriscada e pode haver 'sequestro' do seu cliente. Uber leva os recursos autônomos dos clientes, impossivelmente a mesma atividade para os trabalhadores.

Outro ponto a ser mostrado é a relação de pagamento destas empresas para com seus parceiros, visto que cada vez mais as empresas de aplicativo vêm tornando este vínculo desigual e exploratória. Anteriormente a Uber cobrava o percentual fixo de 25% por corrida de seus motoristas, enquanto a 99 táxi já chegou a cobrar o valor fixo de 12,99% por corrida, todavia atualmente ambas as empresas já declararam em depoimento para CPI dos aplicativos que não possuem mais taxas fixas, e que seus ganhos podem chegar até 40% por corrida. Inclusive durante esta CPI foram apresentados *prints* de tela que mostravam algumas corridas com taxas superiores a 40% por parte da 99 táxi.

3 LEGISLAÇÃO VIGENTE

3.1 Lei 13.640/2018

O Decreto 13.640/2018 foi editado sob pressão do setor social relacionado ao setor de táxi. A Uber, em campanha publicitária, definiu o projeto como a 'lei da frustração'. A lei não exige que um carro para aplicativos de transporte tenha placa vermelha, como é o caso dos táxis.

Art. 11-B: O serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei, nos Municípios que optarem pela sua regulamentação, somente será autorizado ao motorista que cumprir as seguintes condições:

- I – Possuir carteira nacional de habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce sua atividade remunerada;
- II – Conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal;
- III – Emitir e manter o certificado de registro e licenciamento de veículo (CRLV);
- IV – Apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

Uma vez atendidos esses requisitos e condições, a campanha será padronizada e o aplicativo poderá ser utilizado em cidades brasileiras. No final, a campanha publicitária lançada pela Uber atingiu seu objetivo. A empresa conseguiu divulgar sua campanha no país e, por meio do aplicativo, conseguiu eliminar questões de legislação trabalhista no setor privado. De acordo com o Art. 442-B incluído pela Lei nº 13.467, de 13 de Julho de 2017, “A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação” (Brasil, 2017).

A relação motorista-emprego da Uber está reverberando cada vez mais em todo o mundo, com sucesso e fracasso. Empresas, esse entendimento ainda não está acordado, e no Brasil não é diferente. É imprescindível trazer o conceito jurídico de empregado para sua arte, conforme nossa CLT. De acordo com o Art. 3º do Decreto Lei nº 5.452, de 01 de Maio de 1943, “É toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (Brasil, 1943).

Para Delgado (2014), o conceito de empregado é qualquer indivíduo que, tácita ou expressamente, presta serviços a um devedor. O trabalho da pessoa física é necessário para a prestação de tais serviços, por outro lado, deve haver uma pessoa jurídica ou pessoa física como empregadora.

O motorista tem total liberdade de escolha no dia e horário em que a atividade foi realizada, o motorista utilizou seu próprio veículo, a maior parte do dinheiro recebido ficou com ele. A Uber é responsável pelo trabalho precário de não contratar motoristas como funcionários, argumentos relacionados à existência de controle sobre as empresas.

A autodefinição proposta pela empresa não se impõe na prática, e a competência laboral é baseada na realidade. Um contrato de trabalho é um contrato realista, que pode ser obtido analisando os elementos de relacionamento que existem entre as partes em

circunstâncias específicas. Há também questões onerosas no vínculo empregatício do motorista, já que ele conduz o veículo para recolher o custo do transporte.

A Uber não define um horário para os motoristas, e a regularidade da entrega do serviço pode acabar faltando. A Uber tem total controle sobre a duração do trabalho do prestador de serviço em sua estrutura. A demonstração do Uber da clássica exploração do trabalho para seus fins econômicos, o faz por meio de uma nova forma de intermediação. Utilizar sistemas criados pelas novas tecnologias de informação e comunicação.

De acordo com a teoria clássica, quanto mais pedidos um trabalhador recebe, mais controle a empresa tem sobre a prestação de serviços. Por outro lado, a teoria objetiva reconhece o status subordinado do trabalhador e aliena sua força de trabalho para garantir seu sustento trabalhando para os outros. A teoria das possíveis estruturas de filiação encontra-se bastante expandida na jurisprudência nacional. Ajuda a entender a relação que existe entre a Uber e os motoristas.

Os motoristas do Uber devem usar roupas sociais e evitar conversas com clientes. É proibida a publicidade e a entrega de cartões nos carros. A forma de remuneração do trabalho é um elemento que representa claramente a filiação do motorista. A Uber alega não exercer controle direto sobre as horas dos motoristas ou impor limites mínimos e máximos de trabalho.

3.2 Lei 14.297/2022

Publicação da Lei nº 14.297, de 5 de janeiro de 2022 (DOU 01/06/2022), que estabelece regras emergenciais para proteção dos prestadores de serviços de aplicativos durante a emergência de saúde pública causada pela pandemia de covid-19.

Pelas novas regras, as empresas de aplicativos de correio devem informar os correios sobre os riscos do coronavírus que causa a covid-19 e os cuidados necessários para prevenir o contágio e evitar a propagação da doença. Além disso, como medida preventiva, tais empresas devem fornecer aos entregadores itens como máscaras, álcool gelatina ou outros materiais saneantes para proteção individual durante o período de trabalho, o que pode ser feito por transferência ou reembolso de despesas.

Outra obrigação da empresa solicitante de entrega é a necessidade de um seguro de acidentes sem franquias em benefício do entregador, cobrindo especificamente os acidentes ocorridos durante a retirada e entrega do produto. O seguro deve cobrir acidentes pessoais, invalidez permanente ou temporária e morte. Em caso de acidente, se o entregador prestar serviços a mais de uma empresa de aplicação de entrega, a

indenização deverá ser paga pela seguradora contratada pela empresa que prestou serviços ao trabalhador no momento do acidente.

A nova lei também exige que os entregadores recebam assistência financeira paga pela empresa requerente caso sejam diagnosticados com covid-19, com base na média dos últimos três meses de pagamentos que o entregador recebeu durante o período inicial. período de 15 dias. Este período pode ser estendido por dois períodos consecutivos de 15 dias, desde que seja fornecido um teste de RT-PCR ou relatório médico confirmando a persistência da doença.

A nova lei também impõe uma obrigação às empresas que fornecem produtos ou serviços a serem entregues, que devem permitir ao entregador utilizar as instalações sanitárias do seu negócio e garantir ao entregador o acesso à água potável.

Tanto a empresa do aplicativo de entrega quanto o fornecedor do produto ou serviço devem utilizar prioritariamente a forma de pagamento pela Internet.

Para o descumprimento por empresas de courier ou empresas que utilizam serviços de courier, a nova lei prevê multas de advertência e, em caso de reincidência, multa administrativa de R\$ 5.000 por infração.

A nova lei entrou em vigor e só é válida durante a emergência de saúde pública causada pelo coronavírus responsável pela covid-19 em território nacional.

4 CONCLUSÃO

A Uberização do trabalho é um exemplo prático de como a inovação tecnológica não está melhorando o ambiente de trabalho, mas piorando-o. A instabilidade é um dos resultados da inovação tecnológica que afeta diretamente os campos social e jurídico. Para o capital, a mais-valia é uma de suas precondições básicas para a manutenção de um sistema econômico, de modo que é possível, se necessário, abrir mão do controle sobre os meios de produção para perpetuar o sistema. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que as plataformas digitais proporcionam aos governos cibernéticos maior autonomia para escolher quando e quanto trabalham, também transferem para ela todos os custos da condução da atividade econômica. Esse comportamento está de acordo com a lógica do capitalismo de aumentar a mais-valia, que é justamente reduzir o risco das empresas e gerar mais lucros.

Enquanto o argumento de que os governantes da rede são livres para definir quando e como sua jornada ocorre, não aborda como o serviço é realizado, o argumento de que o provedor é apenas um colaborador técnico é falacioso, pois na verdade é por meio de um algoritmo Operado impor poderes disciplinares aos trabalhadores, ofuscar a realidade e invisibilizar os fatos.

Diante desse novo modelo de negócio, a subordinação jurídica como pré-requisito para a relação de trabalho é cada vez mais relativizada. O direito, como ciência dinâmica, não acompanha as mudanças sociais na mesma velocidade, deixando um espaço de tempo para a desregulamentação. Por isso, a judicialização tornou-se a única solução possível para proteger os direitos trabalhistas.

Nesse sentido, o reconhecimento judicial das relações de trabalho entre governantes online e plataformas digitais é uma tendência em curso. No entanto, a Uberização do trabalho, justamente por se tratar de interesse de capital, não foi reprimida pela jurisprudência.

A uberização dos empregos em todo o país torna-se uma questão social, pois as empresas de tecnologia oferecem uma alternativa aos empregos diante do alto desemprego e dos baixos níveis de educação e especialização, e os indivíduos não reclamam de resguardar direitos se não houver empregos, porque perdeu o trabalho dele. A lógica é simples, a propaganda das políticas neoliberais é: "ou você tem direitos ou você tem empregos".

A análise jurídica da existência de vínculo empregatício entre governantes online e plataformas digitais envolve o confronto com os pressupostos previstos no art. Os 3 artigos da CLT são subordinação de personalidade, onerosa, costumeira e legal. Nesse viés, entende-se que quando uma plataforma digital seleciona um controlador de rede capaz de utilizar o aplicativo, a personalidade é confirmada para realizar uma espécie de entrevista de emprego virtual que exige que o controlador de rede forneça documentação que comprove sua integridade. A inconveniência surge quando os pagamentos por serviços prestados por estados online são amplamente controlados por plataformas digitais; os clientes que solicitam serviços não pagam diretamente à rede, mas pagam à plataforma uma porcentagem do valor a ela.

Os hábitos se configuram quando as plataformas digitais induzem o cibertariado a permanecer online o maior tempo possível; a todo momento, alguém estará disposto a prestar o serviço desejado. Nesse sentido, a prática de bônus por longas jornadas de trabalho ou mensagens indicando alta demanda dos clientes é a prática de influenciar as decisões do governo online de permanecer online nas plataformas digitais o maior tempo possível.

Por fim, a organização algorítmica realizada pela plataforma digital possui filiação jurídica, utilizando assim indiretamente o poder disciplinar, ou seja, a plataforma digital utiliza meios técnicos para orientar e organizar a forma de prestação de serviços que será desenvolvido pelo cybertariado. Categorizar o cybertariado por classificação é a prova, pois

se o cybertariado não obtiver uma classificação superior à plataforma definida, ele se desconectará automaticamente do serviço.

Além disso, as longas jornadas enfrentadas pelo trabalho online, os direitos desproporcionais contidos nos contratos civis individuais de trabalho e a jurisprudência sobre o assunto permanecem sem solução.

Conclui-se assim que as empresas online de transporte de passageiros e/ou encomendas através de plataformas digitais conseguem demonstrar que o intermediário que liga os clientes aos fornecedores não é, por si só, suficiente para descaracterizar a relação laboral. As plataformas digitais, por sua vez, são responsáveis por definir unilateralmente o valor de um serviço, além de contratar e cadastrar usuários. Além disso, é importante ressaltar que o poder disciplinar é exercido por meio de algoritmos de forma encoberta, exposto por meio de penalidades decorrentes de baixo desempenho e notas obtidas pelos governantes da rede. Diante do exposto, reconhece-se a urgência da legislação para garantir empregos decentes, vagas de emprego e todos os direitos que dela decorrem ao mesmo tempo.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Casa Civil. Lei nº 8.078, de 11 de

Delgado, Maurício Godinho. (2014). Curso de direito do trabalho. 13. ed. São Paulo: LTr.

GORENDER, Jacob. **Globalização, tecnologia e relações de trabalho**. Estudos avançados. São Paulo: Scielo, v. 11., n. 29., p. 311-361, jan.-abr. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000100017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 set. 2018.

KRAMER, Josiane Caldas. A economia compartilhada e a uberização do trabalho: utopias do nosso tempo? 2017. 129 f. **Dissertação de mestrado** (Curso de Pós- Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

MARTINS, R. S. Terceirização – os limites da responsabilidade do tomador de serviços. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista154/terceirizacao-os-limites-da-responsabilidadedo-tomador-de-servicos/#_ftn13. Publicado em: 01/11/2016. Acesso em: 30 maio 2021.

MELLER-HANICH, Caroline. Economia compartilhada e proteção do consumidor. Tradução livre: Ardyllis Soares. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Ed. RT, v. 105. a. 25. p. 19-31, mai.-jun. 2017.

MELO, Geraldo Magela. MELO, Geraldo Magela. A uberização do trabalho doméstico. Limites e tensões. In: Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano -a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. Coordenadores: LEME, Ana Carolina Reis Paes et al. São Paulo: Ltr, 2017. Acesso em: 29 maio 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 21. ed. São Paulo: LTr, 2006a.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2015.

SIGNES, Adrián Todolf. O mercado de trabalho mercado de trabalho no século XXI: on-demandeconomy, crowdsourndng e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. In: Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano – a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. Tradução: LEME, Ana Carolina Reis Paes e CARSALADE, Carolina Rodrigues. Coordenadores: LEME, Ana Carolina Reis Paes et al. São Paulo: Ltr, 2017. Acesso em: 29 maio 2020.

SILVEIRA, Lisilene Mello da; PETRINI, Maira; SANTOS, Ana Clarissa Matte Zanardo dos. **Economia compartilhada e consumo colaborativo**: o que estamos pesquisando? Revista de Gestão. São Paulo: Elsevier, p. 298-305, 2016.

VERBICARO, Denis; PEDROSA, Nicolas Malcher. O impacto da economia de compartilhamento na sociedade de consumo e seus desafios regulatórios. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Ed. RT, v. 113, a. 26, p. 457-482, set.-out. 2017.

EXECUÇÃO TRABALHISTA: CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS SOBRE A EFICÁCIA E JUSTIÇA DE SEUS PRINCIPAIS INCIDENTES PROCESSUAIS

GUILHERME FELIPE PEREIRA DA SILVA:
Graduando em Direito da Una/BH Campos Barreiro.

DIEGO CAMPOS VIEIRA

INGRID ORNELAS TRINDADE

POLLYANY CHRISTINA DE PAULA PEREIRA

(coautores)

RESUMO: Este trabalho de conclusão de curso tem como tema: Execução Trabalhista-considerações práticas sobre a eficácia e justiça de seus principais incidentes processuais. O seu objetivo é discorrer sobre os principais incidentes processuais da execução trabalhista com visão crítica, buscando, sempre, a análise da eficácia, justiça e equilíbrio dos atos processuais praticados, investigando possíveis casos em que possa ocorrer danos às partes. O referencial metodológico utilizado foi o descritivo, pois buscou-se descrever incidentes processuais e sua repercussão no processo trabalhista, analisando-se, ainda, a repercussão de tais atos no patrimônio das partes e terceiros. Utilizou-se, neste artigo científico, pesquisa qualitativa, buscando-se a compreensão dos atos processuais praticados na execução trabalhista a partir de sua explicação e respectiva motivação. Como resultado da pesquisa, podemos afirmar que a execução trabalhista pode ser injusta, desproporcional e ineficaz em certos casos, dispensando tratamento injusto a terceiros, tornando-se ineficaz na busca de garantias efetivas do crédito trabalhista e, por fim, poderá causar danos materiais às partes processuais em caso de erro de procedimento, o que poderia ocorrer, por exemplo, em caso de erro na avaliação judicial.

Palavras-chave: Execução Trabalhista. Incidentes Processuais. Eficácia dos Atos Processuais.

ABSTRACT: This course conclusion work has as its theme: Labor Execution - practical considerations on the effectiveness and justice of its main procedural incidents. Its objective is to discuss the main procedural incidents of labor execution with a critical view, always seeking to analyze the effectiveness, justice and balance of the procedural acts performed, investigating possible cases in which damages to the parties may occur. The methodological framework used was descriptive, as it sought to describe procedural incidents and their impact on the labor process, also analyzing the impact of such acts on the equity of the parties and third parties. Qualitative research was used in this monograph, seeking to understand the procedural acts practiced in labor execution based on their

explanation and respective motivation. As a result of the research, we can say that labor enforcement can be unfair, disproportionate and ineffective in certain cases, dispensing unfair treatment to third parties, becoming ineffective in the search for effective guarantees of labor credit and, finally, may cause material damage to companies. procedural parties in the event of a procedural error, which could occur, for example, in the event of an error in the Judicial assessment.

Keywords: Labor Execution. Procedural Incidents. Efficacy of Procedural

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o seguinte tema: Execução Trabalhista – considerações práticas sobre a eficácia e justiça de seus principais incidentes processuais.

O tema proposto tem relevância jurídica. O crédito trabalhista consubstanciado na decisão transitada em julgado pode ser entregue pelo Reclamado espontaneamente. Desta forma, encerra-se o processo. Quando isto não ocorre, no entanto, torna-se necessário a execução do julgado, fase complexa e desafiadora do processo trabalhista.

O tema abordado tem expressivo alcance prático. É matéria que desperta o interesse do profissional do Direito que tem na fase executiva um grande desafio na busca de bens e direitos que possam garantir o efetivo recebimento do crédito consubstanciado na fase cognitiva ou na defesa de uma cobrança na justa medida e que não afete a sobrevivência do devedor.

Busca-se, neste trabalho, uma abordagem cujo foco é a eficácia e a justiça da execução trabalhista.

A execução deve ser eficaz pois o exequente não deseja ter em suas mãos apenas um título judicial sem repercussão financeira. Em outras palavras, o credor espera receber o valor líquido da sentença transitada em julgado a seu favor ou o valor ajustado em acordo homologado pela Justiça. Ocorre, no entanto, que nem sempre a execução é satisfatória, não conseguindo o exequente receber pelo seu direito trabalhista reconhecido ou acordado na Justiça do Trabalho. É o que ocorre quando não se consegue localizar bens do devedor ou mesmo quando não há licitantes interessados nas hastas públicas dos bens penhorados. Nos termos do que nos ensina Pinto Martins (2023), a execução trabalhista acaba sendo uma angústia para o credor. Com o fim de minimizar a angústia do credor trabalhista, deve o Poder Judiciário, portanto, atuar para a eficácia da execução e a satisfação do crédito do exequente.

A execução deve ser justa pois não se deve onerar em excesso o patrimônio do devedor, nem alcançar bens de terceiros de boa-fé que não participaram da relação processual, não sendo, estes últimos devedores do credor trabalhista. A avaliação judicial dos bens constrictos, outrossim, deve ser exata, não devendo trazer prejuízo ao devedor ou enriquecimento sem causa para o credor trabalhista. Não se vislumbra justiça em alguns procedimentos processuais como é o tratamento que, eventualmente, possa se dar ao condômino de bem imóvel indivisível que não foi parte da relação processual, que tem seu patrimônio penhorado e levado à hasta pública, recebendo sua parte no referido imóvel, mas tendo, por vezes, que deixar o imóvel que era de sua propriedade contra sua vontade.

Situações como as mencionadas acima serão tratadas neste trabalho, com o necessário detalhamento, tendo-se por escopo provocar a análise e reflexão sobre o tema proposto que, reiteramos ser de interesse dos profissionais do Direito e de expressiva utilidade acadêmica.

2 EXECUÇÃO TRABALHISTA - DA EFICÁCIA DOS ATOS EXECUTIVOS

O Poder Judiciário mantém convênios com vários órgãos públicos e privados para a prática de consultas e efetivação de atos judiciais de constrição, sempre, visando uma maior eficácia na localização e bloqueio de ativos do devedor. Desta forma, utilizando-se de plataformas digitais, o Judiciário Brasileiro pode, eletronicamente, praticar vários atos tais como: a) consultas para a localização das partes e de ativos dos devedores; b) registros de impedimentos de veículos automotores visando impossibilitar a transferência ou o livre trânsito de tais bens; c) bloqueio e transferência para conta judicial de valores encontrados em contas ou aplicações dos devedores; d) a indisponibilidade de bens imóveis restringindo a livre transferência destes ativos; e) envio de ofícios diversos à repartições públicas para a ciência e prática de providências que interessem ao processo em andamento.

Enumeramos, a seguir, algumas ferramentas eletrônicas que são utilizadas pelo Judiciário Brasileiro na busca de uma maior eficácia dos atos executivos. Estas plataformas digitais são de uso de todo o Sistema Judiciário, embora alguns sistemas interessem especialmente à Justiça do Trabalho.

01 – CAGED/RAIS – MTE - Cadastro Geral de Empregados e Desempregados/Relação Anual de Informações Sociais - Ministério do Trabalho e Emprego – Sistema utilizado pela Justiça do Trabalho para comprovação de vínculo de relação de emprego, tempo de serviço prestado pelo trabalhador, endereço de empregadores. O CAGED foi criado como registro permanente de admissões e demissões e é utilizado pelo Programa de Seguro-Desemprego e outros programas sociais (MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA – 2015).

02 – CCS – Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional – Fonte importante de consulta, pois neste sistema pode se obter a relação de instituições financeiras com as quais o devedor possui algum tipo de relacionamento. Pode-se pesquisar, também, a existência de procuradores constituídos, autorizados a efetuar transações bancárias em nome do devedor. Este sistema não é utilizado para pesquisa de valores, prestando-se para a investigação de onde o executado mantém relacionamentos financeiros ou se está utilizando, fraudulentamente, terceiros para movimentações de numerário de sua propriedade, registrados, indevidamente, no nome daqueles. O CCS foi criado pela Lei Número 10.701/2003, que determinou ao Banco Central a manutenção de um cadastro de correntistas e cliente de instituições financeiras, bem como de seus procuradores. (BACEN - 2023)

03 – JUCEMG – Junta Comercial do Estado de Minas Gerais – Sistema que possibilita a consulta dos atos constitutivos (contrato social, estatuto social), bem como eventuais alterações contratuais, obtendo-se, assim, informação de quem são os titulares da pessoa jurídica demandada em juízo (JUCEMG-2023)

04 – CNIBB – Central Nacional de Indisponibilidade de Bens – Sistema que se destina a processar as indisponibilidades de bens decretadas por Magistrados ou Autoridades Administrativas. O registro da indisponibilidade de bens impede a transferência de bens em nome do devedor, buscando-se, assim, uma real garantia da execução. O CNIB foi criado e regulamentado pelo Provimento Número 39/2014, da Corregedoria Nacional de Justiça e tem a função de integrar todas as indisponibilidades de bens decretadas por Magistrados e por Autoridades Administrativas (CNJ- 2023).

05 – CRI-MG – Sistema relacionado ao Serviço Registral de Imóveis do Estado de Minas Gerais – Possibilita a consulta e o registro de atos constritivos diretamente na respectiva matrícula do imóvel objeto de arresto ou penhora. Este sistema representa ferramenta jurídica útil e eficiente e possibilita a pesquisa eletrônica de bens e direitos, a obtenção de Matrícula de Imóveis Online, bem como certidões eletrônicas sobre determinados imóveis (CRI-MG-2023).

06 – RENAJUD – Restrições Judiciais sobre Veículos Automotores – Valiosa ferramenta eletrônica utilizada pela Justiça do Trabalho. Este sistema é utilizado para verificar a existência de veículos em nome do devedor(consulta), bem como também é utilizado para o registro de restrições sobre os veículos localizados que podem ser: a) restrição de transferência que impede a venda do veículo restrito; b) restrição de licenciamento que impede a emissão de novo licenciamento do veículo objeto de constrição, deixando o veículo em questão em situação irregular, sujeito a apreensão pela força policial; c) restrição de circulação que é denominada restrição total que impede o

registro de mudança de propriedade, a emissão do licenciamento anual, bem como a circulação do veículo objeto da restrição total. O sistema RENAJUD também pode ser utilizado para o registro de penhora determinada em processo judicial. Segundo a informação oficial, o sistema RENAJUD é uma ferramenta on-line de restrição judicial de veículos criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) (CNJ-2023).

07 – RIJUD – Registro de Informações Judiciais – Minas Gerais – Sistema equivalente ao RENAJUD, que tem abrangência nacional, enquanto o RIJUD tem alcance estadual. O diferencial do sistema RIJUD consiste na disponibilidade de outras ferramentas que não existem no RENAJUD, tais como a consulta de restrições bancárias (alienação fiduciária) e o registro do histórico total do veículo desde a primeira venda da fábrica com o nome do comprador e a data da transação comercial (DETRAN-MG – 2023).

08 – SERASA-JUD – Sistema que é utilizado pelo Judiciário Nacional para o registro de restrição comercial do devedor que não garantiu débito exequendo. Esta ferramenta eletrônica permite o encaminhamento de ordens judiciais por meio eletrônico, agilizando a prestação de informações à Justiça (SERASA EXPERIAN-2023).

09 – SIMBA – Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias – Sistema que auxilia na análise dos dados financeiros oriundos de quebras de sigilo decretadas judicialmente. Segundo a informação oficial, no âmbito do TST, o SIMBA atende às requisições de afastamento de sigilo bancário solicitadas pelos Juízes do Trabalho (TST-2023).

10 – SISBAJUD – Sistema que interliga o Judiciário ao Banco Central e às instituições financeiras. É utilizado para a solicitação de informações sobre os ativos financeiros mantidos nas instituições financeiras, bem como o envio de ordens judiciais de bloqueio de valores e transferência para conta judicial à disposição do Juízo que determinou a respectiva ordem. Pode também ser utilizado para a pesquisa de endereço das partes processuais, pois o Sistema Financeiro exige tal informação para a abertura de contas bancárias. Esta ferramenta visa reduzir os prazos de tramitação dos processos e aperfeiçoar a prestação jurisdicional (CNJ-2023).

Apesar de todo este aparelhamento tecnológico, nem sempre os atos executivos conseguem alcançar o seu principal objetivo: localizar e fazer a constrição de bens e direitos do devedor que se recusa a pagar o débito exequendo. Nem sempre, portanto, os atos executivos são eficazes.

Em algumas consultas, a pesquisa tem resultado negativo. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando o devedor não possui relacionamento bancário, inexistindo contas bancárias em seu nome. Em outras situações, a pesquisa retorna com resultado insuficiente,

o que ocorre quando o saldo financeiro localizado em estabelecimentos bancários é insuficiente para a plena garantia da execução.

A pesquisa também pode ser inútil nos casos em que se localizam ativos do executado, mas com o registro de restrições judiciais ou financeiras que impedem a constrição de tais bens, como é o caso do registro de impedimentos judiciais ou financeiros (alienação fiduciária) com relação à veículos automotores e indisponibilidade de bens que podem onerar ativos imobiliários.

Como se vê, portanto, as ferramentas jurídicas eletrônicas utilizadas pelo Poder Judiciário não garantem, plenamente, o sucesso da execução trabalhista. pois não se localizando bens ou direitos em nome do devedor, inexistirá qualquer constrição judicial e, desta forma, o débito exequendo não terá quaisquer garantias de sua satisfação financeira. De acordo com o pensamento de Bezerra Leite (2017), o ponto fraco do processo do trabalho, atualmente, é a ineficiência da fase executiva, apesar dos avanços já conquistados. É forçoso reconhecer, pelo visto, que, apesar do desenvolvimento tecnológico, o crédito trabalhista poderá não ser satisfeito.

O funcionamento ideal, portanto, das ferramentas jurídicas eletrônicas utilizadas pelo Poder Judiciário na busca de ativos do executado é a situação na qual são localizados bens e direitos do devedor, livres e desembaraçados, os quais serão objeto de constrição judicial com o fim de garantir o débito exequendo.

3. PROCEDIMENTOS DE EXECUÇÃO – DA JUSTIÇA QUESTIONÁVEL DE CERTOS ATOS EXECUTIVOS

O crédito trabalhista consubstanciado na decisão transitada em julgado ou em acordo judicial homologado por sentença pode ser entregue pelo Reclamado espontaneamente. Desta forma, encerra-se o processo trabalhista da melhor forma possível. Quando isto não ocorre, no entanto, torna-se necessária a execução do julgado, fase processual complexa e desafiadora em alguns casos.

Em face da falta de recursos financeiros ou mesmo em razão de falta de empenho do devedor em cumprir a decisão judicial, resta ao exequente diligências para a localização e indicação de bens do executado que possam garantir a execução.

O acervo de bens do devedor, uma vez constrictos e após o prazo para a interposição de embargos, serão levados à hasta pública com o fim de se apurar recursos financeiros que possam quitar o crédito trabalhista. O exequente também pode exercer o direito de adjudicar os bens constrictos, transferindo-os para sua propriedade em quitação do seu crédito.

Com o fim de se processar a fase de execução, o Poder Judiciário executa vários procedimentos. Analisando alguns procedimentos executivos, sob a ótica da razoabilidade, trazemos ao presente estudo algumas considerações sobre a avaliação judicial de bens e seus efeitos na garantia da execução, no patrimônio das partes processuais e mesmo com relação a outros procedimentos que levam em consideração o valor de avaliação atribuído pelo Poder Judiciário aos bens que foram objeto de constrição. Também levantamos algumas considerações sobre a constrição de bens indivisíveis e seus efeitos com relação ao condômino fora da relação processual.

Os procedimentos em questão podem impactar de forma injusta o patrimônio das partes processuais e mesmo de terceiros que, mesmo sem terem participado da relação processual, tiveram bens alienados em hasta pública, como pode acontecer nos casos de constrição de bens indivisíveis, onde se penhora a totalidade do bem indivisível, propriedade em comum de terceiros e executados.

3.1 – Da avaliação judicial e seus efeitos na garantia da execução e no patrimônio das partes processuais

Na busca de garantia da execução, bens do devedor livres e desembaraçados serão objeto de constrição por determinação do Juiz.

Os bens em questão serão descritos em documento judicial cuja denominação será Auto de Arresto, Auto de Penhora ou Termo de Penhora. Será atribuído um valor monetário a estes ativos, sendo que esta avaliação é geralmente atribuição de servidor público denominado Oficial de Justiça. Somente em casos mais complexos e que demandem conhecimento técnico especializado será nomeado perito que fará, excepcionalmente, a avaliação do bem constricto em laudo de avaliação próprio.

A avaliação judicial pode ser dispensada em alguns casos, sendo que o Artigo 871, NCPC, prevê expressamente os casos em que não se procederá à avaliação:

Da Avaliação

Art. 871. Não se procederá à avaliação quando:

I - uma das partes aceitar a estimativa feita pela outra;

II - se tratar de títulos ou de mercadorias que tenham cotação em bolsa, comprovada por certidão ou publicação no órgão oficial;

III - se tratar de títulos da dívida pública, de ações de sociedades e de títulos de crédito negociáveis em bolsa, cujo valor será o da cotação oficial do dia, comprovada por certidão ou publicação no órgão oficial;

IV - se tratar de veículos automotores ou de outros bens cujo preço médio de mercado possa ser conhecido por meio de pesquisas realizadas por órgãos oficiais ou de anúncios de venda divulgados em meios de comunicação, caso em que caberá a quem fizer a nomeação o encargo de comprovar a cotação de mercado.

Parágrafo único. Ocorrendo a hipótese do inciso I deste artigo, a avaliação poderá ser realizada quando houver fundada dúvida do juiz quanto ao real valor do bem.

Uma nova avaliação somente será admitida, nos termos da Lei, em casos específicos conforme dispõe o Artigo 873, CPC, transcrito abaixo:

Art. 873. É admitida nova avaliação quando:

I - qualquer das partes arguir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador;

II - se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem;

III - o juiz tiver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem na primeira avaliação.

Parágrafo único. Aplica-se o art. 480 à nova avaliação prevista no inciso III do caput deste artigo.

A avaliação judicial é de extrema importância para o processo e podemos perceber a interferência do referido ato judicial em outros procedimentos tais como a adjudicação dos bens penhorados que não poderá ocorrer por preço inferior ao avaliado, nos termos do Artigo 876, caput, NCPC, ou mesmo na fixação do preço vil em caso de arrematação, pois não tendo sido fixado preço mínimo pelo Juiz, constante de edital, o lance oferecido não será aceito se inferior à 50% do valor de avaliação. É o que determina o Artigo 891, NCPC. Em caso de venda irregular de bem constricto, o fiel depositário será intimado para apresentar o bem que estava sob sua guarda ou depositar em pecúnia o valor equivalente à avaliação judicial, ficando sujeito, em caso de descumprimento da intimação judicial, a responder por crime de desobediência, nos termos do Artigo 330, CP, e incorrer em conduta atentatória à dignidade da Justiça, podendo ser multado em até 20% do valor atualizado do débito em execução, conforme dispõe o Artigo 774, inciso V e seu parágrafo único. Reproduzimos abaixo o referido comando legal do NCPC:

Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - dificulta ou embaraça a realização da penhora;

IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

Podemos ainda mencionar os efeitos que a avaliação incorreta provoca na garantia da execução e no patrimônio das partes. Uma avaliação em valor acima do valor de mercado poderá trazer prejuízo ao adjudicante, pois este receberá, em pagamento de seu crédito reconhecido em juízo, bens de valor inferior ao que tem direito. Uma avaliação abaixo do valor de mercado prejudica o executado que terá uma depreciação injusta de seu patrimônio com conseqüente enriquecimento ilícito de arrematante ou adjudicante.

De acordo com Amanda Nonn (2017), em seu artigo Avaliação de Bens – NCPC,p;2:

É a avaliação que determinará o preço pelo qual os interessados poderão adjudicar os bens penhorados e o preço a partir do qual, na venda por iniciativa particular e na hasta pública os interessados farão as suas propostas.

Um valor subestimado evidentemente cria para o executado o risco de uma adjudicação lesiva ao seu patrimônio. Já um valor acima das cotações de mercado, inibe o exequente a exercer o direito de adjudicação, ou somente o permite em bases que lhe acarretam prejuízos.

O valor da avaliação deve ser sempre correto e ajustado ao valor de mercado. A avaliação deve ser equilibrada, evitando-se estimativa que não tenha correspondência com a realidade de preços praticados no respectivo mercado onde os bens constrictos tenham comércio. É procedimento que demanda cautela, equilíbrio e pesquisa de mercado por parte do servidor público ou perito nomeado para tal fim, pois os efeitos de uma avaliação incorreta podem prejudicar partes e terceiros que se interessem na aquisição judicial dos bens avaliados.

Clóvis Brasil Pereira (2012), em seu artigo intitulado: A importância da correta avaliação dos bens no cumprimento da sentença e no processo de execução por quantia certa, p.4, ressalta a importância de uma correta avaliação nos trâmites do processo. É o que transcrevemos a seguir:

Observa-se pelas hipóteses relacionadas, que a correta avaliação se mostra de fundamental importância para o desfecho eficaz do *cumprimento da sentença* e

da *ação de execução contra devedor solvente*, pois a atribuição de valor errôneo, equivocado aos bens penhorados, pode ser motivo de grave lesão ao patrimônio do devedor (no caso de avaliação abaixo do valor real), ou lesão do crédito do autor (no caso de avaliação acima do valor real).

Como visto, deve-se evitar, ao máximo, a efetivação de avaliação errônea, pois os prejuízos podem ser expressivos, lesando eventualmente o patrimônio do devedor e mesmo o do credor trabalhista.

3.2 – Da constrição de bens indivisíveis e seus efeitos com relação ao condômino fora da relação processual

Nem sempre, os procedimentos de execução são justos. Trazemos a este estudo, nesta linha de raciocínio, a constrição de bens indivisíveis em regime de condomínio cuja propriedade do executado seja apenas de quota-parte. É o caso, por exemplo, de um imóvel residencial, indivisível por natureza, e cuja propriedade é dividida entre o executado e outros herdeiros. O devedor, neste caso, é proprietário de apenas parte do bem cuja constrição se requer.

No regime do CPC anterior, nestes casos, a regra era efetivar a constrição da quota-parte do executado, prosseguindo-se nos atos judiciais posteriores. Havia um entendimento, no entanto, de que a constrição efetivada nos termos acima inviabilizava a arrematação em hasta pública pois o arrematante poderia adquirir apenas parte do bem indivisível.

Com o advento do NCPC, Lei 13.105, de 16 de Março de 2015, buscando-se uma maior efetividade nas hastas públicas de bens indivisíveis e, portanto, garantia efetiva da execução e do crédito exequendo, o seu Artigo 843 veio estabelecer os procedimentos para a penhora integral de bem indivisível e as garantias dos coproprietários. Vejamos a seguir o que estabelece o referido comando legal:

Da Documentação da Penhora, de seu Registro e do Depósito

Art. 843. Tratando-se de penhora de bem indivisível, o equivalente à quota-parte do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem.

§ 1º É reservada ao coproprietário ou ao cônjuge não executado a preferência na arrematação do bem em igualdade de condições.

§ 2º Não será levada a efeito expropriação por preço inferior ao da avaliação na qual o valor auferido seja incapaz de garantir, ao coproprietário ou ao cônjuge alheio à execução, o correspondente à sua quota-parte calculado sobre o valor da avaliação.

Diante da nova regulamentação legal, podem ocorrer as seguintes situações:

a) – O imóvel em condomínio poderá ser penhorado de forma integral, onerando a quota-parte do executado, que participou da relação processual, mas também tornando indisponível o restante do imóvel, cujas quotas-partes pertencem a terceiros, condôminos, que não participaram da relação processual.

b) – Reserva-se ao coproprietário ou ao cônjuge alheio o valor de suas quotas-parte, sendo que o produto da arrematação deverá quitar os direitos destes terceiros. Esclarece a Lei que não será aceito lance por preço inferior ao da avaliação que não garante as quotas-partes dos terceiros indicados no comando legal.

Na prática, o valor de arrematação deve ser expressivo, pois terá de cobrir os valores das quotas-partes dos coproprietários e cônjuge alheio à execução, e somente após descontados tais valores, será aplicado o restante para quitação da execução. Entendemos, no entanto, que a reforma legal não facilitou a arrematação, mas, ao contrário, criou uma dificuldade a mais para a alienação de bens indivisíveis em hasta pública.

De acordo com Natália Greatti (2019), em seu artigo denominado: O novo Código de Processo Civil e a Alienação de Bens Indivisíveis, o credor trabalhista terá mais dificuldades em receber na integralidade os valores que lhe competem em face da nova sistemática legal. Vejamos a seguir parte do referido artigo que reproduzimos:

Em uma análise perfunctória, pode-se chegar a equivocada conclusão de que esta modificação trouxe unicamente benefícios aos credores, no que tange as condições de expropriações judiciais, ao passo que certamente a venda integral do bem se mostra muito mais atrativa do que uma alienação fragmentada.

No entanto, fazendo-se um exame mais aprofundado da situação telada, pode-se perceber que nem tudo é benesse. O parágrafo segundo do dispositivo em estudo, de forma expressa, determina que o cônjuge meiro ou coproprietário receba o valor correspondente à sua quota parte calculada sobre o valor da avaliação do imóvel e não sobre o valor de sua venda.

Assim, se não sopesadas e bem analisadas as questões que envolvem o caso concreto, tem-se o claro risco de o bem ser levado à leilão, absorvendo o credor os custos envolvidos com o ato, e talvez sequer consiga usufruir de seu resultado.

c) – O coproprietário que não participou da relação processual e, portanto, não é devedor poderá ser despejado de seu imóvel residencial, e mesmo recebendo o valor integral de sua quota-parte poderá não ter condições de adquirir novo imóvel nas mesmas condições.

d) – O coproprietário ou o cônjuge não executado terão preferência na arrematação do bem em igualdade de condições. Direito que poderá ser exercido se o terceiro tiver

condições financeiras para exercê-lo. Caso não tenha, poderá, à revelia de sua vontade, ter de deixar o imóvel em que reside, mesmo não sendo devedor ou executado.

Consideramos que a nova sistemática de constrição de bens indivisíveis prevista no NCPC não é justa com terceiros que não são parte da relação processual, além de dificultar a arrematação dos bens em questão face à necessidade de se exigir lances robustos dos arrematantes, em valor suficiente ao pagamento das quotas-partes dos condôminos, o que a Lei expressamente garante, sendo que apenas o remanescente do valor da arrematação poderá ser utilizado para a garantia da execução.

Encontramos entendimento semelhante no Artigo denominado: A alienação de bens indivisíveis no novo CPC 2016, em que o referido autor afirma que a nova sistemática pode trazer grande prejuízo para os credores.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A execução trabalhista nem sempre é eficaz na tentativa de se localizar bens dos devedores, podendo se arrastar por anos a fio. Seus procedimentos poderão ocasionar situações de justiça questionável, podendo prejudicar terceiros que nem mesmo são devedores reconhecidos dos autores do processo trabalhista.

Apesar do progresso tecnológico e a consequente disponibilização de ferramentas eletrônicas que foram incorporadas ao processo judicial, localizar bens do devedor pode ser tarefa difícil. A falta de empenho do devedor, que mesmo solvente, tenta atrasar ou mesmo impossibilitar a quitação do débito trabalhista, é óbice a ser transposto na tarefa de garantir a execução. A ocultação de bens pode ocorrer e dificultar a localização de bens do devedor. Pode mesmo ocorrer o fato de que o devedor se encontra insolvente, sem quaisquer bens que possam satisfazer o crédito trabalhista.

Procedimentos da execução, apesar da nobre intenção de assegurar o pagamento do credor trabalhista, que comprovou durante o processo a licitude de seu crédito, podem ocasionar danos ao patrimônio de partes e terceiros. É o caso de uma avaliação incorreta que pode trazer prejuízo ao executado, na ocorrência de uma avaliação a menor, pode prejudicar arrematante e adjudicante, no caso de uma avaliação a maior. Pode a avaliação incorreta prejudicar até mesmo uma alienação por iniciativa particular, uma vez que o parâmetro das ofertas pelo bem constricto parte do valor constante da avaliação judicial, podendo ocasionar enriquecimento ilícito em caso de avaliação em valores abaixo do praticado pelo mercado.

A constrição de um imóvel, indivisível por natureza, em situação de condomínio, em que o executado possui apenas uma quota-parte daquele bem, pode ser feita de forma

integral, ou seja, pode-se penhorar todo o imóvel com compreensível inquietude dos demais condôminos que não contribuíram para a constituição da dívida trabalhista, mas que podem perder valioso patrimônio, muitas vezes advindo do esforço e do trabalho de parentes, em caso de suada herança de familiares. É situação injusta, que pode ocasionar o despejo de familiares idosos que, mesmo recebendo o valor de sua quota-parte, podem não ter condições de adquirir novo imóvel nas mesmas condições de utilidade e valor econômico similar ao imóvel alienado por arrematante ou adjudicante.

O presente estudo teve o objetivo de trazer breves considerações sobre situações de eficácia e justiça da execução trabalhista, analisando certos procedimentos e suas implicações e efeitos no patrimônio e na vida de partes e de terceiros, e esperamos que tal objetivo tenha sido cumprido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Cadastro de Clientes do **Sistema Financeiro - CCS**. Disponível em: <<https://bcb.gov.br/acessoinformacao/cadastroclientes>>. Acesso em: 20/01/2023.

BRASIL. **CENTRAL DE INDISPONIBILIDADE DE BENS**. Disponível em: <<https://indisponibilidade.org.br/autenticacao>>. Acesso em 20/01/2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Renajud**. Disponível em: <<https://cnj.jus.br/sistemas/renajud/>>. Acesso em 25/01/2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sisbajud – Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário**. Disponível em: <<https://cnj.jus.br/sistemas/sisbajud>>. Acesso em 20/01/2023.

BRASIL. **Guia Trabalhista. Ferramentas utilizadas pela Justiça do Trabalho na efetividade da execução trabalhista**. 2016. Disponível em: <<https://guiatrabalhista.com.br/tematicas/Ferramentas-utilizadas-pela-Justica-do-Trabalho-na-efetividade-execucao-trabalhista.htm>>. Acesso em 24/01/2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Relação Anual de Informações Sociais – RAIS** Disponível em: <<https://rais.gov.br>>. Acesso em 07/02/2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. **Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED)**. Disponível em : <<https://gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/servicos/empregador/caged>>. Acesso em 07/02/2023.

BRASIL. SERASA EXPERIAN. **SerasaJUD**. Disponível em: <<https://serasaexperian.com.br/serasajud/>>. Acesso em 07/06/2023.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **SIMBA – Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias**. Disponível em: <<https://tst.jus.br/simba>>. Acesso em 25/01/2023.

GREATTI, Natália. **O novo Código de Processo Civil e a Alienação de Bens Indivisíveis. 2019**. Disponível em: <https://ifmaia.com.br/pt_br/artigos/o-novo-codigo-de-processo-civil-e-a-alienacao-de-bens-indiviseis>. Acesso em :20/01/2023.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, p. 1427. 15ª. ed, São Paulo, Saraiva, 2017.

LOURENÇO, Murilo. **A Alienação de bens indivisíveis no novo CPC. 2016**. Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/artigos/a-alienacao-de-bens-indiviseis-no-novo-cpc/316638001>>. Acesso em: 20/01/2023.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**, p. 442. 45ª. ed. São Paulo, Saraiva, 2023.

MINAS GERAIS. **CENTRAL DE CARTÓRIOS DE REGISTRO DE IMÓVEIS – Serviços**. Disponível em: <<https://crimg.com.br/>>. Acesso em 25/01/2023.

MINAS GERAIS. DETRAN-MG. **Rijud – Registro de Informações Judiciais**. Disponível em: <<https://empresas.detrان.mg.gov.br/RIJUD>> Acesso em 07/02/2023.

MINAS GERAIS. JUCEMG – Junta Comercial do Estado de Minas Gerais. Portal de Serviços. Disponível em: <<https://jucemg.mg.gov.br>>. Acesso em 20/01/2023.

NONN, Amanda. **Avaliação de Bens - NCP. 2017**. Disponível em: <<https://amandanonn.wordpress.com/2017/09/20/avaliacao-de-bens-ncpc/>>. Acesso em 20/01/2023.

PEREIRA, Clóvis Brasil. **A importância da correta avaliação dos bens no cumprimento da sentença e no processo de execução por quantia certa**. Disponível em: <<https://prolegis.com.br/a-importancia-da-correta-avaliacao-dos-bens-no-cumprimento-da-sentenca-e-no-processo-de-execucao-por-quantia-certa/>>. Acesso em: 20/01/2023.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**, 45ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2023.

OS CONTORNOS DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

ANA CAROLINA ASSIS XAVIER DE SOUSA:

Bacharelada de Direito pelo Centro
Universitário UNA e Auxiliar de Cartório

DARLENE DE SOUZA PEREIRA

(coautora)

1. Considerações Iniciais

A análise desse estudo terá como fundamento o princípio do contraditório. Para tanto, adotamos como premissa o modelo constitucional de processo civil.

No decorrer do trabalho, busca-se analisar seus reflexos e a importância em seu conteúdo, estabelecer a evolução histórica do contraditório, traçando considerações a respeito das diversas.

Objetiva-se trazer à discussão as normas do Código de Processo Civil de 2015, em torno da temática. A efetividade do modelo de contraditório, isonomia, paridade de armas e bilateralidade discursiva adotado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, busca-se desenvolver o viés do contraditório, trabalhando o seu conteúdo, como direito a não-surpresa no debate processual já assentadas as ideias básicas a respeito do instituto, na perspectiva do Código de Processo Civil de 2015.

2.0 Princípio do Contraditório

Importante princípio do direito processual que busca garantir igualdade entre as partes envolvidas em um processo judicial. O princípio estabelece que cada parte tem o direito de apresentar suas alegações, argumentos e provas, bem como, o direito de contestar as alegações e provas apresentadas pela parte adversa.

O contraditório assegura que todas as partes tenham a oportunidade de se manifestar sobre as questões discutidas no processo, de forma a possibilitar um debate justo e equilibrado. Isso significa que nenhuma decisão judicial deve ser tomada sem que as partes envolvidas tenham tido a oportunidade de se expressar e contestar os argumentos da outra parte.

O princípio do contraditório está intimamente ligado ao devido processo legal, que garante um julgamento justo e imparcial. Ele é fundamental para equilibrar o poder do Estado e proteger os direitos e interesses das partes envolvidas no processo.

No contexto do processo judicial, o princípio do contraditório implica que as partes devem ser notificadas sobre os atos processuais, ter acesso às provas apresentadas, ter a oportunidade de produzir suas próprias provas, questionar testemunhas e argumentar em defesa de seus interesses. Portanto, contribui para a busca da verdade processual e para a tomada de decisões mais justas e fundamentadas pelos juízes.

2.1 Etimologia e Conceito

O princípio do contraditório tem suas raízes no sistema jurídico romano e no direito canônico medieval. A palavra "contraditório" tem origem no latim "contradictorius", que significa "que contradiz".

A origem desse princípio remonta ao período do Império Romano, onde o processo legal era conduzido por um juiz, conhecido como "iudex". O iudex portava a função de investigar os fatos do caso e tomar uma decisão baseada nas informações disponíveis. Contudo, nesse sistema, as partes não tinham o direito de se manifestar ou contestar as alegações feitas pela parte contrária.

Com o desenvolvimento do direito canônico na Idade Média, surgiu a figura do "advocatus", um defensor que tinha a função de representar e argumentar em nome das partes envolvidas em um processo. Esse sistema alvoreceu o conceito de contraditório, permitindo que as partes se manifestassem e apresentassem seus argumentos perante o juiz.

Ao longo do tempo, o princípio do contraditório foi se consolidando e se tornou um dos princípios fundamentais do direito processual moderno. Sua importância reside na garantia de um processo justo e equilibrado, no qual todas as partes têm a oportunidade de se expressar, confrontar as alegações adversas e contribuir para a formação de uma decisão imparcial.

2.2 A Importância do Contraditório

Presente em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, o contraditório é uma das bases fundamentais do sistema jurídico.

Desempenha um papel crucial no sistema jurídico, ao garantir a igualdade processual, a ampliação da busca pela verdade, o controle das decisões judiciais e a participação das partes. Sua observância é essencial para um processo justo, equilibrado e respeitoso aos direitos das partes envolvidas.

A importância do princípio do contraditório é múltipla. Primeiramente, assegura a igualdade das partes, evitando que uma delas tenha vantagens sobre a outra. Isso contribui

para a busca da verdade material, uma vez que todas as perspectivas e argumentos são considerados no processo decisório.

Além disso, o princípio do contraditório garante a transparência e a publicidade dos processos judiciais, permitindo que a sociedade tenha acesso às informações e aos argumentos apresentados pelas partes. Isso fortalece a confiança no sistema de justiça e ajuda a prevenir abusos e arbitrariedades.

Outro aspecto relevante é a garantia do direito à ampla defesa. O contraditório permite que as partes sejam ouvidas e apresentem suas versões dos fatos, evitando decisões unilaterais ou baseadas apenas em informações apresentadas por uma das partes.

Em suma, desempenha um papel fundamental na justiça processual, assegurando a igualdade das partes, a busca pela verdade, a transparência e a ampla defesa, contribuindo para a efetividade do sistema jurídico, promovendo decisões mais justas e equilibradas.

2.3 Aspecto Formal e Material

O Princípio do Contraditório possui tanto um aspecto formal quanto um aspecto material, aos quais aqui são tratados.

O aspecto formal do princípio do contraditório refere-se aos procedimentos e às regras processuais que garantem às partes a oportunidade de participarem ativamente do processo. Envolve o direito de serem notificadas sobre o processo, de terem acesso aos atos e documentos produzidos, de apresentarem suas provas e argumentos, de impugnar as provas e argumentos da outra parte e de participarem das audiências e sessões do tribunal.

O aspecto material do princípio do contraditório diz respeito à igualdade de armas entre as partes e à busca da verdade processual. Isso significa que as partes devem ter a mesma oportunidade de se manifestarem e de influenciar a decisão judicial. O contraditório material também está relacionado à necessidade de o juiz ser imparcial e considerar de forma equânime os argumentos e provas apresentados pelas partes.

3.A Evolução do Princípio do Contraditório

O contraditório exerce a função de contribuir para a fundamentação das decisões, de modo que as partes participem ativamente das decisões no decorrer do processo. Nesse sentido, não caberá ao juiz ou ao tribunal simplesmente optar por uma decisão que lhe pareça a melhor ou a mais justa. O papel do órgão jurisdicional é, assegurado o contraditório, proferir a decisão constitucionalmente legítima para o caso concreto, o que só será possível se observadas a coerência e a integridade do ordenamento jurídico.

Em um apanhado sintético, convém observar a evolução histórica do princípio do contraditório, especialmente para identificar todo um caminho percorrido para chegar nos moldes atuais.

Desde os primórdios do desenvolvimento da ciência processual já se reconhecia a importância do princípio do contraditório, sendo este princípio visto como essencial para a compreensão da estrutura do processo.

Na seara constitucional foi somente a partir da Constituição “polaca” de 1937 que o princípio do contraditório teve uma previsão expressa no texto (art. 122), no entanto, reduzido à seara do processo penal. E essa restrição se repetiu nas Constituições de 1946 (art. 141, §25) e de 1967 (art. 153, §16)²⁹. Após algumas décadas o princípio do contraditório veio a ser ampliado com a CRFB/88, que o estendeu aos processos civil e administrativo.

Com o advento da Lei n. 5.869 de 1973 que instituiu o então novo Código de Processo Civil houve fortalecimento na valorização da técnica processualística, da separação estanque entre direito material e direito processual.

Ocorre que, mesmo após o CPC/1973 o contraditório era visto com apenas uma atividade burocrata e que se revelava em uma oportunidade das partes de apresentar argumentos que em nada poderiam afetar o livre convencimento jurisdicional, já que o juiz deveria apenas dizer qual seria seu entendimento e apresentar suas razões para tanto.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, (GRINOVER, 1985, p. 10) o contraditório se desdobra em dois momentos: a informação e a possibilidade de reação, porém, essa é uma concepção há muito tempo ultrapassada. O contraditório meramente formal não é compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

A concepção mais moderna do princípio do contraditório, visto como garantia de efetiva participação com influência na formação do resultado do processo, surgiu a partir da doutrina alemã, que passou a ver no contraditório não uma mera garantia formal de bilateralidade de audiência, mas como possibilidade de influência sobre o conteúdo das decisões e sobre o desenvolvimento do processo, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de que o resultado surpreenda as partes.

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os princípios deixaram de ter mera característica de integração de lacunas e, agora, exercem funções integrativa, definitiva, interpretativa e bloqueadora em relação às regras. Dada a sua importância para a manutenção do sistema processual e utilidade para assegurar direitos, o contraditório foi elevado ao status de princípio constitucional.

Destacadamente, o princípio do contraditório garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF).

Entre os anos de 1988 a 2015, mesmo com parte dos juristas e processualistas brasileiros indicando a necessidade de ruptura com o velho conceito de contraditório como apenas direito de ser ouvido pelos juízes, e com a necessidade de constitucionalização do processo, os tribunais brasileiros se posicionavam de forma conservadora e acanhada. Quase sempre, decisões eram mantidas pelos tribunais sob o argumento de que se as partes foram devidamente ouvidas não haveria a ocorrência de cerceamento do contraditório.

O Novo Código de Processo Civil de 2015, chamado por alguns autores de formalismo valorativo, amplia o conceito do princípio do contraditório já trazido pela Constituição da República, de 1988, em seu art. 7º dispõe que "é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório".

Nessa perspectiva, percebe-se que o princípio do contraditório envolve a garantia do direito de influência no conteúdo da decisão judicial, bem como assegurar que o juiz deve enfrentar todas as questões levantadas pelas partes, devendo a decisão ser, portanto, completa, ademais, assevera que a todos deve se dar o direito de conhecer da demanda que lhes é proposta, tomar ciência de todos os atos do processo bem como ter a possibilidade de reagir aos atos contrários ao seu direito.

Como instrui Egas Dirceu Moniz de Aragão, (ARAGÃO, 1992, p. 101) "é inadmissível supor que o juiz possa escolher, para julgar, apenas algumas das questões que as partes lhes submeterem. Sejam preliminares, prejudiciais, processuais ou de mérito, o juiz tem de examiná-las todas, se não o fizer, a sentença estará incompleta".

O processo civil consegue trazer ao contraditório um conteúdo muito mais substancial, em que as partes são dadas o direito de influenciar na decisão judicial e de não serem pegadas de surpresa com decisões cujas matérias não foram levadas ao debate prévio, essa perspectiva trouxe forte repercussão no papel do juiz que agora fica obrigado a, na máxima medida possível, respeitá-lo, sob pena de não trazer legitimidade às suas decisões.

4. Isonomia, paridade de armas e bilateralidade de audiência

O fundamento da paridade de armas, estabelecido pelo procedimento isonômico, aponta a necessidade que a igualdade no processo, não deve ser meramente idealizado à

luz do seu viés formal, necessário que o sistema contemple também seu aspecto material, com vistas a tornar equivalentes às forças de atuação das partes dentro do processo:

“No processo, a isonomia revela-se na garantia do tratamento igualitário das partes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal, mas também (e principalmente) analisada pelo prisma substancial. [...] Ao julgador competente assegurar às partes a paridade de tratamento, cabendo-lhe observar e fazer observar a igualdade entre os iguais e a desigualdade entre os desiguais, na exata medida das desigualdades presentes no caso concreto”. LUCON (1999. p. 97.)

Conforme foi sendo reconhecida na doutrina a nova dimensão da garantia ao contraditório, o direito positivo foi igualmente incorporado.

Assim, o novo Código de Processo Civil de 2015 prevê:

Art. 7.º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. [...]

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento; [...]

É possível ilustrar os reflexos da paridade de armas com diversas regras previstas no ordenamento jurídico brasileiro, como a possível dilatação de determinados prazos pelo juiz, visando resguardar o contraditório efetivo da parte (art. 437, § 2º, do CPC/2015); ou, ainda, a inaplicabilidade do ônus da impugnação especificada na contestação do curador especial (art. 341, § único, do CPC). A bilateralidade da audiência é identificada fundamentalmente sob os dois aspectos: direito à informação e possibilidade de reação.

Por direito à informação, entende-se a garantia de que a parte seja cientificada de todos os atos do processo e possa tomar conhecimento de todos os fatos que nele se sucedem. Assim, o contraditório, sob esse aspecto, restará atendido se houver intimação regular da parte para a prática e o acompanhamento dos atos processuais; se puder ter a devida vista dos autos, notadamente, quando lhe incumbir falar no processo; se não lhe for exigido um dado comportamento processual sem que antes seja sobre ele informada.

Quanto a possibilidade de reação, contempla a faculdade conferida à parte de poder falar e ser ouvida no processo, através da contraposição de argumentos, de fatos, provas e demais dados existentes no trâmite da ação, conferindo caráter dialógico à relação processual.

A despeito das ponderações doutrinárias acerca da visão tradicional do contraditório, no sentido de que, embora correta, não esgota a definição da matéria, por não revelar toda a potencialidade que a garantia encerra, cabe dizer que essa dimensão do contraditório coincide com a sua primeira fase de "ressurgimento", galgando ser enfaticamente destacado na evolução da análise do fenômeno processual nos Estados Democráticos do Pós-Segunda Guerra.

5.A garantia do contraditório como direito a não-surpresa no debate processual

O princípio do contraditório, foi positivado constitucionalmente na Constituição Federal de 1988, embora boa parte da doutrina entendia que as partes não poderiam ser surpreendidas por questões de fato ou de direito das quais não tivessem sido previamente oportunizadas o debate, a ausência de regra expressa no Código de Processo Civil de 1973 fazia com que esse aspecto do contraditório fosse constantemente desrespeitado.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o Direito Processual Civil passa a prever expressamente, em seu art. 10, a regra da vedação da decisão surpresa, concretizando, acertadamente, o princípio constitucional do contraditório, como norma fundamental do Direito Processual Civil, nos termos:

Art. 10. "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício".

A vedação à prolação de decisão surpresa é um direito decorrente do contraditório, decorre da necessidade das partes serem informadas de todos os atos processuais, como meio de possibilitar, durante todo o processo, o exercício do direito de ação e do direito de defesa e, conseqüentemente, o juiz possui o dever constitucional de não pronunciar decisão que contenha matéria de fato ou de direito que não tenha sido previamente submetida à manifestação das partes.

O referido postulado jurídico objetiva evitar prejuízos a qualquer das partes com base em fatos por elas ainda desconhecidos e não debatidos, impondo-se a efetivação do contraditório substancial com a intimação prévia para manifestação sobre o vício identificado pelo Magistrado, garantindo-se às partes a possibilidade de influenciar a convicção do Magistrado.

Além disso, por meio da garantia da não surpresa, toda a questão submetida a julgamento deverá passar pela manifestação das partes, sob pena de nulidade da decisão por violação ao princípio do contraditório. Afinal, não pode o tribunal decidir a causa com base em uma questão de fato ou jurídica que não se encontre à disposição da manifestação das partes no processo.

Em suma, ressalta-se também que foi dado às partes a possibilidade de se manifestar, alegar, pedir e provar em um determinado lapso temporal, no entanto, caso não o façam, assumem o ônus processual decorrente da não prática do ato.

Conclusão

Diante do exposto, nota-se que o princípio do contraditório busca garantir igualdade entre as partes envolvidas em um processo judicial. Desempenhando um papel crucial no sistema jurídico, ao garantir a igualdade processual, a ampliação da busca pela verdade, o controle das decisões judiciais e a participação ativa das partes nas decisões, no decorrer do processo, não cabendo ao juiz proferir decisão que lhe pareça a melhor ou a mais justa.

Ademais, com relação à análise histórica desse princípio verifica-se que apesar de estar presente em outras constituições, no Brasil, somente foi ampliado para os processos civil e administrativo após a vigência da constituição de 1988, que se tornou um marco relevante para sua existência, assegurando no art. 5º, LIV, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral é garantido o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O referido princípio recebeu considerável fortalecimento, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. A norma processual conseguiu trazer ao contraditório um conteúdo muito mais substancial, ao prever que não será exigida das partes ou nem contra elas proferida decisão sobre a qual não lhes tenha sido dado o direito de informação, bem como a também estendeu ao princípio do contraditório a vedação da decisão surpresa.

A vedação da decisão surpresa, decorre do princípio do contraditório, foi positivada no art. 10, na parte destinada às normas fundamentais do processo civil. Garante que as partes não sejam surpreendidas por uma decisão judicial da qual não tenha sido previamente oportunizado o debate entre os sujeitos processuais. Às partes são dadas o direito de influenciar na decisão judicial e de não serem pegadas de surpresa com decisões cujas matérias não foram levadas ao debate prévio.

Referências

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 101.

Augusto Chacha de Rezende, Fernando. **Novo CPC deixa claro que juiz tem dever de cooperar com as partes**. Revista Consultor Jurídico, 9 de maio de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-09/cpc-deixa-claro-juiz-dever-cooperar-partes>. Acesso em: 06 de junho de 2023.

Câmara, Alexandre F. **Manual de Direito Processual Civil**. Disponível em: Minha Biblioteca, (2ª edição). Grupo GEN, 2023.

Da Silva Dantas, Frederico Wildson e Protázio de Oliveira Ewerton Gabriel. **A Trajetória Nada Fácil do Princípio do Contraditório: Um Direito Fundamental Processual em Época de Processo Colaborativo**. Revista RJLB, Ano 7 (2021), nº 5. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/5/2021_05_0979_1012.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2023.

FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. **Teoria Geral da Arbitragem**. Grupo GEN, 2018. *E-book*. ISBN 9788530982881. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982881/>. Acesso em: 14 mai. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **O processo constitucional em marcha**. São Paulo, Ed: Max Limonad, 1985, p. 10.

LUCON. Paulo Henrique dos Santos. **Garantia do tratamento paritário das partes**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 97. Disponível em: Rede Virtual de Bibliotecas. Acesso em 04 de junho de 2023.

Moreira, Victória. **O princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa**. Jusbrasil, 12 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-principio-do-contraditorio-como-garantia-de-influencia-e-nao-surpresa/382826918>. Acesso em: 06 de junho de 2023.

Ramos, Carlos Henrique. **Evolução do contraditório na Jurisprudência e no Direito Processual Civil brasileiro**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, vol. 5, núm. 1, pp. 1-25, 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/6080/608065719006/html/>. Acesso em: 06 de junho de 2023.

Sá, Renato Montans D. **Manual de Direito Processual Civil**. Disponível em: Minha Biblioteca, (7ª edição). Editora Saraiva, 2022. See More.



Santos, Welder Queiroz D. **Princípio do Contraditório e Vedação de Decisão Surpresa.** Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2017.

ASPECTOS GERAIS DO LOTEAMENTO

DANIELLA MOURA STEUBLE COSTA MAIA:

Tabeliã de Notas e Protesto da Comarca de Brodowski/SP. Mestranda em Direito pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduada em Direito Notarial e Registral. Pós-graduada em Direito Civil. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (2009/MG). 150

Resumo: O presente trabalho trata dos aspectos gerais do loteamento, tendo por fim analisar os aspectos gerais do loteamento sob a ótica dos registros públicos, destacando a importância do registro de imóveis na instrumentalização do parcelamento do solo e na fiscalização do cumprimento dos requisitos urbanísticos para o loteamento, conforme determinado na Lei 6.766 de 19 de dezembro de 1979. Para análise e desenvolvimento do trabalho foram feitas pesquisas bibliográficas, em sites, artigos publicados e documentos, buscando explicitar os requisitos necessários para a implementação de um loteamento, bem como o processo de registro perante o registro de imóveis, tendo em vista sua importância na instrumentalização e na tentativa de evitar que haja fraude à lei.

Palavras-chave: loteamento, registro, imóveis.

Abstract: The present work deals with the general aspects of the allotment, analyzing the general aspects of the allotment from the perspective of public registry, highlighting the importance of registering property in the exploitation of land subdivision and monitoring compliance with the requirements for urban subdivision as determined by Law 6,766 of December 19, 1979. For analysis and development work were made literature searches on websites, published articles and documents, seeking to explain the requirements for the implementation of a subdivision, as well as the process of registration with the land registry, given its importance in instrumentation and attempt to prevent any breach of the law.

Keywords: allotment, registry, realty.

INTRODUÇÃO

A Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, tem por fim regulamentar e organizar o crescimento das cidades, trazendo em seu bojo diretrizes urbanísticas, a infraestrutura básica que o parcelamento do solo deve conter, o procedimento administrativo para a realização do parcelamento e a instrumentalização desse parcelamento no registro

150 daniellasteuble@gmail.com.

imobiliário. Além disso, apresenta regras a respeito dos contratos, visando proteger os compradores de terrenos urbanos.

O Brasil é um país predominantemente urbano, em que a maior parte da população está localizada nas cidades. A ocupação desordenada das cidades, sem a infraestrutura necessária para a adequada higidez habitacional da população, principalmente à de baixa renda, foi um dos fatores que levaram à edição da Lei 6.766/79 com o fito de propiciar um parcelamento do solo capaz de atender à demanda populacional nos centros urbanos e ao mesmo tempo dar condições adequadas e salubres aos ocupantes dessas novas áreas urbanas.

O processo de urbanização e de expansão urbana, em regra, se dá por meio do parcelamento do solo, que pode ser feito por loteamento ou por desmembramento. A expansão dos limites geográficos das áreas urbanas deve ser feita de maneira organizada, permitindo que a população, que ali reside, se desenvolva e integre a cidade já existente com toda a infraestrutura necessária.

O presente trabalho visa analisar os aspectos gerais do loteamento sob a ótica dos registros públicos, destacando a importância do registro de imóveis na instrumentalização do parcelamento do solo e na fiscalização do cumprimento dos requisitos urbanísticos para o loteamento, conforme determinado na Lei 6.766/79.

Para a análise e desenvolvimento do trabalho serão feitas pesquisas bibliográficas, em sites, artigos publicados e documentos, buscando explicitar os aspectos gerais do loteamento trazidos pela Lei 6.766/79 com o foco voltado para os registros públicos.

1. PEQUENO PERFIL HISTÓRICO

A Revolução Industrial fez com que a população migrasse do campo para as cidades. Os proletários que trabalhavam nas indústrias passaram a viver na periferia das cidades, próximo ao seu local de trabalho. Com isso, a propriedade passou a ter maior importância e fez-se necessário regulamentar essa ocupação na tentativa de evitar o crescimento e a ocupação desordenados das cidades. Os loteamentos surgiram justamente na tentativa de se adaptar a propriedade às condições econômicas da classe trabalhadora que precisava de um local para habitar, mas, ao mesmo tempo, não possuíam grandes condições econômicas uma vez que eram superexplorados pelos capitalistas proprietários das indústrias.

No Brasil, o desenvolvimento urbano se deu a partir da Revolução de 1930, juntamente com o processo de industrialização. Devido a crise enfrentada pelos países

desenvolvidos nas primeiras décadas do século XX, caiu a demanda por produtos primários e o “país sentiu” a necessidade de desenvolver sua produção. Com isso, houve uma alteração na ocupação do território nacional e o processo de urbanização se intensificou na busca dos trabalhadores por melhores condições de vida nas cidades. O grande fluxo de imigração fez com que a população rural se transformasse em verdadeira mão de obra para a economia capitalista industrial. Entretanto, apesar de terem melhores condições de vida nas cidades, os trabalhadores ainda possuíam uma renda baixa e, ao mesmo tempo, a necessidade de ter uma moradia na cidade. Nesta época, surgiu uma nova maneira de venda de terrenos, a venda a prestação. Isso se deu uma vez que os compradores não possuíam condições de pagar, à vista, o preço pedido pelo comprador; assim, fez-se necessário que o valor fosse quitado em prestações condizentes com a capacidade econômica dos compradores.

Com a alteração da realidade econômica e social do país, imprescindível que o direito se adaptasse. Foi então que surgiu o Decreto-Lei 58 de 1937 e, posteriormente, a Lei 6.766 de 1979 na tentativa de regulamentar o parcelamento do solo, bem como os compromissos de compra e venda firmados em decorrência da aquisição de lotes.

2. LOTEAMENTO

O parcelamento do solo urbano pode se dar por loteamento ou por desmembramento. Loteamento, conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, é a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, implementação de infraestrutura básica ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

Arnaldo Rizzardo, define loteamento “como sendo a operação que se utiliza de dados técnicos da agrimensura para dividir uma área em tantas outras porções autônomas, com possibilidade de vida própria. Feita a divisão da gleba em lotes, estes não mais são partes daquela, mas propriedades separadas, que passam a constituir, cada uma, um novo todo, uma nova propriedade.”¹⁵¹

Considera-se desmembramento, por sua vez, segundo a Lei 6.766/79, no §2º, do artigo 2º, a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com o aproveitamento do sistema viário existente, bem como da infraestrutura básica já implementada.

Dos conceitos acima dispostos pode-se observar a diferença existente entre o loteamento e o desmembramento. Neste, há o aproveitamento da infraestrutura básica e sistema viário existente, enquanto no loteamento faz-se mister a abertura de novas vias

¹⁵¹ Arnaldo Rizzardo, *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano: Lei 6.766/79 e Lei 9.785/99*, 7ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 41.

públicas, bem como a implementação de infraestrutura básica que atenda adequadamente à população que passará a ocupar aquela região.

Dentro dessa visão de parcelamento do solo urbano, pode-se definir lote como todo terreno servido de infraestrutura básica, cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe. Como se pode observar, as dimensões dos lotes irão variar de acordo com a legislação do Município em que esteja situado. Lembrando que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, o plano diretor será obrigatório para os Municípios que possuam mais de vinte mil habitantes, devendo ser aprovado pela Câmara Municipal e servirá como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.¹⁵²

Para que haja um melhor desenvolvimento e crescimento urbano, a legislação determina que, somente poderá ser feito o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica que será definido no plano diretor, conforme artigo 3º, da Lei 6.766/79. Esse artigo, com as alterações trazidas pela Lei 9.785/99, veda, em princípio, o parcelamento do solo para fins urbanos em áreas rurais. Dessa maneira, haverá um planejamento e adequação das áreas parceladas de maneira que as cidades irão expandir em zonas previamente definidas como urbanas pelo plano diretor. Além disso, as áreas de lazer, comércio, áreas verdes e equipamentos urbanos de infraestrutura básica, bem como as vias públicas serão estruturadas para atender ao perfil e a densidade da população que passará a utilizá-la.

A Lei 6.766/79 impôs, ademais, como condição para o loteamento e também para o desmembramento, por interpretação extensiva, que estes não se deem em terrenos alagadiços e sujeitos a inundação; com aterros de material nocivo à saúde pública; com declividade igual ou superior a trinta por cento; e onde as condições geográficas não aconselham construir. Todavia, cabe ressaltar que, uma vez efetuadas obras para reverterem os impedimentos presentes no terreno, como, por exemplo, saneamento, drenagem das águas, tratamento do solo para eliminar os agentes poluidores, não haverá qualquer óbice no parcelamento e utilização do solo.¹⁵³

Por ser o loteamento uma forma de parcelamento do solo e, conseqüentemente, uma das maneiras pela qual a cidade se expande e se desenvolve, ele deve cumprir alguns requisitos urbanísticos para que seja considerado regular e possa, então, ser registrado no Registro de Imóvel competente.

¹⁵² Lei 6.766/79, §4º, art. 2º.

¹⁵³ Lei 6.766/79, parágrafo único, art. 3º.

Deverá, primeiramente, conter a infraestrutura básica para que a população que ali ocupar possa ter condições de vida digna com urbanidade. O parágrafo 5º, do artigo 2º, da Lei 6.766/79, com redação dada pela Lei 11.445/07, considera que a infraestrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação. Isso torna a área a ser parcelada urbana e integrada à cidade, com o desenvolvimento mínimo necessário à sua ocupação.

Quando o parcelamento se der em zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social, a infraestrutura básica consistirá, no mínimo de vias de circulação, escoamento das águas pluviais, rede para o abastecimento de água potável, soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar; segundo o parágrafo 6º, do artigo 2º da Lei 6.766/79, com redação determinada pela Lei 9.785/99.

Como se pode observar, no caso de parcelamento em zonas habitacionais declaradas por lei de interesse social, não é exigida a iluminação pública. Apenas no caso da infraestrutura básica em geral, sem nenhuma especificidade, que se exige a iluminação pública como requisito essencial.

Em 2017, houve a inclusão do parágrafo 7º, no artigo 2º da Lei 6.766/79 para autorizar a constituição de condomínio de lotes, modalidade em que o lote é considerado unidade imobiliária do condomínio.

Além dos acima expostos, a Lei 6.766/79, exige ainda, em seu artigo 4º, que o loteamento atenda aos seguintes requisitos urbanísticos: as áreas destinadas a sistema de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como as destinadas a espaços livres de uso do público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada em lei municipal para a zona em que de situem. Os equipamentos comunitários são os de caráter público, destinados à educação, lazer, saúde, cultura e similares, enquanto os espaços livres de uso público são as praças, os parques e áreas de passeio.

Os lotes deverão ter área mínima de 125 m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes. Essa determinação legal tem o objetivo de proporcionar à cidade certo padrão mínimo no parcelamento do solo, evitando que sejam criados lotes desordenadamente.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Lei 6.766/79, inciso II, art. 4º.

É obrigatória, ainda, a reserva de faixa não edificável, ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, de, pelo menos, 15 (quinze) metros de cada lado, podendo ser reduzida à 5 (cinco) metros, por lei municipal, quando se tratar de rodovia. E, por fim, as vias de loteamento deverão articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e harmonizar-se com a topografia local.¹⁵⁵

A Lei 10.932/04, acrescentou, ademais, o parágrafo 3º ao artigo 4º da Lei 6.766/79, que prevê que, caso seja necessário a reserva de faixa não edificável vinculada às dutovias, essa exigência deverá ser feita no âmbito do respectivo licenciamento ambiental, sempre buscando a segurança da população e a proteção ao meio ambiente.

A lei, ao impor esses requisitos mínimos, sem prejuízo de outros presentes em legislações esparsas, tem por fim evitar que sejam feitos loteamentos em áreas inóspitas e distantes da cidade, sem meios de comunicação com os centros urbanos. Com isso, procura-se evitar que sejam construídos conjuntos habitacionais afastados da cidade, bem como que a ocupação da região se dê de maneira desordenada, sem que haja a promoção da integração com a cidade e que deixem a população que passará a ocupá-la isolada dos centros urbanos.

Foi reservado ao Município legislar a respeito dos usos permitidos para cada zona em que este se divida, bem como sobre os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, necessariamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento da área a ser loteada.¹⁵⁶

3. PROJETO E REGISTRO DO LOTEAMENTO

A aprovação do projeto de loteamento se dará perante a Prefeitura Municipal ou o Distrito Federal, quando este se desenvolver em seu território, em duas fases distintas: a primeira em que serão definidas as diretrizes básicas para o projeto definitivo, e a segunda em que o plano de loteamento é apresentado em consonância com a política urbanística para o desenvolvimento da cidade.

Na fase inicial, o interessado deverá apresentar requerimento à Prefeitura Municipal ou ao Distrito Federal, quando o loteamento ocorrer em seu território, solicitando as diretrizes básicas para o uso do solo, o traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamentos urbanos e comunitários. Deverá apresentar, ainda, juntamente com o requerimento, planta do imóvel contendo, no mínimo,

¹⁵⁵ Lei 6.766/79, inciso III e IV, art. 4º.

¹⁵⁶ Lei 6.766/79, §1º, art. 4º.

as divisas da gleba a ser loteada; as curvas de nível à distância adequada, quando exigidas por lei estadual ou municipal; a localização dos cursos d'água, dos bosques e construções existentes; a indicação dos arruamentos contíguos a todo o perímetro, a localização das vias de comunicação, das áreas livres, dos equipamentos urbanos e comunitários existentes no local ou em suas adjacências, com as respectivas distâncias da área a ser loteada; o tipo de uso predominante a que o loteamento se destina; e as características, dimensões e localização das zonas de uso contíguas.¹⁵⁷

Com a documentação em mãos, o Poder Público indicará as ruas ou estradas existentes ou projetadas, que compõe o sistema viário da cidade e do município, relacionadas com o loteamento pretendido e a serem respeitadas; o traçado básico do sistema viário principal; a localização apresentada aproximada dos terrenos destinados a equipamentos destinados a equipamentos urbanos e comunitários e das áreas livres de uso do público; as faixas sanitárias do terreno necessárias ao escoamento das águas pluviais e as faixas não edificáveis; a zona ou zonas de uso predominante da área com indicação dos usos compatíveis. Todas essas diretrizes expedidas pelo Poder Público terão um prazo de 4 (quatro) anos, após o qual não mais vigorarão.¹⁵⁸

Essa fase de fixação de diretrizes poderá ser dispensada, por lei, sempre que o Município possuir menos de 50 (cinquenta) mil habitantes e, também, naqueles em que o plano diretor contiver diretrizes de urbanização para a zona em que se situe o parcelamento.

A principal função dessa primeira fase é garantir que o planejamento de loteamento do terreno esteja em consonância com a política de desenvolvimento urbano.

A fase seguinte se dará com a apresentação do projeto de loteamento junto a Prefeitura Municipal ou ao Distrito Federal, quando o loteamento se der em seu território, dentro do prazo de 4 (quatro) anos da delimitação das diretrizes. O projeto deverá conter desenhos, memorial descritivo e cronograma de execução das obras, acompanhada da certidão atualizada da matrícula da gleba, bem como da certidão negativa de tributos municipais e do instrumento de garantia competente.

Os desenhos devem conter, pelo menos, a subdivisão das quadras em lotes, com as respectivas dimensões e numeração; o sistema de vias com a respectiva hierarquia; as dimensões lineares e angulares do projeto, com raios, cordas, arcos, pontos de tangência e ângulos centrais das vias; os perfis longitudinais e transversais de todas as vias de circulação e praças; a indicação dos marcos de alinhamento e nivelamento localizados nos

¹⁵⁷ Lei 6.766/79, art. 6º.

¹⁵⁸ Lei 6.766/79, art. 6º.

ângulos de curvas e vias projetadas; a indicação em planta e perfis de todas as linhas de escoamento das águas.

Além disso, o memorial descritivo deverá conter, obrigatoriamente, a descrição sucinta do loteamento, com as suas características e a fixação de zona ou zonas de uso predominante; as condições urbanísticas do loteamento e as limitações que incidem sobre os lotes e as suas construções, além daquelas constantes das diretrizes fixadas; a indicação das áreas públicas que passarão ao domínio do município no ato de registro do loteamento; a enumeração dos equipamentos urbanos, comunitários e dos serviços públicos ou de utilidade pública, já existente no loteamento e adjacências.

O parágrafo 3º do artigo 9º da Lei 6.766/79 traz a advertência da necessidade de se manter sempre atualizada a matrícula do imóvel objeto do loteamento, sob pena de responsabilidade penal e de se invalidar as diretrizes expedidas e as aprovações subsequentes.

Aprovado o projeto de loteamento pela Prefeitura Municipal ou pelo Distrito Federal, quando for o caso, o loteador deverá apresentá-lo ao Registro de Imóveis competente, para que seja feito o registro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta), dias contados da aprovação, sob pena de caducidade desta. Cabe ressaltar, ademais, que o projeto de loteamento aprovado deverá ser executado no prazo constante do cronograma de execução, também sob pena de caducidade da aprovação.¹⁵⁹

O requerimento de registro deverá estar acompanhado dos seguintes documentos: título de propriedade do imóvel ou certidão da matrícula; histórico dos títulos de propriedade do imóvel, referente aos últimos 20 (vinte) anos, acompanhados dos respectivos comprovantes; certidão negativa de tributos federais, estaduais e municipais incidentes sobre o imóvel; certidão negativa de ações reais referentes ao imóvel, pelo período de 10 (dez) anos; certidões negativas de ações penais com respeito aos crimes contra o patrimônio e contra a Administração Pública; certidões dos cartórios de protesto de títulos e outros documentos de dívida, em nome do loteador, pelo período de 5 (cinco) anos; certidões de ações cíveis referente ao loteador, pelo período de 10 (dez) anos; situação jurídica atualizada do imóvel; certidões de ações penais contra o loteador, pelo período de 10 (dez) anos; cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Prefeitura Municipal, da execução das obras exigidas por legislação municipal, que deverão incluir, no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais ou da aprovação de um cronograma, com duração máxima de 4 (quatro)

¹⁵⁹ Arnaldo Rizzardo, *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano*, 7ª edição, p. 55.

anos, prorrogáveis por mais 4 (quatro) anos, acompanhado de competente instrumento de garantia para a execução das obras; exemplar do contrato padrão da promessa de venda, ou de cessão ou promessa de cessão; e declaração do cônjuge do requerente de que consente no registro do loteamento.¹⁶⁰

No tocante à existência de protesto, de ações pessoais e de ações penais, salvo quando se tratar de crime contra o patrimônio e contra a administração, não constituirá óbice ao registro do loteamento se restar comprovado pelo requerente que esses protestos e ações em nada prejudicarão os adquirentes dos lotes. Caso o oficial de registro de imóveis entender insuficiente a comprovação feita, suscitará dúvida perante o juízo competente.

Tratando-se de parcelamento popular, destinado às classes de baixa renda, em imóvel declarado de utilidade pública, com processo de desapropriação judicial em curso, com imissão provisória na posse, será dispensado o título de propriedade do imóvel, desde que o loteamento seja promovido pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas, autorizadas por lei a implantar projetos de habitação; conforme artigo 18, §4º, Lei 6.766/79.

Uma vez examinada a documentação pelo oficial de registro de imóveis e encontrando-se em ordem, deverá ser enviada à Prefeitura Municipal comunicação e publicará edital do pedido de registro, em resumo e com pequeno desenho de localização da área, em 3 (três) dias consecutivos, podendo este ser impugnado no prazo de 15 (quinze) dias contados da data da última publicação. O edital deverá ser publicado no jornal de circulação local do Município e, se não houver, no jornal de circulação da região.¹⁶¹

Decorrido o prazo, se houver impugnação, o oficial de registro de imóveis intimará o requerente do registro, bem como a Prefeitura Municipal ou o Distrito Federal, para que se manifestem sobre a impugnação no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de arquivamento do processo. Após a manifestação das partes, o processo será encaminhado ao juízo competente, que ouvirá o Ministério Público em 5 (cinco) dias e, em seguida, decidirá, de plano ou após instrução sumária. Se entender necessário, sempre que o processo exigir maior indagação, o juiz poderá remeter o interessado às vias ordinárias.

Não havendo impugnação findo o prazo do edital, o oficial de registro de imóveis registrará o loteamento. Ressalte-se que efetuado o registro em desacordo com as exigências da Lei 6.766/79, o oficial de registro de imóveis ficará sujeito a multa equivalente

¹⁶⁰ Lei 6.766/79, art. 18.

¹⁶¹ Lei 6.766/79, art. 19.

a 10 (dez) vezes os emolumentos previstos para o ato, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis.

O registro do loteamento será feito, por extrato, no Livro 2 – Registro Geral. Além do registro do loteamento, com uma indicação para cada lote, será feito no Registro de Imóveis a averbação das alterações, a abertura de ruas e praças e as áreas destinadas a espaços livres ou equipamentos urbanos.

Estando a área loteada em mais de uma circunscrição imobiliária, o registro deve ser solicitado, primeiramente, naquela em que estiver localizada a maior parte do loteamento. Em seguida, requererá o registro em cada uma das demais circunscrições, comprovando perante cada qual o registro efetuado na anterior, até que o loteamento se ache inteiramente registrado em todas elas. Somente, então, será o loteamento considerado registrado.¹⁶²

Cabe destacar que é vedado ao interessado processar o registro do loteamento simultaneamente perante as diversas circunscrições. Todavia, o indeferimento do pedido de registro em uma circunscrição não gera o cancelamento do registro procedido em outra, desde que o motivo que levou ao indeferimento não se estenda ao registro efetuado anteriormente, sendo necessário, ainda, que o interessado requeira a manutenção do registro.

As praças, vias, espaços livres e áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, que constam do projeto e do memorial descritivo, passarão ao domínio público desde o registro do loteamento, independentemente de qualquer requerimento. Nas situações em que o parcelamento do solo se encontre efetivado, porém não registrado, poderá o Município requerer o registro das áreas de uso público, para que possam integrar seu domínio.

Registrado o loteamento, seu cancelamento só poderá ser feito mediante decisão judicial; a requerimento do loteador, com a anuência da Prefeitura Municipal ou do Distrito Federal, enquanto nenhum lote for vendido; ou a requerimento do loteador, juntamente com todos os adquirentes de lotes, bem como com a anuência da Prefeitura Municipal ou do Distrito Federal, quando for o caso, e a do Estado.

Sendo requerido o cancelamento do loteamento, o oficial de registro de imóveis deverá publicar edital do pedido de cancelamento, em resumo, abrindo-se prazo para impugnação em 30 (trinta) dias, contados da última publicação do edital. Decorrido o

¹⁶² Arnaldo Rizzardo, op. cit., p.89.

prazo, tendo sido apresentada impugnação ou não, o processo será remetido ao juízo competente para homologação, ouvido o Ministério Público.

4. QUESTÕES REGISTRAS

Apresentado o requerimento juntamente com a documentação elencada no artigo 18 da Lei 6.766/79, ao registro de imóveis competente, pelo interessado, o oficial de registro deverá fazer o apontamento do título no Livro 1 – Protocolo.

Uma vez protocolizado, o oficial deverá examinar a documentação e qualificar o título, dentro do prazo de 10 dias úteis¹⁶³. Encontrando-se em ordem a documentação, antes de proceder ao registro do loteamento, o registrador de imóveis deverá encaminhar comunicação à Prefeitura, bem como publicar, em resumo e com pequeno desenho de localização da área, edital do pedido de registro, em 3 (três) dias consecutivos. Publicado o edital, é aberto prazo de 15 (quinze) dias para impugnação ao registro do loteamento.¹⁶⁴

Não havendo impugnação, o registro será feito imediatamente, por extrato, no Livro 2 – Registro Geral. Entretanto, se houver impugnação de terceiros, o procedimento será decidido pelo juiz competente. Nesse caso, o oficial de registro de imóveis deverá intimar a Prefeitura Municipal e o requerente, para que se manifestem em 5 (cinco) dias e, em seguida, encaminhará o processo ao juiz para decisão. Se os interessados não se manifestarem no prazo o processo será arquivado.

Cabe ressaltar, que o oficial de registro de imóveis deve estar sempre atento aos procedimentos de registro de loteamento para evitar que haja fraude a lei. Um ponto de cautela que merece destaque é o que diz respeito à venda de frações ideais de terrenos na tentativa de camuflar o loteamento.

Muitas vezes os proprietários de terrenos, para evitar todo o procedimento especial acima descrito de loteamento, no qual é necessário abrir vias de circulação, implementar equipamentos urbanos e comunitários, desenvolver toda a infraestrutura do local, com aprovação prévia pela Prefeitura Municipal, promovem a venda de frações ideais de seu terreno para diversas pessoas formando um grande condomínio. Contudo, na prática, a parte compradora adquire uma parte certa do terreno, no caso, um lote. Isso é vedado expressamente pela legislação vigente.

Ora, não é possível ser proprietário de fração ideal de um terreno e ter sobre ele parte certa e determinada. Quando se tem um condomínio, cada condômino pode usar a

¹⁶³ NSCGJ/SP, Cap. XX, item 41.

¹⁶⁴ Lei 6.766/79, art. 19.

coisa conforme a sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.¹⁶⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise dos aspectos gerais do loteamento, podemos observar que o papel desempenhado pelo registrador de imóveis é de grande importância na instrumentalização dos loteamentos para que eles atendam aos requisitos exigidos em lei.

Ao proceder à análise da documentação apresentada, bem como a verificação se os espaços públicos foram respeitados e se houve uma fase preliminar na qual a Prefeitura Municipal aprovou o projeto de loteamento desenvolvido com base nas diretrizes por ela traçadas, o oficial de registro de imóveis tem o mister de evitar que sejam implementados loteamentos irregulares, bem como que haja burla à lei, com a venda de frações ideais, quando, na verdade, estão sendo vendidos lotes.

Todo o procedimento necessário para que o loteamento seja registrado e, conseqüentemente, considerado regular, visa trazer maior harmonia às cidades, de modo que o processo de expansão urbana seja feito com a devida integração à cidade já existente, propiciando à população que passará a ocupar essa nova área urbana tenha condições de vida digna, com interligação às demais regiões que integram os centros urbanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, José Roberto Neves, FILHO, Rubens Carmo Elias. Direito Imobiliário: questões contemporâneas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Reais. 5ª edição. Coimbra, 2000.

BRANDELLI, Leonardo. Direito Civil e Registro de Imóveis. São Paulo: Método, 2007.

BRASIL – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Legislação Federal. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL – Decreto-Lei 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Legislação Federal. Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 1937.

¹⁶⁵ Código Civil, art. 1.314.

BRASIL – Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e da outras providências. Legislação Federal. Publicado no diário oficial da união no dia 20 de dezembro de 1979.

BRASIL – Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e da outras providências. Legislação Federal. Publicado no diário oficial da união no dia 11 de julho de 2001.

BRASIL – Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Legislação Federal. Publicado no diário oficial da união no dia 11 de janeiro de 2002.

BRASIL – Provimento 58/89, Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo. Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

CASCONI, Francisco Antônio, AMORIM, José Roberto Neves. Condomínio Edilício: aspectos relevantes. 2ª edição. São Paulo: editora método, 2006.

CARVALHO, Afrânio de. Registro de imóveis. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1989. v. 1.

GRAU, Eros Roberto. Direito urbano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

JACOMINO, Sérgio. Boletim Eletrônico do IRIB n. 509, de 29 jun. 2002. Disponível em: www.irib.org.br. Acesso em: 14 de ago. de 2021.

JUSTO, Santos. Direitos Reais. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

LIMA, F. H. V. A propriedade Imobiliária nos 30 anos da Constituição Federal: os desejáveis novos rumos. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, v. 85, p. 201-264, 2018.

MICHELAT, G. Sobre a utilização da entrevista não-diretiva em sociologia. In:

THOILLENT, M.J.M. Crítica Metodológica, investigação social e enquete operária. São Paulo: Polis, 1982.

MARÉS, Carlos Frederico. A função social da terra. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Nelson Corrêa de. Aplicações do Direito na Prática Notarial e Registral. 4ª edição. São Paulo: BH Editora, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 1ª edição. Rio de Janeiro / São Paulo: Companhia Editora Forense, 1970.

PORTO, José Costa. Estudo sobre o sistema sesmarial. Recife: Imprensa Universitária, 1965.

RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano**. Lei 6.766/79 e 9.785/99. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

SANTOS, F. A. Condomínios e incorporações no registro de imóveis. São Paulo: Mirante, 2012.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, E. P. R. S. Constituição Cidadã: a função social da propriedade e o registro imobiliário. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, v. 85, p. 127-141, 2018.

DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE E SUA ESTABILIZAÇÃO: HÁ COISA JULGADA MATERIAL?

RAPHAEL LEANDRO SILVA:

Mestrando e especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura - EPM.¹⁶⁶

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade analisar, brevemente, o instituto das tutelas provisórias na forma como previsto no Código de Processo Civil (CPC) para ingressar, então, em uma análise mais aprofundada acerca da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, em especial os efeitos decorrentes de sua estabilização após o decurso do prazo de 2 anos para propositura de ação tendo por objeto a sua revisão, reforma ou invalidação, de modo a permitir, ao final, a conclusão se a estabilização prevista no CPC opera ou não eficácia de coisa julgada material após o decurso do referido prazo.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Tutela provisória. Tutela antecipada antecedente. Estabilização. Coisa julgada.

ABSTRACT: This article briefly discusses the institute of provisional guardianships as provided for in the Code of Civil Procedure (CPC) to enter, then, into a more in-depth analysis of the anticipated guardianship required in advance, in particular the resulting effects of its stabilization after the expiration of the period of 2 years to bring an action with the object of its review, reform or invalidation, in order to allow, in the end, the conclusion if a stabilization provided for in the CPC operates or is not effective of material res judicata after the expiry of that period.

Keywords: Civil Procedural Law. Provisional guardianship. Prior interlocutory relief. Stabilization. Thing judged.

1. INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor, em 2016, do Código de Processo Civil houve significativa inovação no que diz respeito às tutelas provisórias (gênero), que por sua vez se subdivide em duas espécies, quais sejam, (i) a tutela de urgência, podendo ser cautelar ou satisfativa, e a (ii) tutela da evidência.

¹⁶⁶ E-mail: raphassl@yahoo.it

Uma destas inovações diz respeito à criação de procedimento, antes exclusivo da tutela cautelar, que permite a obtenção, em caráter antecedente, de tutela de urgência de natureza antecipada, prevendo, ainda, a possibilidade de estabilização dos efeitos decorrentes da sua concessão.

Tais alterações tiveram por principal motivo diminuir os efeitos nocivos do tempo em razão da demora na prestação jurisdicional, garantindo ao jurisdicionado um processo mais justo e célere.

Logo, o presente artigo terá por objetivo analisar, brevemente, o instituto das tutelas provisórias na forma como previsto no Código de Processo Civil (CPC), permitindo, assim, a identificação de suas principais características e requisitos, para ingressar, então, em uma análise mais aprofundada acerca deste novo procedimento previsto no CPC, para podermos concluir, ao final, ser superado o prazo de 2 anos previstos no ordenamento para propositura de ação tendo por objeto a revisão, reforma ou invalidação da tutela concedida, se a estabilização prevista produz os mesmos efeitos da coisa julgada material.

2.DAS TUTELAS PROVISÓRIAS.

Por tutela provisória deve-se entender o conjunto de técnicas processuais que permitem ao magistrado assegurar ou até mesmo satisfazer, ainda que liminarmente, a pretensão do autor da demanda, já que, a teor do quanto disposto no art. 5º, XXXV, da CF/88, *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Não destoia deste entendimento o quanto defendido por Cassio Scarpinella Bueno¹⁶⁷, ao afirmar que:

A expressão “tutela provisória”, que acabou rotulando o Livro V da Parte Geral do Código de Processo Civil, merece ser compreendida como o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presente da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor, até mesmo de maneira liminar, isto é, sem prévia oitiva do réu.

¹⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil – volume 1: teoria geral do Direito Processual Civil – parte geral do Código de Processo* - 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 700.

Fixado este conceito, se extrai da leitura do art. 294 do CPC que o legislador entendeu por bem tratar de forma unitária as tutelas provisórias (gênero), subdividindo-as em duas espécies, a saber: (i) tutela de urgência e (ii) tutela da evidência.

Para fins deste artigo, nos interessa tratar das tutelas de urgência, que se subdividem, por sua vez, em cautelar e antecipada, sendo que a primeira visa assegurar o resultado útil do processo, conservando determinada situação fática e/ou jurídica, enquanto a segunda tem por finalidade antecipar, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida pelo autor da ação, conforme ensinam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini¹⁶⁸, não destoando deste entendimento o quanto defendido por Cassio Scarpinella Bueno¹⁶⁹:

(...) a tutela provisória cautelar merece ser compreendida como as técnicas que buscam assegurar o resultado útil do processo. A tutela provisória antecipada, por sua vez, são as técnicas que permitem satisfazer, desde logo, a pretensão do autor.

Também são esses os ensinamentos de Arruda Alvim¹⁷⁰, ao afirmar que “(...) *as medidas provisórias de natureza cautelar são provimentos judiciais que servem para garantir que não pereçam os meios necessários a que o processo atinja seu resultado útil*”, enquanto que “(...) *a antecipação dos efeitos da tutela tem natureza satisfativa, no sentido de que antecipa no tempo a entrega do bem da vida almejado pela parte que requer*”.

Para concessão das tutelas de urgência, seja de forma antecipada ou incidental – a depender da contemporaneidade da urgência –, é necessário que o autor da ação demonstre, a teor do quanto disposto no art. 300 do CPC, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, sendo que o primeiro requisito corresponde, conforme indicado por Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira¹⁷¹, ao “*fumus boni iuris*” e a verossimilhança das alegações, outrora previstos no revogado Código de Processo Civil de 1973 para deferimento da tutela cautelar ou para antecipação dos efeitos da tutela, respectivamente.

168 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, volume 2: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 20 ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 934/935.

169 BUENO, op. cit., p. 703.

170 ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo: Processo de Conhecimento: Recursos: Precedentes*, 20ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021, p. 756.

171 OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 81.

Nesse sentido, tem-se que a probabilidade do direito consiste no dever de a parte demonstrar ao juiz que os elementos até então apresentados permitem concluir que o provimento jurisdicional final lhe será provavelmente favorável, tratando-se, portanto, de probabilidade verificada com base na lógica, já que, conforme afirmam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹⁷², “(...) surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis dos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos”.

Em linha com o quanto exposto no parágrafo antecedente são os ensinamentos de Cassio Scarpinella Bueno¹⁷³:

A “probabilidade do direito” deve ser entendida no sentido de que as alegações daquele que formula o pedido de tutela provisória fundamentada na urgência, somadas aos meios de prova pré-constituídos apresentados com a petição respectiva (ou, se for o caso, “após a justificação prévia”), são suficientes para que o magistrado desenvolva cognição sumária suficiente para antevê o requerente como merecedor da tutela jurisdicional.

Já no que diz respeito o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, cabe a parte demonstrar que há a necessidade de intervenção urgente do Poder Judiciário de modo a evitar a ocorrência de dano em razão da demora no trâmite do processo, ou seja, na prestação jurisdicional ou para evitar a ocorrência de dano iminente, não destoando deste entendimento o quanto apontado por José Miguel Garcia Medina¹⁷⁴:

Usa-se, hoje, a expressão perigo da demora (*periculum in mora*) em sentido amplo, seja para afirmar que a tutela de urgência é concedida para evitar dano decorrente da demora processual, seja porque se está diante de uma situação de risco, a impor a concessão da medida de emergência para evitar a ocorrência de dano iminente.

Nota-se, assim, que as tutelas provisórias de urgência têm por finalidade precípua impedir a ocorrência ou agravamento do dano, de modo que a decisão a ser proferida não o será com base em cognição exauriente, mas simples cognição sumária ou superficial,

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 215.

¹⁷³ BUENO, op. cit., p. 715.

¹⁷⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 520.

ante a urgência na sua apreciação. Outro não é o entendimento de José Miguel Garcia Medina¹⁷⁵ ao afirmar que *“Em razão da situação de urgência, normalmente acaba-se exigindo do magistrado a prolação de decisão fundada em cognição sumária, isso é, menos aprofundada acerca da existência do direito (basta a “probabilidade do direito”, cf. art. 300 do CPC/2015)”*.

Com relação a cognição necessária para deferimento ou não da tutela provisória (cognição sumária), convém ressaltar que esta difere da denominada cognição exauriente, já que esta última é prestada após ampla instrução probatória e, por consequência, com participação ativa de ambas as partes, enquanto a primeira é prestada, na maioria dos casos, com base apenas nas provas pré-constituídas pela parte requerente (art. 300, § 2º, CPC), sendo o acervo probatório passível de complementação quando do ingresso da parte contrária nos autos, razão pela qual não é apta, inclusive, à formação da coisa julgada material.

Nesse sentido, preciosos são os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni¹⁷⁶:

A tutela de cognição exauriente garante a realização plena do princípio do contraditório, ou seja, não permite a postecipação da busca da “verdade e da certeza”. Por isso mesmo, a tutela de cognição exauriente, ao contrário da tutela sumária, é caracterizada por produzir coisa julgada material. O juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe.

Não por outro motivo que o art. 296 do CPC prevê, expressamente, que a tutela provisória poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Deve-se levar em consideração, ainda, a impossibilidade de sua concessão de ofício, ou seja, sem que haja requerimento da parte, pactuando este autor com os entendimentos defendidos por Cassio Scarpinella Bueno¹⁷⁷, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo

¹⁷⁵ MEDINA, op. cit., p. 493.

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021, p. 29/30.

¹⁷⁷ BUENO, op. cit., p. 713.

Talamine¹⁷⁸, Fredie Didier Junior, Paula Serrano Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁷⁹. E não poderia ser diferente, pois, revogada/modificada eventual tutela provisória concedida de ofício, é a parte quem irá ter que responder pelos eventuais prejuízos decorrentes da sua efetivação (art. 302 CPC), cabendo a ela e não ao juiz, portanto, a definição se suportará ou não tal risco.

Já não bastasse isso, fato é que, não havendo previsão expressa nesse sentido, nos parece que a sua concessão de ofício fere, de certo modo, o princípio da imparcialidade, que em termos simples significa, conforme se extrai dos ensinamentos de Cassio Scarpinella Bueno¹⁸⁰, a indiferença do magistrado com relação à solução do litígio.

Outra questão relevante relacionada às tutelas provisórias diz respeito a sua efetivação, pois não basta o deferimento da medida, é necessário que seja apta a atender os anseios e necessidade da parte requerente, não por outro motivo que o artigo 297 do CPC prevê, expressamente, a possibilidade de o magistrado determinar as medidas que entender necessárias, ou seja, o referido artigo prevê, nada mais nada menos, que o “Poder Geral de Cautela”, que consiste, nas palavras de José Miguel Garcia Medina¹⁸¹, no “(...) *poder que tem o juiz de conceder medidas em casos não previstos, expressamente, pelo legislador (as chamadas medidas cautelares inominadas ou atípicas*”, que decorre, por sua vez, do Poder Geral de Coerção previsto no art. 139, IV, do CPC.

Por fim, mas não menos importante, tem-se ainda a possibilidade de fungibilidade entre as tutelas provisórias a teor do quanto disposto no art. 305, parágrafo único, do CPC. Em que pese a referida disposição esteja prevista no Capítulo que trata da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, fato é que este autor compactua do entendimento externado por Cândido Rangel Dinamarco¹⁸² no sentido de que a fungibilidade em questão poderia ser aplicada em via de mão dupla, sendo possível, assim, a substituição de um instituto pelo outro e vice-versa, obviamente, desde que preenchidos os requisitos necessários para tanto.

3.DO PROCEDIMENTO REFERENTE À TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE.

¹⁷⁸ WAMBIER, op. cit. p. 943/944.

¹⁷⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p.

¹⁸⁰ BUENO, op. cit., p. 148.

¹⁸¹ MEDINA, op. cit. p. 498.

¹⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da Reforma. 4^a ed, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92.

Conforme mencionado no tópico acima, a tutela provisória de urgência subdivide-se em cautelar e antecipada.

No que diz respeito à tutela antecipada, convém destacar que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973 a sua obtenção somente era possível no bojo do processo de conhecimento, é o que se extrai da leitura do art. 273 do referido “Codex”, sendo a concessão de forma antecipada prevista, até então, apenas para a tutela de natureza cautelar (art. 796 CPC/73), conforme apontado, inclusive, por Cassio Scarpinella Bueno¹⁸³.

Todavia, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, tal possibilidade deixou de ser exclusiva da tutela de natureza cautelar, na medida em que, agora, é possível requerer a concessão de tutela antecipada também de modo antecedente, podendo o interessado na sua obtenção se limitar a fazer menção, em um primeiro momento, ao pedido definitivo/principal que será apresentado posteriormente, conforme se extrai da leitura dos arts. 303 e 304 do CPC, ou seja, o legislador criou, assim, um novo procedimento para obtenção da tutela antecipada.

Nesse sentido, convém destacar que a utilização deste procedimento exige a existência e, por consequência, a demonstração de situação urgente que impossibilite a reunião de todos os elementos probatórios necessários para instrução da petição inicial, bem como impeça a sua correta elaboração, sem colocar em risco a efetividade da tutela jurisdicional definitiva, é o que se extrai da expressão “*urgência contemporânea à propositura da ação*” contida no “caput” do art. 303, que deve ser compreendida, conforme lição de Arruda Alvim¹⁸⁴, como aquela que “(...) *mais do que pôr em risco a integridade do bem da vida, também não permite que o autor desenvolva uma petição inicial na forma prevista no art. 319 e 320, CPC/2015*”.

Logo, nos parece que a expressão “*urgência contemporânea à propositura da ação*” não se confunde com os requisitos previstos no art. 300 do CPC para concessão das tutelas provisórias, tendo por finalidade apenas permitir a identificação da técnica processual a ser utilizada para obtenção da referida tutela, não por outro motivo que Cassio Scarpinella Bueno¹⁸⁵ afirma que “(...) *Não fosse por ela, o caso não seria de tutela antecipada antecedente, afastada, destarte, a incidência do art. 303 (...)*”, de modo que a ausência de “urgência contemporânea” impede que a tutela seja requerida de forma antecipada, mas não em caráter incidental.

Com relação a esse novo procedimento e visando a sua efetividade, tendo em vista o quanto indicado nos parágrafos antecedentes, o CPC permite, expressamente, que a

¹⁸³ BUENO, op. cit., p. 727.

¹⁸⁴ ALVIM, op. cit., p. 786.

¹⁸⁵ BUENO, op. cit., p. 728.

petição inicial seja elaborada de forma mais simples, podendo o interessado se limitar, conforme já apontado, à indicação do pedido de tutela final, com a exposição simplificada da lide, não sendo exigido, assim, a observância integral a todos os requisitos previsto nos arts. 319 e 320 do referido código, com exceção dos requisitos que não guardem relação de prejudicialidade direta com a urgência alegada, a exemplo do endereçamento e da qualificação das partes, já que tais informações são essenciais para a definição da competência para processamento e julgamento da demanda.

Não por outro motivo que o interessado na obtenção deste tipo de tutela deve indicar de forma expressa, a teor do quanto disposto no § 5º, do art. 303 do CPC, que pretende se valer deste “benefício”, de modo a permitir a flexibilização do quanto disposto nos já mencionados arts. 319 e 320, não prejudicando, assim, o eventual juízo de admissibilidade, bem como permitindo, eventualmente, a estabilização da tutela concedida, não destoando deste entendimento o quanto defendido por Cassio Scarpinella Bueno¹⁸⁶ ao afirmar que:

Este benefício merecer ser compreendido, a despeito da inequívoca remissão legislativa, em duas acepções diversas. A primeira diz respeito ao que aqui interessa: para que a petição inicial elaborada com o menor rigor formal tolerado pelo caput do art. 303, flexibilizando, portanto, o art. 319, que é o referencial para a prática daquele ato, não seja mal compreendida, comprometendo, quiçá, seu próprio juízo de admissibilidade. A segunda relaciona-se com a possibilidade de a tutela concedida vir a se estabilizar na hipótese do art. 304”.

Outro motivo que justifica a necessidade de indicação expressa de que o requerente pretende se falar deste procedimento, é o de permitir que o réu tenha consciência de que, não se insurgindo contra a decisão concessiva da tutela, esta irá se estabilizar.

Outro ponto digno de nota acerca da petição inicial, diz respeito à necessidade de o interessado dar, desde logo, o correto valor à causa, ou seja, já considerando o benefício econômico decorrente de eventual acolhimento da pretensão principal (art. 303, § 4º, CPC), cuja indicação completa restou inviabilizada, naquele primeiro momento, em razão da urgência contemporânea à propositura da ação, de modo que tal exigência parece ser

¹⁸⁶ BUENO, op. cit., p. 729.

desarrazoada no entendimento deste autor, conforme defendido também por Cassio Scarpinella Bueno¹⁸⁷.

Ora, se a urgência é tamanha a ponto de impedir a correta formulação da pretensão principal, podendo ser também um fator limitante a reunião imediata dos recursos financeiros necessários para pagamento das custas processuais, cujo valor pode alcançar o teto previsto no § 1º, do art. 4º, da Lei nº 11.608/03 (R\$ 87.270,00), o mais acertado seria permitir que o valor da causa seja dado, em um primeiro momento, por estimativa, com base no quanto disposto no art. 291 do CPC, sob pena de inviabilizar o acesso ao Poder Judiciário, em clara negativa de vigência ao inciso XXXV, do art. 5º da CF/88.

A ocorrência de urgência contemporânea à propositura da medida, se relaciona também ao grau de cognição realizado para a análise da probabilidade do direito, pois, admitindo-se a existência de diferentes níveis de cognição sumária, dúvidas não há de que, ante a incompletude da instrução e formulação do pedido principal, a análise a ser realizada pelo juiz será muito mais rasa do que aquela exigida para a concessão da tutela antecipada incidental, outro não é o entendimento de Arruda Alvim¹⁸⁸.

Essa urgência qualificada também repercute na probabilidade do direito. A tutela antecipada requerida em caráter antecedente foi uma alternativa para atender ao ponto de tensão mais sensível entre a urgência e a verossimilhança. Nessas situações, diante da simplicidade da petição inicial, bem como da precariedade de provas documentais que o autor pode dispor, o juízo de aparência formado será mais tênue. Em regra, a probabilidade do direito formada na tutela antecipada incidental (que acompanha a petição inicial na forma dos arts. 319 e 320 do CPC/2015 e cuja urgência não impede a instrução documental) será mais densa do que a averiguada na tutela antecipada antecedente.

Não é demais ressaltar também que o pedido de tutela antecipada antecedente pode ser formulado também nas ações de competência originária dos Tribunais, sendo certo que, nesta hipótese, o recurso cabível em caso de indeferimento será o agravo interno, em respeito ao quanto disposto no art. 1.021 do CPC.

Há, ainda, a necessidade de o interessado aditar a petição inicial no prazo de 15 (quiser) dias, a contar da concessão da medida (art. 303, § 1º, I, CPC), aditamento este que nada mais é do que a complementação da petição inicial por meio da qual foi veiculado o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, de modo a permitir o julgamento do

¹⁸⁷ BUENO, op. cit., p. 728.

¹⁸⁸ ALVIM, op. cit., p. 786.

mérito, exatamente por isso que a inobservância de tal dever gera a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, § 2º, CPC).

Deve-se destacar, conforme apontado por Arruda Alvim¹⁸⁹, que o CPC é omissivo com relação à obrigatoriedade de apresentação do aditamento em caso de indeferimento da tutela, mas, conforme ensina, “(...) podemos aceitar, em face dos princípios constitucionais relativos ao acesso à justiça que há prerrogativa de prosseguir no processo em busca da solução definitiva de mérito, tal como na hipótese da tutela ter sido concedida”.

Situação diversa ocorre quando o juiz declara expressamente que não estão presentes os requisitos necessários para antecipação da tutela em caráter antecedente, oportunidade na qual poderá determinar a respectiva emenda no prazo de 5 dias (art. 303, § 6º, CPC).

Deve-se esclarecer, ainda, a necessidade de compatibilização, pelo juiz dos prazos previstos no CPC para apresentação do aditamento pelo autor e interposição de recurso pelo réu, de forma a evitar a adoção de medidas desnecessárias, já que, conforme a prática forense tem demonstrado, o prazo para apresentação do aditamento finda-se antes de escoado o prazo para interposição de eventual recurso pelo Réu, na medida em que o primeiro tem início logo depois de concedida a tutela antecipada e o segundo somente depois da efetiva citação/intimação do Réu, obrigando o autor a apresentar o aditamento independentemente de saber qual será a postura adotada pelo réu, se comissiva ou omissiva e, assim, se a tutela concedida irá se estabilizar ou não, sendo certo que, sendo a postura omissa, o conteúdo do aditamento sequer será analisado.

Nesse sentido, são os entendimentos de Arruda Alvim¹⁹⁰ e Cassio Scarpinella Bueno¹⁹¹, sendo que este último assim aborda a questão:

O que pode ocorrer, mas que é bem diverso do que decorre das previsões codificadas, é que o magistrado amplie o prazo para que o autor emende a petição inicial a ponto de haver tempo suficiente para verificar o comportamento do réu, o que encontra expressa fundamentação na parte final do inciso I do § 1º do art. 303. Havendo tal ampliação – que pode, até mesmo ser requerida e justificada pelo autor em sua petição inicial, lembrando-se, inclusive, do inciso VI do

189 ALVIM, op. cit., p. 789.

190 ALVIM, op. cit., p. 789.

191 BUENO, op. cit., p. 734.

art. 139 -, diante da omissão do réu em assumir alguma postura contrária à tutela antecipada, somada à indicação de que o autor “pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo” (art. 303, § 5º), dar-se-á a estabilização da tutela antecipada, independentemente do aditamento da petição inicial.

Deferida a tutela antecipada antecedente, o Réu será citado e intimado da data de audiência de conciliação ou mediação, seguindo o processo, a partir de então, o procedimento comum, sendo o prazo para defesa contado de acordo com o art. 335 do CPC (art. 303, § 1º, II e III, CPC).

Não impugnada, a tutela torna-se estável (art. 304 CPC). Nesse sentido, em linha com o quanto defendido por Cassio Scarpinella Bueno¹⁹² e em oposição ao quanto sustentado por Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini¹⁹³, nos parece que a redação do “caput” do art. 304 deve ser compreendida de forma ampliativa, de modo a se aceitar como forma de impedir a estabilização da tutela a apresentação, pelo Réu, de qualquer manifestação contrária aos termos da decisão concessiva da medida.

Esse entendimento se deve ao fato de que a adoção de entendimento contrário, tal como defendido, por exemplo, por Alexandre Freitas Câmara¹⁹⁴, acabaria por condicionar a apresentação de contestação ao ato de interposição do recurso, já que a ausência deste enseja, a teor do quanto disposto no § 1º, do art. 304, a extinção do processo ante a estabilização da tutela, obrigando o réu a propor, no prazo de 2 (anos) a ação prevista no § 2º, do art. 304 do CPC, em clara violação ao princípio da eficiência processual, na medida em que, conforme afirma Cassio Scarpinella Bueno¹⁹⁵, “(...) a atividade jurisdicional deve ser prestada sempre com vistas a produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços (...)”.

Com relação a estabilidade acima mencionada, convém destacar, brevemente e apenas a título de informação, já que a sua origem não é objeto deste trabalho, que o legislador brasileiro foi influenciado, para sua criação, pelas técnicas existentes em especial no direito francês e no italiano.

192 BUENO, op. cit., p. 734.

193 WAMBIER, op. cit., p. 963.

194 CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019, p. 159-160.

195 BUENO, op. cit., p. 163.

Do direito francês, extrai-se a existência do *jurisdiction du référé*, o qual tem o condão de gerar, conforme indicado por Carlos Augusto de Assis¹⁹⁶, “(...) provimento de caráter satisfativo, sem força de coisa julgada, mas que permanece eficaz enquanto não for desfeito em virtude de processo de cognição exauriente, proposto por qualquer das partes”, já que, segundo Gérard Couchez¹⁹⁷ era um procedimento especial que era imposto, quase sempre, pela urgência, tendo sido retomado pelo Código de Processo Civil de 1806 daquele país.

Já no direito italiano, há os “provvedimenti d’urgenza”¹⁹⁸, que possui características similares ao *jurisdiction du référé*, e não poderia ser diferente, já que o direito italiano se embasou também no direito francês para criar o seu procedimento de estabilização.

Quanto ao prazo de 2 anos previsto no § 5º, convém destacar se tratar, conforme apontado por Cassio Scarpinella Bueno¹⁹⁹, de prazo decadencial, a fulminar exclusivamente o direito “(...) de os interessados se voltarem aos efeitos da tutela antecipada antecedente, revendo-os, reformando-os ou invalidando-os”.

Por fim, mas não menos importante, tem-se ainda que o § 6º, do art. 304 do CPC é expresso ao indicar que “A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”.

4.DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUEIRA EM CARATER ANTECEDENTE E DA AUSÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL

Conforme indicado acima, não impugnada a decisão por meio da qual foi concedida a tutela antecipada em caráter antecedente, o processo será extinto, estabilizando-se, assim, os efeitos dela decorrentes até ser revista, reformada ou invalidada por meio de decisão a ser prolatada no âmbito da ação prevista no § 2º, do art. 304.

Ocorre que embora o § 6º do artigo mencionado no parágrafo antecedente seja claro acerca da impossibilidade da decisão que concede a tutela antecipada fazer coisa

196 ASSIS, Carlos Augusto de. “Antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas Perspectiva”, in “TUTELA PROVISÓRIA NO CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015”, coord Cassio Scarpinella Bueno, Elias Marques de Medeiros Neto, Olavo de Oliveira Neto, Patrícia Cozzolino de Oliveira, Paulo Henrique dos Santos Lucon. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018, p. 33.

197 COUCHEZ, Gérard. *Procédure civile*. 4ª ed. Paris: Sirey, 1986, p. 35-36.

198 CARPI, Federico; TARUFFO, Michele. *Commentario breve al código di procedura civile*. 7 ed. Padova: Cedam, 2012, p. 2.434.

199 BUENO, op. cit., p. 738.

julgada material, não há, ainda, um consenso na doutrina de como qualificar essa estabilidade depois de decorrido o prazo de 2 anos previsto no § 5º do referido artigo, havendo quem defenda, a exemplo de Araken de Assis²⁰⁰, a configuração da coisa julgada material.

Todavia, nos parece que não há como se defender a tese de que a estabilização da tutela pode produzir, depois de superado o prazo de 2 anos, os mesmos efeitos da coisa julgada material.

Nesse sentido, convém destacar, de início, o conceito de coisa julgada material contido no art. 502 do CPC, segundo o qual *“Denomina-se coisa julgada material autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”*.

Partindo deste conceito, se pode afirmar, sem medo de errar, que a coisa julgada material consiste na impossibilidade de se discutir e decidir, em outro processo, a mesma questão já decidida pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, Arruda Alvim²⁰¹ afirma que:

A coisa julgada material representa a finalização da atividade jurisdicional, para o juízo que decidiu a causa, para toda a sociedade e, também, para todo o Poder Judiciário; ela implica não ser possível, a respeito de uma mesma pretensão, já decidida com autoridade de coisa julgada, discutir-se mais uma vez e a sociedade deve respeitar o resultado. Daí é que o resultado do processo impõe-se às partes e a todos da sociedade e, em particular, aos integrantes do Poder Judiciário, pois, se aí se decidiu a lide com autoridade de coisa julgada material, não poderá esta ser julgada uma segunda vez.

Ainda considerando o conceito acima indicado, seria possível falar da existência da coisa julgada formal, consistente na impossibilidade de impugnação da decisão mediante recurso, seja pelo esgotamento destes ou pelo fato de a parte ter deixado transcorrer “in albis” o prazo processual para tanto.

Todavia, este autor compactua do entendimento no sentido de que a coisa julgada deveria ser tratada somente em seu âmbito material (substancial), na medida em que a denominada coisa julgada formal não se trata, na verdade, de coisa julgada, mas de

200 ASSIM, Araken. *Processo Civil brasileiro, vol. II, tomo II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 610.

201 ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo: Processo de Conhecimento: Recursos: Precedentes*, 20ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021, p. 1.165.

preclusão, já que consistente na impossibilidade da parte se insurgir, dentro do processo, contra a decisão de mérito pelos motivos expostos no parágrafo antecedente, sendo a sua ocorrência um pré-requisito para configuração da coisa julgada material.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero²⁰² afirmam que:

Por isso mesmo, a chamada coisa julgada formal em verdade não se confunde com a verdadeira coisa julgada (ou seja, com a coisa julgada material). É, isso sim, uma modalidade de preclusão (preclusão temporal), a última do processo, que torna insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença nele proferida. A coisa julgada formal constitui, portanto, o simples trânsito em julgado de determinada decisão.

Não destoaria deste entendimento o quanto defendido por Rennan Thamay²⁰³ ao afirmar que:

Em verdade, muito embora se reconheça esse fenômeno, acredita-se que não seria a melhor medida trabalhar a coisa julgada como material e formal, pois a *res iudicata*, como se sabe, é distinta da preclusão, aquilo que parcela da doutrina tem confundido com a coisa julgada formal.

Outra questão possível de se extrair do quanto disposto no art. 502 do CPC é a intenção do legislador em limitar a incidência da coisa julgada a decisão de mérito, consistindo esta, por sua vez, naquela que acolhe ou rejeita o pedido formulado na ação ou na reconvenção, reconhece a ocorrência da prescrição ou decadência, bem como que homologa: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; e c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção, conforme se extrai da leitura do art. 487 do CPC.

De fácil percepção, portanto, que para configuração da coisa julgada material a decisão deve ter sido prolatada com base em cognição exauriente, de modo que, conforme

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum* – vol. 2. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021, p. 687.

²⁰³ THAMAY, Rennan. *Coisa julgada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2020, p. 90.

afirmam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini²⁰⁴, deve a atividade legislativa observar os limites constitucionais, já que "(...) *não seria compatível com a Constituição imputar a coisa julgada a pronunciamentos emitidos com base em simples probabilidade, aparência (i.e., cognição superficial, não exauriente)*".

Surge, aqui, o primeiro argumento apto a afastar o entendimento de que, superado o prazo de 2 anos previsto no § 5º, do art. 304, a decisão concessiva da tutela estaria acobertada pela coisa julgada material, já que, conforme exposto no tópico 2 deste artigo, as decisões prolatadas em sede de pedido de tutela provisória não são proferidas com base com base em cognição exauriente, mas simples cognição sumária ou superficial, ante a urgência na sua apreciação, sendo a sumariedade desta cognição ainda mais elevada em sede tutela antecipada requerida em caráter antecedente quando comparada com a cognição sumária realizada no âmbito da tutela antecipada incidental, ante a simplicidade procedimental prevista no CPC/15 e, por consequência, a flexibilização dos requisitos previstos nos arts. 319 e 320 do CPC, conforme apontado também no tópico 3 deste artigo, o que acaba por prejudicar o processo cognitivo a ser realizado pelo juiz e, por consequência, a construção de sua convicção acerca da plausibilidade do direito alegado.

Não por outro motivo que Cassio Scarpinella Bueno²⁰⁵ afirma que:

A circunstância de, passados os dois anos do § 5º do art. 304, não haver mais meio de rever, reformar ou invalidar os efeitos da tutela antecipada não faz com que a decisão respectiva transite materialmente em julgado. Há, aqui, mera coincidência (não identidade) de regimes jurídicos, em prol da própria segurança jurídica.

Em complemento ao quanto exposto, tem-se ainda que, conforme afirma Rennan Thamay²⁰⁶, quando do deferimento da medida não há declaração de direito, medida em que o direito à cautela tem natureza processual. Outro não poderia ser o entendimento já que há apenas a declaração de probabilidade, o que não significa o reconhecimento do direito, exatamente por isso que este tipo de decisão não está previsto no rol do art. 487 do CPC, de modo que a extinção do feito deverá se dar com base no art. 485, X.

204 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, volume 2: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 20 ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 857.

205 BUENO, op. cit., p. 737.

206 THAMAY, op. cit., p. 448.

O segundo argumento apto a afastar o entendimento de configuração da coisa julgada material está relacionado ao fato de que a estabilidade prevista no Código de Processo Civil recai sobre os efeitos antecipados e não sobre o direito material em si.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni²⁰⁷ afirma que:

Deixe claro, enfim, que não é o conteúdo da decisão que se torna imutável e indiscutível. A decisão não produz coisa julgada, como anuncia o § 6º do art. 304. É a tutela do direito que se prolonga no tempo ou, mais claramente, são os seus efeitos concretos – fisicamente exauridos ou não – que perduram.

Não destoia deste entendimento o quanto defendido por Cassio Scarpinella Bueno²⁰⁸, no sentido de que:

O que é alcançado por aqueles dois anos só pode ser o questionamento dos próprios efeitos práticos da tutela antecipada e de suas respectivas consequências, ampliando-os por iniciativa do autor da medida; eliminando-os ou reduzindo-os, a cargo do réu. Pensar diferente é compreender que as mais variadas pretensões de direito material, que derivam do que outrora ensejou a concessão da tutela provisória que circunstancialmente adquiriu estabilidade, passaram a estar sujeitas ao prazo de dois anos a que se refere o § 5º do art. 304. O disparate da conclusão é motivo suficiente para descartá-la.

Em igual sentido são os ensinamentos de José Miguel Garcia Medida, ao afirmar que *“A estabilidade diz respeito, como antes observamos, apenas aos efeitos antecipados, e é apenas isso que não se pode mais discutir, esvaído o prazo de dois anos referido no § 5º do art. 304 do CPC/2015”*.

Evidencia-se, portanto, que ainda que superado o prazo de 2 anos a parte interessada poderá propor ação visando discutir o direito material sobre o qual se fundou o deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

²⁰⁷ MARINONI, op. cit., p. 232.

²⁰⁸ BUENO, op. cit., p. 738.

Não por outro motivo que Tereza Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello²⁰⁹ são categóricos ao afirmar que:

Feitos os elogios devidos à opção adotada pelo NCPC, a indagação interessante a ser feita é a seguinte: se não há coisa julgada, escoado o prazo de dois anos para a ação prevista no § 2º, respeitados os prazos prescricionais, não poderia qualquer das partes ajuizar outra ação visando discutir o mesmo bem da vida, com inegável repercussão na tutela antecipada estabilizada? A resposta que se impõe é positiva. O prazo de dois anos encerra a possibilidade de se ajuizar uma ação que reabra a discussão do processo extinto, nos exatos limites e contornos da lide originária na qual se deferiu a antecipação de tutela. Passado esse prazo, diante da inexistência de coisa julgada acerca da matéria, nada impede que qualquer das partes, respeitados os prazos prescricionais pertinentes, ingresse com uma nova demanda, com cognição exauriente, que diga respeito ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta. Nessa hipótese, não haverá de se falar, obviamente, em manutenção da mesma regra da ação anteriormente extinta com relação ao ônus da prova, pois se instaurará uma nova lide, sem qualquer vinculação com aquela outra extinta, cuja decisão poderá – mas não necessariamente deverá – influir na decisão que antecipou a tutela. Fechar essa possibilidade seria o mesmo que dar prevalência a uma decisão de cognição sumária em relação a uma decisão fruto de cognição exauriente e completa, com o que não podemos concordar.

Assim, diante do quanto exposto, não nos parece ser possível defender que, ultrapassado o prazo de dois anos, a estabilização da tutela antecipada produzirá os mesmos efeitos da coisa julgada material, seja pelo fato desta não ser deferida com base em cognição exauriente, não significando, portanto, o reconhecimento do direito material, seja pelo fato de a estabilização incidir exclusivamente sobre os efeitos antecipados, de modo ser possível que a parte interessada proponha nova demanda visando o exaurimento da cognição acerca do direito material cuja probabilidade restou reconhecida quando do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

5. CONCLUSÃO

²⁰⁹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Mária Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 514.

Conforme indicado no início deste artigo, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil no ano de 2016, houve a inclusão em nosso ordenamento jurídico de uma nova técnica processual apta a permitir a obtenção de tutela antecipada em caráter antecedente, procedimento somente aplicável, até então, à tutela de natureza cautelar, ante a preocupação do legislador em diminuir os efeitos nocivos do tempo em razão da demora na prestação jurisdicional, garantindo ao jurisdicional, assim, um processo justo e célere.

Já não fosse suficiente a simplicidade prevista para o procedimento em questão, que acaba por permitir, inclusive, a flexibilização dos requisitos previstos nos arts. 319 e 320 do CPC, fato é que a maior novidade consiste na possibilidade de estabilização da tutela concedida caso o Réu não a impugne, situação que acarretará a imediata extinção do processo, decisão essa que não fará coisa julgada conforme previsto expressamente no CPC.

Extinto o processo surge a possibilidade de a parte interessada propor, no prazo de 2 anos, a conta da extinção, demanda com a finalidade de rever, reformar ou invalidar a tutela concedida.

Todavia, surgiu na doutrina discussão acerca da possibilidade desta estabilidade gerar, depois de decorrido o prazo de 2 anos da concessão da tutela, os mesmos efeitos da coisa julgada material.

Porém, conforme demonstrado no decorrer deste artigo, não nos parece viável sustentar tal tese, na medida em que o deferimento da tutela requerida em caráter antecedente não se dá com base em cognição exauriente, não significando, portanto, o reconhecimento do direito material, de modo que, tendo o legislador reservado a ocorrência da coisa julgada material às decisões de mérito, não há como se aplicar o referido instituto a uma decisão proferida em caráter provisório.

Já não bastasse isso, fato é que a estabilização incide apenas sobre os efeitos antecipados, de modo ser possível que a parte interessada proponha nova demanda visando o exaurimento da cognição acerca do direito material cuja probabilidade restou reconhecida quando do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Podendo-se afirmar, portanto, que a estabilização da tutela antecipada consiste em uma nova forma de imutabilidade inerente especificamente a este tipo de tutela, já que não se confunde com a coisa julgada material.

6. BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo: Processo de Conhecimento: Recursos: Precedentes, 20ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021.

ASSIM, Araken. *Processo civil brasileiro, vol. II, tomo II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Carlos Augusto de. "Antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas Perspectiva", in "TUTELA PROVISÓRIA NO CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015", coord Cassio Scarpinella Bueno, Elias Marques de Medeiros Neto, Olavo de Oliveira Neto, Patrícia Cozzolino de Oliveira, Paulo Henrique dos Santos Lucon. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil – volume 1: teoria geral do Direito Processual Civil – parte geral do Código de Processo - 11ª ed.* São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CARPI, Federico; TARUFFO, Michele. *Commentario breve al código di procedura civile*. 7 ed. Padova: Cedam, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019.

COUCHEZ, Gérard. *Procédure civile*. 4ª ed. Paris: Sirey, 1986.

DIDIER JUNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da Reforma. 4ª ed, São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum – vol. 2. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021.

THAMAY, Rennan. *Coisa julgada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, volume 2: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 20 ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Mária Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DA NOVEL APOSENTADORIA PROGRAMADA POR IDADE E A SUBSTITUIÇÃO DO REQUISITO DA CARÊNCIA PELO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO À LUZ DA EC 103/19. É POSSÍVEL EXTRAIR ALGO DE POSITIVO EM FAVOR DOS TRABALHADORES QUE INTEGRAM SOBRETUDO A CAMADA SOCIAL MENOS FAVORECIDA? A RESPOSTA É ... AFIRMATIVA!

RICARDO FIGUEIREDO GIORI: Defensor Público Federal – Defensoria Pública da União – Brasil. Ex-membro/coordenador do Grupo de Trabalho de atendimento à Pessoa Idosa e com Deficiência – GTPID/DPGU210.

RESUMO: Este artigo não tem por objetivo tecer críticas ou elogios à novel reforma da previdência introduzida em nosso ordenamento jurídico pátrio via EC 103 de 12 de novembro de 2019. Longe disso, com a reforma já promulgada e publicada, resta-nos direcionar um olhar mais adiante para tentar enxergar o que há de melhor e positivo nela a fim de salvaguardar a dignidade do maior número possível de trabalhadores, muitos já com a idade avançada, extremamente debilitados/vulnerabilizados. O texto tem por objetivo, portanto, chamar a atenção do leitor para um tema, uma novidade, que emergiu com a aludida reforma: **a substituição do requisito da “carência” pelo de “tempo de contribuição” para se ter acesso à aposentadoria programada por idade, que se trata de uma nova espécie de aposentadoria criada para substituir as anteriores e é regida à luz do aludido texto constitucional.** Por fim, após esmiuçar um pouco mais a respeito dos fundamentos jurídicos e das diferenças conceituais entre carência e tempo de contribuição, buscou-se demonstrar como na prática previdenciária a mencionada alteração poderá ser aplicada para beneficiar parte do público mais vulnerável assistido pela DPU.

Palavras-chave: Reforma da previdência. Aposentadorias. Substituição do período de carência pelo de tempo de contribuição. Pontos positivos.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. SUBSTITUIÇÃO DO REQUISITO DA CARÊNCIA PELO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO: FUNDAMENTOS, DIFERENÇAS CONCEITUAIS E ASPECTOS FAVORÁVEIS 3. CONCLUSÃO.

1.INTRODUÇÃO

Que a reforma da previdência veio para promover uma profunda e substancial alteração nos mecanismos de acesso/cálculo aos/dos benefícios previdenciários, disso

210 E-mail: Ricardo.giori@dpu.def.br

ninguém duvida. Aliás, especialmente na parte dos cálculos, ela se revela bem cruel! Mas, será que ela também não trouxe nenhum tipo de modificação mais específica que, ao fim e ao cabo, poderá ser aplicada para facilitar ao menos o próprio acesso à aposentadoria por uma parte da população, especialmente a mais vulnerável? Pois bem, é sobre isso que iremos conversar.

2. SUBSTITUIÇÃO DO REQUISITO DA CARÊNCIA PELO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO: FUNDAMENTOS, DIFERENÇAS CONCEITUAIS E ASPECTOS FAVORÁVEIS

De uma leitura mais atenta acerca dos dispositivos constitucionais citados na EC 103/19, emergiu uma novidade que nos chamou bastante a atenção: **a “carência” não figura como requisito para se obter a nova espécie de aposentadoria criada pelo próprio texto constitucional reformador.** Veja-se, por exemplo, que a norma inserida no inciso II, art. 18, da EC 103/19, não utiliza o termo carência, mas, sim, “contribuição”. E a regra permanente, prevista no art. 19 do mesmo texto constitucional, também se vale da mesma expressão. Veja-se:

Art. 19. **Até que lei disponha** sobre o tempo de contribuição a que se refere o inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal, o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social após a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional **SERÁ aposentado** aos 62 (sessenta e dois) anos de **idade**, se mulher, 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, com 15 (quinze) anos de **tempo de contribuição**, se mulher, e 20(vinte) anos de tempo de contribuição, se homem.

Sob a égide da EC 20/98, não havia previsão, no próprio texto constitucional, do requisito “tempo de contribuição”, como sói ocorrer atualmente. Por isso, não é necessário muito esforço interpretativo para se perceber que até que alguma posterior “lei disponha” em sentido distinto, os requisitos estruturantes do direito à novel aposentadoria programada por idade estão estampados no próprio texto constitucional, e são: **a idade e o “tempo de contribuição”**.

E até mesmo o verbo utilizado pela norma constitucional, “**será**”, escancara a natureza taxativa do rol de requisitos em exame. Em outras palavras: estamos diante de uma norma constitucional de eficácia **plena**, ou seja, aquela que possui aplicabilidade imediata, direta e integral. E, ainda que se sustente no sentido de uma eficácia contida, eventual restrição dessa mesma eficácia dependerá de uma “lei” posterior que “disponha sobre o tempo de contribuição a que se refere o inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal”. É dizer: até que isso aconteça, a norma em questão continua tendo aplicabilidade direta e imediata.

Portanto, não faz o menor sentido o INSS, por meio de uma mera portaria (**Portaria INSS Nº 450 DE 03/04/2020**)²¹¹, norma de natureza infralegal, mesmo após confirmar que a aposentadoria programada por idade exsurgiu no mundo jurídico para “substituir” as anteriores²¹², ou seja, que se trata de nova espécie de aposentadoria com seus próprios requisitos estruturantes do direito – e já previstos no próprio texto constitucional reformador –, ainda dispor, na mesma portaria, que:

CAPÍTULO I DAS REGRAS DE ACESSO ÀS APOSENTADORIAS PROGRAMÁVEIS

Art. 2º Com a vigência da EC nº 103, de 2019, as aposentadorias por idade e por tempo de contribuição foram substituídas **por uma única espécie, a aposentadoria programada**, da qual derivam a aposentadoria especial e a aposentadoria programada do professor.

...

Seção I Da aposentadoria programada (art. 201 da Constituição Federal)

Art. 6º A aposentadoria programada é devida aos segurados filiados ao RGPS a partir de 13 de novembro de 2019, ou, se mais vantajosa, aos demais.

Art. 7º São requisitos para concessão da aposentadoria programada, **cumulativamente**:

I - 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos, se homem;

II - 15 (quinze) anos de tempo de contribuição, se mulher, e 20 (vinte) anos, se homem; e

III - 180 (cento e oitenta) contribuições mensais de carência. (Redação do inciso dada pela Portaria INSS Nº 528 DE 22/04/2020).

²¹¹ Acessível via <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=392452>

²¹² Art. 2º Com a vigência da EC nº 103, de 2019, as aposentadorias por idade e por tempo de contribuição foram substituídas por uma única espécie, a aposentadoria programada, da qual derivam a aposentadoria especial e a aposentadoria programada do professor.

Seção II Das Regras de Transição da Aposentadoria por Idade e da aposentadoria por tempo de contribuição

Subseção I Aposentadoria por idade (art. 18 da EC nº 103, de 2019)

Art. 8º Para a concessão da aposentadoria por idade, conforme regra de transição fixada pela EC nº 103, de 2019, exige-se, cumulativamente:

I - 60 (sessenta) anos de idade da mulher e 65 (sessenta e cinco) do homem;

II - 15 (quinze) anos de tempo de contribuição; e

III - 180 (cento e oitenta) meses de carência.

Nota-se que o próprio inciso que passou a exigir, também, a carência, para se ter acesso à nova aposentadoria, foi inserido posteriormente por meio de nova portaria. Ou seja: nem mesmo a portaria, em sua redação original, havia previsto a "carência" como requisito a ser preenchido cumulativamente, de tão evidente o texto constitucional quanto aos requisitos até então necessários (idade e "tempo de contribuição") para se obter o aludido benefício.

Não há dúvidas de que a norma infralegal em tela inovou e usurpou de sua real atribuição ao exigir um novo requisito, constritor de um direito social fundamental e alimentar, NÃO previsto no texto constitucional.

E é evidente a eloquência do silêncio do constituinte reformador quanto à desnecessidade do requisito da "carência" para se obter essa nova espécie de aposentadoria. Se o legislador constituinte realmente quisesse exigir algum novo requisito, além dos taxativamente previstos, teria então inserido expressamente no texto constitucional, por ex., o termo " **e 180 (cento e oitenta) meses de carência**" ou mesmo ter mencionado que outros requisitos previstos na lei 8.213/91 (por ex.) poderiam ser exigidos, em vez de simplesmente utilizar o verbo/expressão "... **SERÁ aposentado** aos 62 (sessenta e dois) anos de **idade**, se mulher, 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, com 15 (quinze) anos de **tempo de contribuição**, se mulher, e 20(vinte) anos de **tempo de contribuição**, se homem".

Não se deve criar requisitos ou impor novas restrições pela mera via interpretativa, mormente quando estamos diante de um direito fundamental de natureza essencialmente alimentar! Qualquer nova restrição nesse sentido somente poderá ser realizada, conforme autorização contida no próprio texto constitucional, por meio de lei posterior que "disponha sobre o tempo de contribuição a que se refere o inciso I do § 7º do art. 201 da

Constituição Federal...". Até que isso aconteça, não deve o INSS exigir novos requisitos por meio de normas infralegais e constritoras de direitos fundamentais.

E isso, na prática previdenciária, faz toda a diferença. Uma situação é a pessoa ter de cumprir 180 meses de carência para poder se aposentar por idade, como previa antes a Lei 8.213/91, outra bem diferente é ela ter de cumprir 15 anos de tempo de contribuição, como preveem, atualmente, os dispositivos constitucionais supracitados. Isso, porque, os conceitos de carência e tempo de contribuição são bem distintos, e o primeiro é apenas uma subespécie do segundo, que é um gênero muito mais abrangente e congloba muitas outras subespécies de contribuições.

Carência, de acordo com art. 26 da Lei 8.213/91, consiste no "número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências". E, nos termos do art. 27, incisos I e II, da mesma Lei, apenas "serão consideradas as contribuições", para efeito de carência:

I - referentes ao período a partir da data de filiação ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), no caso dos segurados empregados, inclusive os domésticos, e dos trabalhadores avulsos;

II - realizadas a contar da data de efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso, não sendo consideradas para este fim as contribuições recolhidas com atraso referentes a competências anteriores, no caso dos segurados contribuinte individual, especial e facultativo, referidos, respectivamente, nos incisos V e VII do art. 11 e no art. 13.

É dizer: somente computam para fins de carência as contribuições recolhidas "em dia".

Por sua vez, o conceito de tempo de contribuição é bem mais amplo, abrange muitos outros períodos, e se encontra muito bem delimitado na própria IN INSS Nº 128/22, por meio de inúmeros dispositivos, dentre os quais destacamos:

Seção III Dos Períodos Computáveis

213 Art. 25, II, da Lei 8.213/91: A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26: (...) aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais.

Art. 211. Considera-se tempo de contribuição o tempo correspondente aos períodos para os quais tenha havido contribuição obrigatória ou facultativa ao RGPS, dentre outros, os seguintes:

I - o de atividade anterior à filiação obrigatória, desde que devidamente comprovada e indenizado;

II - o período da retroação de DIC, previamente autorizada pelo INSS, em que o exercício de atividade exigia filiação obrigatória ao RGPS como segurado contribuinte individual, mediante recolhimento;

...

VI - o período em que o segurado esteve recebendo:

a) benefício por incapacidade previdenciário, desde que intercalado com períodos de atividade ou contribuição; ou

b) benefício por incapacidade acidentário:

1. até 30 de junho de 2020, ainda que não seja intercalado com períodos de atividade ou contribuição; ou

2. a partir de 1º de julho de 2020, data da publicação do Decreto nº 10.410, de 2020, somente se intercalado com períodos de atividade ou de contribuição.

...

Subseção III Do Rural

Art. 215. Em relação aos períodos decorrentes de atividade rural, até que lei específica discipline a matéria, serão contados como tempo de contribuição:

I - o tempo de serviço do segurado que exercia atividade rural anterior à competência novembro de 1991;

II - o tempo de serviço de segurado especial, posterior à competência de novembro de 1991, desde que tenha havido contribuição; e

III - o período de atividade na condição de empregador rural, desde que comprovado o recolhimento de contribuições na forma da Lei nº 6.260, de 1975, com indenização do período anterior.

§ 1º O tempo de serviço dos segurados que exerceram atividade rural em período posterior a novembro de 1991 deverá seguir as regras da categoria de segurado correspondente.

...

Seção V Das Disposições Finais

Art. 217. Até 13 de novembro de 2019, data da publicação da Emenda Constitucional nº 103, podem ser contados como tempo de contribuição, entre outros:

I - o de serviço militar obrigatório, voluntário e o alternativo, que serão certificados na forma da lei, por autoridade competente; e

II - o período majorado decorrente da conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum.

...

Como se vê, em vários aspectos o conceito de tempo de contribuição se revela muito mais favorável aos segurados, uma vez que este contempla não somente as contribuições recolhidas em dia (carência), mas, também, *e.g.*, períodos de recolhimento em atraso (como contribuinte individual, por ex.), períodos com os respectivos adicionais decorrentes da conversão de atividades especiais em comuns, períodos de gozo de benefício por incapacidade, de tempo de serviço do segurado que exercia atividade rural anterior à competência novembro de 1991, que, sabemos, NÃO são computados administrativamente pelo INSS para fins de carência.

Dito de outra maneira: ao substituir o requisito da carência pelo de tempo de contribuição, a EC 103/2019 acabou por ampliar o leque de opções dos segurados para o cumprimento do requisito contributivo da nova espécie de aposentadoria inaugurada e regida pelo texto constitucional reformador. Se antes, para se ter direito à aposentadoria por idade, apenas as contribuições recolhidas em dia podiam ser consideradas, a partir do novel regramento constitucional, além dessas, muitas outras contribuições também poderão ser computadas, conforme já mencionado anteriormente.

Portanto, tal mudança de requisito poderá ser utilizada em prol de uma boa parte do público mais vulnerável do RGPS que ainda não conta com o tempo necessário para poder se aposentar, notadamente aqueles que trabalharam por anos a fio de modo **informal** e não puderam recolher em tempo suas contribuições, muitas vezes em razão da própria ausência de recursos financeiros para tanto.

Os chamados autônomos/MEI (ex: pedreiros, vendedores ambulantes, feirantes, faxineiras/diaristas, rurais etc.) e até mesmo os que trabalharam em condições inóspitas/perigosas/insalubres/penosas ou no campo em certo período da vida, que ainda não dispõem atualmente do tempo necessário para poderem se aposentar por idade, agora poderão completar o tempo que lhes falta mediante, *e.g.*, o reconhecimento/recolhimento em atraso de determinado período em que trabalharam como autônomos sem terem contribuído, o cômputo do período rural anterior à 1991 (sem ajuizamento) e/ou do **período majorado/adicional decorrente da conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum**, o que, diga-se de passagem, beneficiará sobretudo os trabalhadores do baixo escalão normalmente responsáveis pelo exercício dessas atividades mais penosas.

Um exemplo bem prático é o de M.J.R, uma cidadã já bem idosa assistida pela DPU214, que mesmo após trabalhar muitos anos no setor de reciclagem de lixo (catadora/setor de triagem) prestando serviços à Companhia de Desenvolvimento de Vitória (USINA DE LIXO DE VITÓRIA), atividade especial devidamente comprovada, sempre teve seus pedidos de aposentadoria por idade indeferidos pelo INSS sob o fundamento de que ainda não havia preenchido a carência necessária tal como exigida na lei 8.213/91, e, somente após uma ação ajuizada pela DPU, com base no novo regramento jurídico para contido na EC 103/19 para a “aposentadoria programada por idade”, finalmente logrou êxito em seu pedido. E isso ocorreu, sobretudo, graças **ao cômputo do adicional** de tempo decorrente do reconhecimento (e posterior conversão) daquela atividade prestada em uma usina de lixo como “especial”.

E, a fim de rebater desde já alguns fundamentos autárquicos um tanto infundados e terroristas normalmente utilizados para impedir a concretização até mesmo de um direito alheio já reconhecido em lei, urge ressaltar/reforçar, quanto ao período de recolhimento em “atraso” pelos autônomos, o que dispõe a própria IN INSS 128 (art. 211, II): **“o período da retroação de DIC, previamente autorizada pelo INSS, em que o exercício de atividade exigia filiação obrigatória ao RGPS como segurado contribuinte individual, mediante recolhimento”**.

Portanto, dada à rigidez burocrática/probatória que precede o próprio reconhecimento do direito à averbação/recolhimento do período de forma

214 Processo de assistência jurídica da DPU 2019/017-04996.

retroativa/atrasada, que depende de um rigoroso processo administrativo prévio, revelar-se extremamente falho e passível de configurar até mesmo ***venire contra factum proprium*** o argumento autárquico de que isso dará ensejo a todo tipo de fraude etc. Afinal, o reconhecimento do período recolhido em atraso para fins de aposentadoria, como se disse alhures, demandará uma prévia autorização do próprio INSS.

Além disso, a pessoa que obtiver a dita autorização, ainda terá de pagar/indenizar todos os períodos devidos com juros, correção monetária e outras penalidades (multas) cabíveis no caso concreto, de modo a resguardar o equilíbrio financeiro/contributivo do sistema previdenciário. Aliás, tal possibilidade até mesmo serve como justo incentivo ao recolhimento de mais e mais contribuições – ainda que em atraso – aos cofres da previdência social. O que não se justifica é a pessoa se ver compelida ou orientada pela própria autarquia a quitar um determinado período em atraso, com muito sacrifício e todas as cominações legais, sem que isso depois signifique qualquer utilidade prática para a obtenção de sua aposentadoria/verba alimentar, como sói ocorrer atualmente.

Ora, cabe ao próprio INSS evitar que haja alguma falha e/ou fraude, não cabendo à autarquia se valer deste tipo argumento (sua própria torpeza) em seu benefício próprio para fustigar um direito já previsto no próprio texto constitucional.

3. CONCLUSÃO

Sem embargo de críticas a serem tecidas sobre inúmeros itens previstos na reforma em exame, não se pode deixar de mencionar que a substituição citada do requisito da **carência** pelo de **tempo de contribuição**, além de constituir verdadeira alteração de paradigma no campo previdenciário, possui evidente lastro no próprio texto constitucional e na vontade do legislador constituinte, que, acaso quisesse impor algum novo requisito cumulativo além daqueles já previstos taxativamente no bojo da própria emenda à constituição, assim teria feito de maneira expressa e/ou emitido alguma autorização igualmente expressa e específica nesse sentido.

Não se está a dizer, de forma alguma, que não existem inúmeras outras modificações malélicas (algumas até perversas) aos trabalhadores no texto constitucional reformador, mas, apenas, tentando extrair o que há de positivo diante desse novo contexto jurídico. Tirante todos os males, o fato é que, agora, muitos outros períodos não computados para efeito de **carência**, como, por ex., aqueles decorrentes do reconhecimento/recolhimento em atraso (retroação da DIC previamente autorizada pelo INSS), do cômputo do período rural anterior à 1991 (sem necessidade de ajuizamento prévio de ação) e/ou do período majorado/adicional decorrente da conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum, poderão ser computados como **tempo de contribuição**, o que, estreme de dúvidas, viabilizará, para a

pessoa vinculada ao RGPS, o implemento de forma mais célere daquele requisito contributivo necessário para que ela possa finalmente obter a sua tão sonhada aposentadoria.

Aliás, tais questões chegaram a ser levantadas por este subscritor logo após a reforma em vídeo institucional produzido pela ENDPU (Escola Nacional da Defensoria Pública da União)²¹⁵.

Como se disse alhures, com a reforma já promulgada e publicada, resta-nos direcionar um olhar mais adiante para tentar enxergar o que há de melhor e positivo nela a fim de salvaguardar a dignidade do maior número possível de trabalhadores, muitos já com a idade avançada, extremamente debilitados/vulnerabilizados.

²¹⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=ql2EX8fgNRM>

LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO: A APLICAÇÃO DA LEI Nº 14.181/21 NA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO E O DIREITO AO MÍNIMOEXISTENCIAL

MARTIN LUCAS BRAGA NASCIMENTO CAMPOS:

Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA, na cidade de Belo Horizonte.

Resumo: O presente artigo contemplará as mudanças trazidas pela Lei nº 14.181/21, ou Lei do Superendividamento, apresentando suas principais características, além das diretrizes estabelecidas. Abordará as formas de prevenção, como o fomento à educação financeira, e de resolução, como a conciliação, acerca do superendividamento. Também, apresentará a constituição de núcleos conciliatórios, a vedação de práticas abusivas de fornecedores, além do direito à informação dos consumidores no momento da oferta. Ademais, serão elucidados os desdobramentos acerca da repactuação, ou não, de dívidas.

Palavras-chave: Conciliação. Consumidor. Credor. Superendividamento.

Abstract: This article will contemplate the changes brought about by the Law nº 14.181/21, or Law of Over-indebtedness, presenting its main characteristics, in addition to the established guidelines. It will address forms of prevention, such as promoting financial education, and resolution, such as conciliation, regarding over-indebtedness. It will also present the constitution of conciliatory nuclei, the prohibition of abusive practices by suppliers, in addition to the right to information of consumers at the time of the offer. In addition, the developments regarding the renegotiation, or not, of debts will be clarified.

Keywords: Conciliation. Consumer. Creditor. Over-indebtedness.

1.INTRODUÇÃO

O superendividamento é um problema que assola a sociedade consumerista, principalmente na atualidade. É de entendimento comum que a causadesse fenômeno se dá tanto pelo fácil acesso ao crédito, quanto pela falta de políticas de educação financeira para o uso do crédito responsável.

De acordo com Antonio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques, Clarissa Costa de Lima e Sophia Martini Vial o superendividamento é:

A impossibilidade global de o devedor, pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos). (BENJAMIN; MARQUES; LIMA; VIAL, 2021, p.27)

Diante do cenário que se formou ao longo do tempo e do iminente problema social e financeiro que o superendividamento trouxe, no dia 1º de julho de 2021 foi sancionada a Lei 14.181, ou Lei do Superendividamento.

Ressalta-se que, de forma clara, a Lei 14.181/21 em seu artigo 54-A, § 1º, traz o conceito de superendividamento:

Art. 54-A [...]

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

A Lei do superendividamento tem como principal objetivo proteger o consumidor superendividado quanto a sua não exclusão social, respeitando o direito ao mínimo existencial, fomentando a educação financeira e a utilização do crédito de forma responsável.

O presente artigo tem como objetivo esclarecer as mudanças trazidas pela Lei do Superendividamento no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto do Idoso, identificando suas características e impactos na sociedade, ressaltando os benefícios e desafios na proteção ao consumidor superendividado.

2.FOMENTO À EDUCAÇÃO FINANCEIRA, AO CRÉDITO RESPONSÁVEL E A INSTITUIÇÃO DE NÚCLEOS CONCILIATÓRIOS

A fim de fomentar a educação financeira dos consumidores, a Lei 14.181/21 traz em seu art. 4º, IX e X:

Art. 4º [...]

IX - fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores;

X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.

O acréscimo no artigo supracitado trata-se da materialização da necessidade de políticas destinadas à orientação dos consumidores. Conforme exposto por Benjamin, Marques, Lima e Vial (2021, p. 183) “no que se refere a direitos e deveres no mercado de

consumo, agora, a regra é diretamente voltada para a educação financeira e específica para os consumidores”.

Além disso, o texto da Lei 14.181/21 expõe a necessidade da criação de mecanismos que buscam não só a prevenção, mas também o tratamento das consequências oriundas do superendividamento, como disposto no art. 5º, VI e VII da Lei 14.181/21:

Art. 5º [...]

VI - instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural;

VII - instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento.

Um exemplo de mecanismo que busca atender, bem como acolher os consumidores superendividados é o PAS (Programa de Atendimento ao Superendividado). O PAS se trata de uma parceria entre o Ministério Público, Defensoria Pública, Prefeitura de Belo Horizonte, por meio do Procon-BH e Faculdade Milton Campos, a fim de dar suporte ao consumidor superendividado no que diz respeito ao direcionamento da vida financeira, auxiliando na renegociação com todos os seus credores, de forma a garantir o pagamento de suas dívidas sem comprometer o direito ao mínimo existencial, restabelecendo o controle financeiro outrora perdido. O PAS prevê ainda atendimento psicológico, além de oficinas de educação financeira que buscam não só a prevenção, mas também o tratamento do superendividamento.

Um dos principais motivos causadores do superendividamento é a utilização do crédito de forma irresponsável. Buscando melhorar esse ponto, sempre preservando o direito ao mínimo existencial, a Lei 14.181/21 incluiu no seu art. 6º, XI e XII:

Art. 6º [...]

XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas;

XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão

de crédito;

O disposto no art. 6º, XI e XII, estabelece o Crédito Responsável como direito básico do consumidor. Desta forma, entende-se o superendividamento como um fruto podre do meio social, onde a culpa não deve ser atribuída de forma exclusiva ao consumidor, tendo em vista a disparidade de informação a que tem acesso as partes de uma relação de consumo.

Como já exposto por Pablo Stolze Gagliano e Carlos Eduardo Elias de Oliveira (GAGLIANO; OLIVEIRA, 2021), o princípio ao crédito responsável se caracteriza pelo atendimento de três principais diretrizes. A primeira mira o Poder Público, direcionando seus atos normativos, suas políticas públicas e suas atividades de fiscalização no sentido de reprimir práticas que buscam contrariar o crédito responsável. A segunda diretriz dirige-se aos credores, por possuírem um dever jurídico a fim de não fornecer créditos de forma irresponsável, ou seja, que não podem ser pagos pelo devedor. Este se comunica com o princípio de boa-fé e um desdobramento desse princípio, denominado *duty to mitigate the loss*, onde o credor tem o dever de cooperar com o devedor, comportando-se de forma a não estimular o aumento da dívida. Por fim, a terceira diretriz mira os próprios devedores. Cabe ao devedor o dever jurídico de prudência ao contrair dívidas, ou seja, não assumir compromissos além de sua capacidade de pagamento.

3. CLÁUSULAS ABUSIVAS

No intuito de coibir qualquer barreira de acesso ao Judiciário por parte do consumidor, a Lei 14.181/21, trouxe em seu art. 51, XVII, ser cláusula abusiva aquelas que condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário. Ou seja, o consumidor tem pleno direito de buscar o Judiciário na tentativa de resolução de suas demandas, sem que nenhuma condicionante o impeça.

O art. 51, em seu inc. XVIII, da Lei 14.181/21 traz:

Art. 51 [...]

XVIII - estabeleçam prazos de carência em caso de impontualidade das prestações mensais ou impeçam o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e de seus meios de pagamento a partir da purgação da mora ou do acordo com os credores;

Em síntese, o inciso supracitado tem como objetivo impedir que o consumidor sofra abuso no que tange ao pagamento em atraso e no que diz respeito ao acordo com os credores, ou seja, que o consumidor não tenha prejuízo, devendo ser restabelecido

seus direitos ora adquiridos, tendo em vista não fazer sentido o consumidor recorrer à conciliação, ou renegociação, e ainda sim ter prejuízos acerca das condições outrora estabelecidas.

4.OS CONTRATOS E O DIREITO À INFORMAÇÃO

A Lei do Superendividamento tem como uma de suas principais características o direito à informação. Em seu art. 54-B, estabelece o dever do fornecedor de prestar de forma límpida as informações acerca das condições no momento da oferta. Como bem exposto por Antônio Pereira Gaio Júnior e Cleysonde Moraes Mello:

[...] o CDC reforça a necessidade de fornecimento de informações, no momento da oferta, ao consumidor. Estas informações devem constar de forma clara e resumida do próprio contrato, da fatura ou de instrumento apartado, de fácil acesso ao consumidor.(JUNIOR; MELLO, 2021, p.557)

Insta salientar que, muita das vezes, tais informações não se apresentam de forma clara, dificultando o entendimento do consumidor, ou seja, de certa forma comprometendo seu entendimento acerca do que fora acordado. Ressalta-se que existe ainda a possibilidade, sem acréscimo de demais encargos, de o consumidor antecipar o pagamento de parcelas, devendo o credor renegociar a dívida (art. 54-B,V, Lei nº 14.181/21).

Outro ponto importante constante no art. 54-B, § 3º, se trata da necessidade do credor, na oferta do crédito, fatura mensal ou até mesmo em venda a prazo, no mínimo, indicar o agente financiador, o custo efetivo total, bem como a soma total a pagar, com e sem financiamento.

O art. 54-C elenca as práticas que são vedadas no que diz respeito à oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não. Tal artigo visa inibir a operação de crédito sem a prévia consulta da condição financeira do consumidor. Visa ainda, inibir a ocultação das informações acerca dos ônus e riscos da contratação a ser realizada.

Importante ressaltar que, em seu inc. IV, o art. 54-C da Lei nº 14.181/21, tem como objetivo vedar o assédio aos consumidores, principalmente aos hipervulneráveis, quais sejam, os idosos, analfabetos, doentes ou em estado de vulnerabilidade agravada. Antônio Pereira Gaio Júnior e Cleyson de Moraes Mello ressaltam:

[...] não é incomum a realização de diversas ligações telefônicas a idosos oferecendo empréstimo consignado,

bem como a feitura de contratos e acordos desfavoráveis, nos quais o banco omite os reais riscos da contratação de empréstimos.(JUNIOR; MELLO, 2021, p.558)

Em seu último inciso, o art. 54-C dispõe:

Art. 54-C [...]

V - condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas a renúncia ou a desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais.

Desta forma, o dispositivo busca vedar a atuação equivocada do fornecedor de forma a dificultar, condicionar ou limitar o acesso do consumidor às demandas judiciais no que diz respeito às suas pretensões.

O art. 54-D determina as condutas que o fornecedor deve seguir na oferta de crédito ao consumidor. Conforme exposto por Júnior e Mello (2021, p. 560) "tais condutas são necessárias para o esclarecimento das informações ao consumidor antes que este assumira obrigações decorrentes do crédito contratado e que possam levá-lo ao superendividamento".

Caso não sejam cumpridas as condutas previstas, consequências poderão ser geradas, como disposto no parágrafo único do presente artigo:

Art. 54-D [...]

Parágrafo único - O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no caput deste artigo e nos arts. 52 e 54-C deste Código poderá acarretar judicialmente a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.

Quanto ao art. 54-F, trata da conexão do contrato principal com os contratos acessórios de crédito. De acordo com Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem:

A Lei nº 14.181/21 introduz regra sobre conexidade, complementando o art. 52 do CDC, para deixar esclarecido no CDC a conexão entre o contrato de fornecimento de produto ou serviço com o contrato acessório de crédito, assim se houver o arrependimento do principal, o acessório deve seguir a mesma linha. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2021, p.1292)

Desta forma, entende-se também, no que se refere ao direito de arrependimento do consumidor e nos casos de inexecução por parte do fornecedor, nas hipóteses previstas, haverá a resolução do contrato que seja conexo de forma conjunta.

Por fim, o art. 54-G estabelece condutas proibidas ao fornecedor, de forma a complementar o art. 39 do CDC, quais sejam:

Art. 54-G - Sem prejuízo do disposto no art. 39 deste Código e na legislação aplicável à matéria, é vedado ao fornecedor de produto ou serviço que envolva crédito, entre outras condutas:

I - realizar ou proceder a cobrança ou ao débito em conta de qualquer quantia que houver sido contestada pelo consumidor em compra realizada em cartão de crédito ou similar, enquanto não for adequadamente solucionada a controvérsia, desde que o consumidor haja notificado a administradora do cartão com antecedência de pelo menos 10 (dez) dias contados da data de vencimento da fatura, vedada a manutenção do valor da fatura seguinte e assegurado ao consumidor o direito de deduzir do total da fatura o valor em disputa e efetuar o pagamento da parte não contestada, podendo o emissor lançar como crédito em confiança o valor idêntico ao da transação contestada que tenha sido cobrada, enquanto não encerrada a apuração da contestação;

II - recusar ou não entregar ao consumidor, ao garante e aos outros coobrigados cópia da minuta do contrato principal de consumo ou do contrato de crédito, em papel ou outro suporte duradouro, disponível e acessível, e, após a conclusão, cópia do contrato;

III - impedir ou dificultar, em caso de utilização fraudulenta do cartão de crédito ou similar, que o consumidor peça e obtenha, quando aplicável, a anulação ou o imediato bloqueio do pagamento, ou ainda a restituição dos valores indevidamente recebidos.

Complementando, Júnior e Mello (2021, p. 563) expressam que “os §§ 1º e 2º reforçam, pois, o dever de prestar as devidas informações e esclarecimentos aos consumidores em relação ao contrato”.

5. CONCILIAÇÃO NO SUPERENDIVIDAMENTO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Da conciliação no superendividamento, o art. 104-A expressa que o juiz poderá instaurar processo de renegociação de dívidas, presidida por ele ou por conciliador credenciado, desde que seja requerido pelo consumidor superendividado, com proposta dentro dos termos da regulamentação, sempre respeitando o direito ao mínimo existencial. Porém, em seu § 1º evidencia que em caso de relação de consumo com fim doloso, celebrado sem a intenção de pagar, exclui o processo de renegociação.

Na audiência de conciliação, o não comparecimento de qualquer credor sem a devida justificativa, acarretará:

Art. 104-A [...]

§ 2º - O não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, a audiência de conciliação de que trata o caput deste artigo acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora, bem como a sujeição compulsória ao plano de pagamento da dívida se o montante devido ao credor ausente for certo e conhecido pelo consumidor, devendo o pagamento a esse credor ser estipulado para ocorrer apenas após o pagamento aos credores presentes à audiência conciliatória.

Ou seja, em caso de ausência do credor de forma injustificada, além de ser estabelecido a sujeição compulsória, este apenas será pago após os demais credores presentes em audiência de conciliação receberem seus devidos pagamentos. Tal medida busca incentivar o comparecimento dos credores para um melhor resultado da audiência de conciliação.

Ressalta-se que havendo conciliação, a homologação do acordo terá valia de título executivo, como disposto no § 3º do art. 104-A. Além disso, frisa-se que apenas

após 2 (dois) anos da liquidação do acordado, poderá o consumidor pleitear novamente a renegociação de dívidas (§ 5º do art. 104-A).

Conforme já exposto, a Lei 14.181/21 prioriza a conciliação como meio de resolução entre credor e devedor. Porém, em caso de insucesso, ante requerimento do consumidor, o juiz instaurará plano judicial compulsório a fim de resolução da demanda, vide art. 104-B:

Art. 104-B - Se não houver êxito na conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório e procederá a citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado.

Insta salientar que, como previsto no § 4º do art. 104-B, no mínimo, o valor principal devido será respeitado, corrigido monetariamente, com a liquidação total da dívida.

O art. 104-C estabelece que cabe aos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, não só a conciliação, como também a prevenção no que diz respeito à repactuação das dívidas, havendo a possibilidade de atuação de convênios, como já citado anteriormente.

As diretrizes acerca da atuação dos órgãos públicos constam nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo:

Art. 104-C [...]

§ 1º - Em caso de conciliação administrativa para prevenir o superendividamento do consumidor pessoa natural, os órgãos públicos poderão promover, nas reclamações individuais, audiência global de conciliação com todos os credores e, em todos os casos, facilitar a elaboração de plano de pagamento preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, sob a supervisão desses órgãos, sem prejuízo das demais atividades de reeducação financeira cabíveis.

§ 2º - O acordo firmado perante os órgãos públicos de defesa do consumidor, em caso do superendividamento do consumidor pessoa natural, incluirá a data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes, bem como o condicionamento de seus efeitos a abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento, especialmente a de contrair novas dívidas.

6. ESTATUTO DO IDOSO

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/03, sofreu apenas uma alteração em razão da Lei do Superendividamento, em seu art. 96, § 3º, qual seja, "não constitui crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso". Desta forma, resta claro a ausência de crime em caso de negativa de crédito a pessoa idosa com a iminência de incapacidade financeira, afastando a hipótese de caráter discriminatório.

7. CONCLUSÃO

A Lei nº 14.181/21, ou Lei do Superendividamento, estabeleceu acréscimos importantes no Código de Defesa do Consumidor no que se refere ao consumidor superendividado.

Como forma de prevenção, bem como de tratamento, ressalta-se o incentivo à educação financeira, além do incentivo à prática do crédito de forma responsável. Tais medidas, ainda que de forma gradativa, acarretará em uma diminuição dos casos de superendividamento no país.

Ainda, a Lei do Superendividamento estabelece a conciliação como principal forma de tratamento dos casos de superendividamento, buscando incentivar os devedores a procurarem os Órgãos Públicos de Defesa do Consumidor para a repactuação de dívidas, bem como incentivar os credores a comparecerem em audiência a fim de resolução. Resta claro na Lei, a importância de sempre respeitar o direito ao mínimo existencial nas tratativas.

Ponto importante a se destacar, é a regulamentação trazida pela Lei nº 14.181/21 acerca das informações constantes nos contratos, que por vezes não apresentam a devida clareza, causando dúvidas nos consumidores.

Desta forma, conclui-se que mesmo com pouco tempo em vigor, as mudanças trazidas pela Lei nº 14.181/21 e sua aplicação tem impactado na forma de conduta não

apenas dos consumidores e fornecedores, mas também do próprio Poder Judiciário no que diz respeito ao tratamento das questões referentes ao superendividamento.

8. REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia Martini. Comentários à Lei 14.181/21: a atualização do CDC em matéria de superendividamento. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 02 de maio de 2023.

BRASIL. Lei nº 14.181 de 1º de julho de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14181.htm. Acesso em 02 de maio de 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à “Lei do Superendividamento” (Lei nº 14.181/21) e o Princípio do Crédito Responsável: Uma Primeira Análise. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/comentarios-a-lei-do-superendividamento-lei-n-14181-de-01-de-julho-de-2021-e-o-principio-do-credito-responsavel-uma-primeira-analise/1240597511>. Acesso em 04 de maio de 2023.

JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; MELLO, Cleyson de Moraes. Código de Defesa do Consumidor Comentado. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2021.

JR., Humberto Theodoro. Direitos do Consumidor. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

CONTRATO DE NAMORO E UNIÃO ESTÁVEL, DIFERENÇAS E IMPLICAÇÃO NORMATIVAS NO ÂMBITO JURÍDICO

DANIELA COELHO FIORILI:

Graduando em Direito-
Centro Universitário de
Santa Fé do Sul - UNIFUNEC.

ANA MARIA ORTEGA ALONSO²¹⁶

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo visa abordar os elementos caracterizadores do contrato de namoro e da união estável, conceituando cada um deles e apontando suas peculiaridades e as suas diferenças, além de demonstrar possíveis motivos que fazem com que casais escolham um ou outro. O trabalho, de um modo geral, tem o intuito de apontar os benefícios da escolha do contrato de namoro, porém, sempre ressaltando as qualidades da união estável, vez que são escolhas muito singulares. O artigo foi elaborado pautado no Direito Civil, sendo feita uma análise introdutória do surgimento de cada conceito e de suas bases jurídicas. Após, foram analisados o melhor contexto para uma boa escolha de cada casal, quando decidem levar a relação mais a sério, indicando os reflexos que podem causar. O trabalho foi desenvolvido utilizando-se a revisão de literatura, sempre pautada em pesquisas bibliográficas, além de basear-se por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos e legislações, analisando o entendimento e as consequências sobre a temática.

Palavras-chave: União Estável. Direito Civil. Namoro. Contrato. Reflexos.

ABSTRACT: This article aims to address the characterizing elements of the dating contract and the stable union, conceptualizing each of them and pointing out their peculiarities and differences, in addition to demonstrating possible reasons that make couples choose one or the other. The work, in general, aims to point out the benefits of choosing the dating contract, however, always emphasizing the qualities of the stable union, since they are very unique choices. The article was prepared based on Civil Law, with an introductory analysis of the emergence of each concept and its legal bases. Afterwards, the best context for a good choice of each couple was analyzed, when they decide to take the relationship more seriously, indicating the reflexes that can cause. The work was developed using the literature review, always based on bibliographic research, in addition to being based on research on websites, doctrines, articles and legislation, analyzing the understanding and consequences on the subject.

216 Mestre em Direito, docente do UNIFUNEC.

Keywords: Stable Union. Civil Law. Affair. Contract. Reflexes.

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade moderna, as relações amorosas são muito diferentes do que se apresentavam a anos atrás. Conforme a sociedade evolui, tudo muda. Hoje existe uma frequência grande de coabitação, onde muitos casais passam dias juntos, além de viverem de forma bem semelhante à um casamento ou união estável.

Tradicionalmente, o status de namoro, discorre como antecessor do noivado e do casamento, tendo ciência que é a fase do relacionamento na qual o casal compartilha conhecimentos, fortalece confiança e cumplicidade, e experimenta relações mais íntimas, de natureza emocional, que servem de base para determinar se firmam um compromisso

Essa coabitação aumentou mais ainda com o advindo do Covid-19. É de conhecimento que a pandemia mudou drasticamente a forma de vida na sociedade. Milhares de estabelecimentos fecharam, outros migraram seu foco para um negócio virtual, famílias que ficaram separadas por meses, tendo contato apenas por videochamadas, e, ainda, muitos casais decidiram se juntar e morarem juntos, a partir do confinamento que muitos experienciaram.

Nesse contexto, os acordos de namoro e a união estável. Os casais optam por viverem juntos, para então não se arriscarem tanto com o vírus ou, ainda, para serem companheiros em momentos difíceis que todos passaram, sendo que o indivíduo no estado isolado, emotivamente fica prejudicado. Assim, sentem a necessidade de firmarem suas relações e protegê-las.

Desta maneira, o presente artigo tem o intuito de desmitificar as diferenças entre o conceito da união estável e do contrato de namoro e, assim, analisar os reflexos daquela neste. Outrossim, a validade e eficácia dos contratos de namoro no atual cenário jurídico, se demonstra muito válida para casais que pretendem manter a relação, com total prevenção, e, principalmente, precavendo seu patrimônio, considerando futuramente oportuno a conversão deste tipo de contrato em uma união estável ou um casamento.

Além do mais, o presente estudo foi desenvolvido utilizando-se a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, jurisprudências, legislações e artigos, analisando o entendimento sobre a temática, procurando mostrar a relevância da nova espécie de contrato atípico, que nos tempos atuais, apesar de pouco utilizada, mas presente em diversos conflitos jurídicos, como forma de documento certifica e comprovar/constatar o tipo de relacionamento a fim de

descaracterizar uma possível união estável. Sendo assim o objetivo de criar a repercussão social e ciência do tema.

2 UNIÃO ESTÁVEL E CONTRATO DE NAMORO: CONCEITO E PECULIARIDADES

Em 1988, o surgimento da Constituição Federal do Brasil traz consigo marcos importante em vários setores do país. O Direito Civil foi uma das áreas "afetadas", classificando a união estável reconhecida como espécie de entidade familiar. No artigo 226, § 3º, foi disposto:

Art. 3º Salvo estipulação contrária, os bens móveis e imóveis adquiridos onerosamente por qualquer dos companheiros, na constância da união estável, regem-se pelas disposições sobre o regime da comunhão parcial de bens estabelecidas no Código Civil e leis posteriores, abrangendo direitos, deveres e responsabilidades.

Posteriormente, com essa novidade, conseqüentemente surgiram novas leis que objetivavam normatizar o "recente" tipo familiar, como a Lei nº 8.971/94 e a Lei nº 9.278/96. A primeira lei citada foi instituída para assegurar direito a pensão alimentícia, à sucessão, para reconhecer a união baseada em existência de filhos, além de garantir ao companheiro, em que seu parceiro falece, o direito ao usufruto sobre porcentagem dos bens deixados pelo de cujus, entre outras situações.

Entretanto, a lei apresentava algumas falhas, como por exemplo, o não reconhecimento da união estável nas relações entre pessoas solteiras, mas judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas, o que gerava o afastamento dos separados de fato. Assim, para corrigir essa falha, a Lei nº 9.278/96 revogou a legislação anterior e trouxe o reconhecimento da união entre pessoas separadas de fato, além de fixar a competência das varas de famílias para os casos em discussão, bem como admitiu o direito real de habitação e expôs a presunção *júris et de jure* (de direito e por direito) em relação aos bens que foram obtidos onerosamente, reconhecendo-os como fonte de esforço comum.

Um pouco mais a frente, para finalizar a concretização real do reconhecimento da união estável como forma familiar, o Código Civil trouxe entre os artigos 1.723 a 1.727 conceitos bem estabelecidos, onde anexou o conteúdo legal das leis mencionadas. Dessa forma, o Código esclareceu dúvidas e eliminou preconceitos e injustiças, dispondo em seu artigo 1.723:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Por fim, para fechar e concluir a definição da união estável, temos nos dizeres de Maria Helena Diniz:

União respeitável entre homem e mulher que revela a intenção de vida em comum, tem a aparência de casamento e é reconhecida pela Carta Magna como entidade familiar. É a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família desde que não haja impedimento matrimonial. " (Cfr. Dicionário Jurídico, vol. 4, 2ª ed., 2005, São Paulo: Saraiva, p.795).

Na mesma Linha de raciocínio Rodrigo da Cunha explica da seguinte maneira:

As uniões que surgiam além dos laços matrimoniais eram chamadas de concubinato. Este termo, apesar de técnico-jurídico, indica uma forma de vida ou um estado carregado de preconceitos, uma vez que, devido à carga negativa associada ao termo, é ofensivo nomear uma mulher de concubina, traduzindo-se em um julgamento de sua conduta moral e sexual. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. 7. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2004. p.16).

Os efeitos relacionados ao patrimônio na união estável possuem uma ampla abrangência, devido ao reconhecimento jurídico desse instituto. Do ponto de vista legal, três são as implicações patrimoniais da união estável: partilha patrimonial, direito à assistência financeira e sucessão hereditária. Regime que incide na união estável, assim como no casamento, quando as partes não definem regras ou regime próprio, segue o modelo de comunhão parcial de bens, conforme estabelecido no artigo 1.725 do Código Civil Brasileiro. Quando os parceiros decidem que o regime de bens será o da comunhão parcial, o qual é o mais comum, apenas os bens adquiridos onerosamente durante a relação serão compartilhados, de acordo com o artigo 1.660 do Código Civil.

No que se trata da origem do contrato de namoro, temos que é um pouco incerta, tendo conhecimento apenas que começaram a debater sobre o assunto a partir da mudança dos requisitos para a caracterização da união estável, através do advento da Lei nº 9.278/96, que extinguiu a necessidade de prazo de cinco anos de convivência ou existência de prole em comum para caracterizar a relação.

O namoro qualificado é parecido em vários aspectos com a união estável, contudo não é caracterizado da mesma forma. Ainda que seja duradouro, com habituais relações sexuais, convivência contínua, e dele acidentalmente e sem planejamento produza um filho, não poderá ser caracterizado como união estável. Todavia em qualquer

relacionamento conjugal, dissemelhante ao namoro, deve existir por parte dos dois inequívocos interesses pela comunhão total de vida. Em caso de litígio judicial, caberá ao juiz por equidade declarar se há mérito em converter o namoro, em união estável.

Hoje o conceito que existe é que o contrato de namoro se trata de um documento que gera proteção ao casal dos efeitos da união estável, como a pensão, direitos sucessórios em caso de falecimento, partilha de bens, entre outros, resguardando os bens de cada um dos adendos. Assim, o objetivo maior dos casais que aderem ao contrato de namoro é a proteção de seu patrimônio individual.

Eylen Delazeri, em seu artigo, diz:

Contrato de Namoro visa assegurar aos integrantes da relação (para um ou para ambos) a garantia de que o patrimônio individual é incomunicável e não será partilhado na ocasião do término da relação, justamente porque o casal não convive em união estável (DELAZERI, 2018, não paginado).

Nesse contexto, temos que o namoro não gera efeitos jurídicos, nem patrimoniais, tampouco sucessórios, não sendo uma entidade familiar, apenas uma expectativa de futuramente formar uma família.

3 UMA NOVA FORMA DE SE RELACIONAR E CRIAR VÍNCULOS

A família é um pilar muito importante na vida de qualquer pessoa, em razão de ser o primeiro contato de um indivíduo com outros indivíduos, convivendo em sociedade, além de ser a base de construção dos valores morais e éticos.

Em consequência da sua relevância, a família é um instituto que merece toda a atenção e segurança do nosso ordenamento jurídico, devendo ser ressaltado que o instituto da família passou por grandes mudanças, seja elas de caráter conceitual como também estrutural, vez que o mundo sempre muda e se altera diariamente.

Sendo assim, atualmente, o conceito de família não é mais visto como era antigamente, e nem deve ser. As relações atuais não são mais feitas de forma tradicional, onde era composta pelo pai, que era responsável por prover o sustento da casa, a mãe, que cuidava do lar e dos filhos, e os filhos, sendo o núcleo familiar mais conhecido. Com o avanço da legislação, hoje é possível reconhecer que há várias formas de família. Uma avó que cuida de seus netos, o pai que cuida sozinho de seus filhos, a mãe solteira, tios que fazem papel de pais, entre tantas outras opções. Além do mais, a sociedade atual cada vez menos pensa em ter filhos, sendo assim, não existe como antigamente aquele papel reprodutor e econômico que o homem deveria exercer.

Nesse sentido, temos a posição de Madaleno (2021, p. 5) que diz:

A nova família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico para ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade.

Ou seja, a família, que antes era tida como instituição econômica e de reprodução, no momento atual passa a ser vista como um espaço de afetividade entre seus membros, o que gera novas possibilidades de entendimento a respeito do tema, além de poder reconhecer novos meios de constituir uma família, relembrando sempre que o legislador tem o dever de reconhecê-las e garantir sua proteção.

Assim, conforme tudo que foi apresentado, temos o exemplo da união estável como nova forma de entidade familiar. Como já exposto anteriormente, a Carta Magna de 1988 instituiu e protegeu a união estável em seu artigo 226, § 3º, onde reconheceu a união estável entre homem e mulher.

Entretanto, apesar de no dispositivo estar claro que é uma relação composta por gêneros opostos, masculino e feminino, hoje em dia é claro que as relações sexuais de diferentes orientações também têm direito à proteção, sendo assim, são também reconhecidas é a união estável entre casais homoafetivos, demonstrando ainda mais o avanço e necessidade de assegurar proteção à várias formas de união.

A respeito desse tema, discorrem Chaves e Rosenvald (2011, p.520):

Efetivamente, a união entre pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual, fundada, basicamente, no afeto e na solidariedade. Sem dúvida, não é a diversidade de sexos que garantirá a caracterização de um modelo familiar, pois a afetividade poderá estar presente mesmo nas relações homoafetivas.

De modo final, o contrato firmado por duas pessoas como contrato de namoro é considerado na esfera judicial como um negócio jurídico válido normativo, que por sua vez tem os requisitos para sua validade e eficácia de um acordo entre as partes, desde que estejam presentes como um contrato comum, porém, o direito e possibilidade da intenção de dissuadir o reconhecimento da união estável, prevenindo a comunicação dos patrimônios, não será considerado absoluto

4 A NECESSIDADE E IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DO CONTRATO DE NAMORO COMO UMA FORMA ALTERNATIVA DE NÃO SUBMISSÃO À UNIÃO ESTÁVEL

A sociedade contemporânea vive em evolução constante, o que gera inúmeras modificações nas relações interpessoais. O modelo novo de convivência ganhou traços diferenciados, o que acarreta mudanças comportamentais dos indivíduos, que passam a cada vez mais cultivarem relações líquidas, invés de sólidas e duradouras.

No novo modelo de relação, tudo é mais enfraquecido, temporário e superficial. Os relacionamentos amorosos também sofrem mudanças, com uniões que podem até ter vínculos fortes e intensos, entretanto, os indivíduos acabam optando por algo extingível a qualquer momento, assim, na maioria das vezes, nada é feito para durar por muito tempo.

Com relação a essa nova realidade, pode ser exemplificado a forma como os casais se relacionam na sociedade moderna. Antigamente, os casais se casavam e permaneciam nessa instituição para toda uma vida, sem nem ao menos cogitarem a ideia de separação. Eram relações mais rigorosas, onde iniciavam um namoro para se preparem para o futuro casamento.

Além do mais, as relações se estreitaram, e um encontro pode se transmutar em conta digital conjunta, uso compartilhado de cartões de crédito, pagamento de contas pessoais de um para outro, semanas na casa do outro, alteração de status nas redes sociais, além de vários registros públicos juntos, vez que a era digital está em constante crescimento e as pessoas estão cada vez mais adeptas a postarem sua vida nas redes.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro precisa sempre estar atento e se adaptar a essa nova realidade, onde há a necessidade de também não constituir uma família, ou então estarem em um eterno namoro.

É nessa situação que surge o contrato de namoro, tendo posições contra e a favor. É fato que a sociedade tende a resistir a mudanças no início, entretanto, essa saída que muitos casais aderiram na pandemia, na realidade, mostra ser muito benéfica.

O contrato de namoro existe com o principal objetivo de evitar que uma das partes da relação tenha direito a uma parcela do patrimônio do outro adquirido durante o relacionamento, defendendo que vivem apenas um namoro, e não uma relação jurídica, como a união estável e o casamento. Entretanto, por ser uma novidade jurídica, não existe nenhuma legislação que proteja esse instituto, havendo até alguns doutrinadores que dizendo que é um contrato inexistente e incapaz de produzir efeitos. Como Gonzagada dispões:

Então, no tocante a validade jurídica do contrato de namoro, é importante salientar que não há previsão legal para essa modalidade, mas não deixa de ser um negócio jurídico celebrado pelas duas partes através de vontade expressa, e torna-se válido por meio da formalização. Então, os contratantes podem ir até um cartório de notas ou de forma particular oficializar o contrato em questão mediante escritura pública (GONZAGA, 2022, p. 1).

Ainda, existe poucas jurisprudências sobre decisões envolvendo o assunto, sendo que na maioria das vezes, o entendimento é que cabe ao magistrado analisar todo o conjunto probatório e decidir se a relação é uma união estável ou de fato um namoro.

Baseado nesses fatos, mostra-se a importância de reconhecer, legislar e informar a população sobre o contrato de namoro, visto que muitos casais acabam sofrendo prejuízos com o fim de um relacionamento, onde por viverem quase como casados, o (a) parceiro (a) é detentor de direitos sobre os bens de seu companheiro.

É o caso apontado na matéria apresentada no Fantástico, no dia 04 de novembro de 2018, onde uma senhora teve que dividir parte dos lucros de sua empresa com seu ex-parceiro, pois viviam em união estável e ela não tinha conhecimento disso, vez que não fizeram nenhum contrato, assim, acreditava que eram apenas namorados. Em razão dos fatos sofridos, a senhora conclui que em sua próxima relação com certeza fará um contrato de namoro para proteger seus bens.

Ainda mais, para exemplificar sua importância e validade, temos o caso do julgamento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, realizado pelo Ministro Marco Aurélio Belizze, que resolveu não reconhecer a união estável de um casal de namorados no período de dois anos antes do casamento. Assim o fez, pois, argumentou que residir no mesmo teto e manter um relacionamento público e duradouro não são suficientes indicadores que caracterizariam a união, na maneira que a formação do núcleo familiar deve ser concretizada e não só planejada ou organizada, para só assim ser configurada a união estável. De modo contrário, seria um simples “namoro qualificado”.

5 POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO ACERCA DO CONTRATO DE NAMORO

Na atualidade, os contratos de namoro estão cada vez mais presentes, havendo a desconstrução do pensamento onde que apenas o matrimônio será válido na esfera judiciária, existindo a problemática onde que o fato de dois indivíduos conviverem em harmonia em estado de coabitação. Deixando claro o dever do poder judiciário se adequar a esta nova realidade.

Neste Sentido, cita-se a jurisprudência da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial, na qual entendeu de seguinte maneira:

RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL ADESIVO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, ALEGADAMENTE COMPREENDIDA NOS DOIS ANOS ANTERIORES AO CASAMENTO, C.C. PARTILHA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NESSE PERÍODO. 1. ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. 2. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NAMORADOS QUE, EM VIRTUDE DE CONTINGÊNCIAS E INTERESSES PARTICULARES (TRABALHO E ESTUDO) NO EXTERIOR, PASSARAM A COABITAR. ESTREITAMENTO DO RELACIONAMENTO, CULMINANDO EM NOIVADO E, POSTERIORMENTE, EM CASAMENTO. 3. NAMORO QUALIFICADO. VERIFICAÇÃO. REPERCUSSÃO PATRIMONIAL. INEXISTÊNCIA. 4. CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO, COM ELEIÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. TERMO A PARTIR DO QUAL OS ENTÃO NAMORADOS/NOIVOS, MADUROS QUE ERAM, ENTENDERAM POR BEM CONSOLIDAR, CONSCIENTE E VOLUNTARIAMENTE, A RELAÇÃO AMOROSA VIVENCIADA, PARA CONSTITUIR, EFETIVAMENTE, UM NÚCLEO FAMILIAR, BEM COMO COMUNICAR O PATRIMÔNIO HAURIDO. OBSERVÂNCIA . NECESSIDADE. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NA PARTE CONHECIDA; E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. 1. O conteúdo normativo constante dos arts. 332 e 333, II, da lei adjetiva civil, não foi objeto de discussão ou deliberação pela instância precedente, circunstância que enseja o não conhecimento da matéria, ante a ausência do correlato e indispensável prequestionamento. 2. Não se denota, a partir dos fundamentos adotados, ao final, pelo Tribunal de origem (por ocasião do julgamento dos embargos infringentes), qualquer elemento que evidencie, no período anterior ao casamento, a constituição de uma família, na acepção jurídica da palavra, em que há, necessariamente, o compartilhamento de vidas e de esforços, com integral e irrestrito apoio moral e material entre os conviventes. A só projeção da formação de uma família, os relatos das expectativas da vida no exterior com o namorado, a coabitação, ocasionada, ressalta-se, pela contingência e interesses particulares de cada qual, tal como esboçado pelas instâncias ordinárias, afiguram-se insuficientes à verificação da affectio maritalis e, por conseguinte, da configuração da união estável. 2.1 O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da

união estável - a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado "namoro qualificado" -, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída. 2.2. Tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos, em que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, pelo estudo) foram, em momentos distintos, para o exterior, e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente. Este comportamento, é certo, revela-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social. 3. Da análise acurada dos autos, tem-se que as partes litigantes, no período imediatamente anterior à celebração de seu matrimônio (de janeiro de 2004 a setembro de 2006), não vivenciaram uma união estável, mas sim um namoro qualificado, em que, em virtude do estreitamento do relacionamento projetaram para o futuro - e não para o presente -, o propósito de constituir uma entidade familiar, desiderato que, posteriormente, veio a ser concretizado com o casamento. [...] 5. Recurso especial provido, na parte conhecida. Recurso especial adesivo prejudicado. (STJ - REsp: 1454643 RJ 2014/0067781-5, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 03/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/03/2015) (grifo nosso)

Este processo em que se menciona, resultou na improcedência do pedido de reconhecimento e dissolução da união estável. Seguindo o contexto devido o lapso temporal somente era reconhecido no período de 2 anos anteriores ao casamento para um de comunicação de bem adquirido anteriormente ao período relativo citado. A aquisição do imóvel, ainda que a finalidade de residência para o casal até então namorados, integraria o projeto do casal para o matrimônio.

Mesmo diante a falta de regulamentação própria, o Poder Judiciário, encontra -se com demandas acerca do contrato de namoro, porém certo entendimento, interposto pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE CONTRATO DE NAMORO CONSENSUAL. Falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido. Inicial Indeferida. Processo Julgado Extinto. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP - APL: 10254811320158260554 SP 1025481-13.2015.8.26.0554, Relator: Beretta da Silveira, Data de Julgamento: 28/06/2016, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/06/2016)

Contudo, mesmo com a fragilidade do amparo legal, o regimento do contrato de namoro pode ser utilizado como meio de prova, a qual caracteriza o tipo de objetos jurídicos nos pareceres de relação pessoal, intenções e pretensões em determinado momento, servindo de base para pareceres jurídicos futuros, conforme o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgou em 2020:

APELAÇÃO. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens. Sentença que julgou improcedente a ação. Inconformismo da parte autora. Não preenchidos os elementos essenciais caracterizadores da união estável previstos na lei. Contrato de namoro firmado pelas partes. Caracterizado simples namoro, sem intenção de formação de núcleo familiar. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - AC: 10008846520168260288 SP 1000884-65.2016.8.26.0288, Relator: Rogério Murillo Pereira Cimino, Data de Julgamento: 25/06/2020, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/06/2020).

Diante caso supracitado citado, refere-se ao reconhecimento e posterior a dissolução de união estável cumulada com partilha de bens, havendo o magistrado tomando a decisão de improcedência da causa. Ressalta-se que para tanto o contrato de namoro foi efetuado perante a legislação normativa do artigo 104 do código civil, sem existência de vícios, sendo considerado valido pelos eminentes julgadores.

6 CONCLUSÃO

A modernidade trouxe mudanças em todos os cenários imagináveis. Trabalho, estudos, família e relações pessoais. Para acompanhar e se adaptar ao modo de se relacionar, surgiu o contrato de namoro, a fim de resguardar o patrimônio individual e garantir seus direitos, no intuito de evitar um futuro reconhecimento de união estável.

O "status" de namoro é classificado como condição transitória, em que pessoas com laço amoroso com objetivo de se aproximarem e conhecerem se satisfaçam condicionalmente em meio de uma relação a qual desejam pertencerem, se convertendo

a uma expectativa futurística visando ao casamento sendo por meio de casamento ou união estável.

Mesmo diante do decorrer do tempo, vez que se trata de uma expectativa futura por influência contemporânea, os conceitos de namoro sofreram alterações consideráveis, sendo comum a percepção de casais com relações duradouras.

Em conclusão, o presente trabalho teve como principal objetivo conceituar o que é união estável e contrato de namoro, apresentando o surgimento de cada um dos institutos e suas devidas importâncias. A união estável é baseada em um ato-fato jurídico que, ao preencher requisitos para sua caracterização terão consequências jurídicas, como dever de alimentos, herança, entre outros. Já no namoro as partes envolvidas na relação não buscam um vínculo matrimonial, havendo apenas um vínculo afetivo, sem consequências jurídicas. Fica claro que há uma linha tênue entre o namoro e a união estável, conduto é necessário estabelecer a diferenciação entre ambos os institutos.

A união estável é uma forma de constituição de família que foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e regulamentada pela Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. O conceito de união estável encontra-se previsto expressamente no Art. 1º da referida lei, bem como no Art. 1723 do Código Civil de 2002:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O contrato de namoro consiste na manifestação de vontade das partes expressa em um documento, composto por requisitos e cláusulas de cunho obrigatório, que busca exteriorizar o pensamento acerca dos reais compromissos existentes entre o casal. Dessa forma, o objetivo principal é afastar os efeitos jurídicos oriundos da união estável e evitar consequências, como partilha de bens, aplicação de regime de bens, fixação de alimentos ou até mesmo direitos sucessórios.

A principal diferença entre os dois termos é que o chamado namoro qualificado é a relação que não tem intenção de constituir família ou visualizar um futuro juntos no momento atual, enquanto a união estável tem esse desejo.

De mais a mais, foi apresentado no trabalho as novas formas de relação e reconhecimento de família. Atualmente, as relações relacionamentos não são mais compostos apenas por um homem e uma mulher, objetivando um futuro juntos. As

relações estão mais líquidas e frágeis e os indivíduos não obtém tanta visão de construírem uma vida nova juntos ou obterem uma família. No mesmo sentido, a família não é mais reconhecida como um núcleo tradicional, composto por pai, mãe e filhos, onde o homem era o provedor e a mulher do lar, entretanto, hoje em dia há várias formas de composição e é tudo isso que colabora para a instituição do contrato de namoro.

Isto posto, o reconhecimento, em diversos entendimentos, verifica-se que o contrato de namoro, pode ser um meio eficaz para afastar a classificação de união estável e assegurar a incomunicabilidade do patrimônio, quando houver provas que aqueles que aderirem tem apenas o objetivo probatório de uma relação simples de namoro, ressaltando não sendo possível casos de fraude e devendo ser considerado nulo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A evolução histórica do conceito de contrato**: em busca de um modelo democrático de contrato. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-evolucao-historica-doconceito-de-contrato-em-busca-de-um-modelo-democratico-de-contrato/> Acesso em: 09 fev. 2023

BRITO, Daiane Matos; RIBEIRO, Felipe Valentim. **Contrato de namoro x união estável: Questões patrimoniais.** Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13399>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgado Procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** nº. 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4277. ADI 4277 e ADPF 132. Ministro Relator Carlos Ayres Britto, DF, 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 8 de agosto de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1149402. Relator Ministro Og Fernandes. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 3 abril de 2023.

CABRAL, Maria. **Namoro simples, namoro qualificado e união estável**: o requisito subjetivo de constituir família, 2014. Disponível em: https://mariateixeiracabral.jusbrasil.com.br/artigos/135318556/namoro_simples-namoro-qualificado-e-a-uniao-estavel-o-requisito-subjetivo-de-constituir-familia. Acesso em: 14 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Desprovido. **Apelação Cível 1000884-65.2016.8.26.0288; Relator (a): Rogério Murillo Pereira Cimino**; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ituverava - 2ª Vara; Data do Julgamento: 25/06/2020; Data de Registro: 25 de maio de 2023.

CHAVES E ROSENVALD. **Curso de Direito Civil**. Famílias. 8ª edição, 2016. Editora Juspodivim.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil**. Direito das coisas e direito autoral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 186.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. Edição São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 39ª Edição, 2022, São Paulo. Ed. Saraiva.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

GONZAGA, Daniele. Contrato de Namoro: qual sua validade jurídica. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/366547/contrato-de-namoro-qual-a-sua-validade-juridica>. Acesso em 30 de maio de 2023.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

KUMPEL E FERRARI. **Tratado Notarial e Registral**. Tabelionato de notas. 3ª edição, 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades**, 2010. São Paulo, Atlas.

OLIVEIRA, Euclides, 2006 apud TARTUCE, Flávio. **Direito de Família: Namoro – Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2011. P. 256.

PAVIANI, Gabriela Amorim; KEMPFER, Marlene. É Namoro ou União Estável? Da Análise do Contrato de Namoro e seus Efeitos Patrimoniais e Extrapatrimoniais. In: PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia R. Tarifa (coord). **Relações Familiares sob uma Ótica Contemporânea**: volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2019. p. 121-141. Acesso em 20 julho de 2023.

PEREIRA, Mauro José. **DIREITO CIVIL – CONTRATOS**. Mato Grosso, Estácio. 2022. Disponível em: <https://www.angelfire.com/mt/ricardoprado/contrato.html>. Acesso em: 20 de julho de 2023

RIBEIRO, Isaque Soares. O Contrato de namoro no ordenamento jurídico brasileiro. 2014, Jus.com. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30915/o-contrato-de-namoro-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Editora Forense, 10 edição, 2018.

SÉRGIO, Carolina Ribas. São Paulo, 2019. O contrato de namoro e suas implicações no âmbito jurídico. <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10965/O-contrato-de-namoro-e-suas-implicacoes-no-ambito-juridico>. Acesso em 10 maio 2023.

OS DIVERSOS LITÍGIOS JUDICIAIS ENTRE OS ENTES PÚBLICOS ADVINDOS DA REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS

LUIZA MARTINS VILARINHO MARINHO RAMOS:
Advogada. Especialista em Direito Tributário e Empresarial pela Faculdade Ademar Rosado. Bacharel em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho.

RESUMO: Inicialmente, destaca-se que a repartição constitucional de receitas tributárias possui base nos artigos 157 a 162 da Constituição Federal e envolve matéria relacionada ao direito financeiro e tributário. Em uma noção conceitual, envolve relações jurídicas entre os entes de direito público e está intrinsecamente ligada com a forma federativa do Estado. Ademais, percebe-se que a repartição de receitas tributárias se subdivide em duas espécies: direta e indireta. Nesse contexto, por ser tema bastante sensível, há inúmeros processos judiciais discutindo a titularidade e a competência para dispor das referidas receitas tributárias. Assim, o presente trabalho tem como foco central a análise da repartição constitucional de receitas tributárias em seu plano fático, objetivando diferenciar as peculiaridades de cada situação em concreto e como isso irá refletir no repasse das verbas objeto de controvérsia. O estudo pautou-se na análise da Constituição Federal, de diplomas legais, das jurisprudências pátrias dos Tribunais Superiores e da doutrina, em uma metodologia predominantemente bibliográfica.

Palavras-chave: Repartição Constitucional de Receitas Tributárias. Direito Financeiro e Tributário. Relações Jurídicas entre os entes de direito público. Forma Federativa de Estado. Espécies direta e indireta. Litígios Judiciais. Titularidade e Competência.

ABSTRACT: Initially, it is highlighted that the constitutional allocation of tax revenues is based on articles 157 to 162 of the Federal Constitution and involves matters related to financial and tax law. In a conceptual sense, it involves legal relations between public law entities and is intrinsically linked with the federative form of the State. Furthermore, it is clear that the distribution of tax revenues is divided into two types: direct and indirect. In this context, as it is a very sensitive topic, there are numerous lawsuits discussing the ownership and competence to dispose of said tax revenues. Thus, the present work has as its central focus the analysis of the constitutional distribution of tax revenues in its factual plan, aiming to differentiate the peculiarities of each concrete situation and how this will reflect on the transfer of the amounts object of controversy. The study was based on the analysis of the Federal Constitution, legal diplomas, the national jurisprudence of the Superior Courts and the doctrine, in a predominantly bibliographical methodology.

Keywords: Constitutional Allocation of Tax Revenues. Financial and Tax Law. Legal relations between public law entities. Federal form of state. Direct and indirect species. Judicial Disputes. Ownership and Competence.

1.Introdução

Primeiramente, a repartição de receitas tributárias envolve matéria relacionada ao direito financeiro e tributário, sendo tênue a linha que separa tais campos jurídicos.

De modo geral, pode-se afirmar tal repartição de receita somente ocorrerá após o exaurimento da relação de natureza tributária, ou seja, após o efetivo ingresso dos tributos nos cofres de cada ente público, mediante perfeita arrecadação. Nesse ínterim, se inicia a relação de direito financeiro, consistente no efetivo repasse nos moldes taxativamente delineados pela Constituição Federal.

No entanto, no plano fático e prático, a matéria não se mostra tão simples. Verifica-se, muitas vezes, uma verdadeira “guerra” entre os entes federativos por tais recursos públicos objeto de repasse, o que deságua em múltiplas demandas judiciais, na defesa de seus interesses, que são eminentemente colidentes.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal possui sólida jurisprudência acerca do tema, tendo analisado diversas situações diferentes sob a sistemática de repercussão geral, o que representa uma importante fonte de pesquisa.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como foco central o estudo da repartição constitucional de receitas tributárias em seu plano fático, objetivando diferenciar as peculiaridades de cada situação em concreto e como isso irá refletir no repasse das verbas objeto de controvérsia.

Inicialmente, faz-se uma breve exposição acerca das noções gerais do tema, bem como das respectivas espécies de repartição.

Posteriormente, passa-se à análise da questão principal, a fim de ganhar maior familiaridade com o tema e entender as diversas situações que envolvem os repasses tributários, diante de um estudo da Constituição Federal de 1988, do posicionamento da doutrina, e do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, destaca-se que a análise do tema é de extrema relevância diante das recentíssimas decisões judiciais acerca do tema e do flagrante interesse público que envolve o sistema constitucional de repartição de receitas.

2.Noções gerais da repartição de receitas tributárias

De início, pode-se afirmar que o sistema constitucional de repartição de receitas tributárias se refere às relações jurídicas entre os entes de direito público e decorre diretamente da forma federativa de Estado, intrinsecamente ligada com a autonomia dos entes que o compõem.

Nesse sentido, destaca-se: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Em uma análise constitucional, percebe-se que houve uma rígida distribuição de competências materiais entre os entes componentes da República Federativa do Brasil, conferindo-lhe diversas atribuições, com a finalidade de satisfazer as demandas jurídicas e sociais.

No entanto, de acordo com Harisson Leite (2017), tal federalismo apresenta distorções, tendo em vista que há uma inegável concentração de renda nos cofres públicos federais em detrimento dos Estados e Municípios, o que reflete em problemas de ordem prática, consistente justamente na impossibilidade fática de se realizar as incumbências que lhe foram constitucionalmente conferidas, caso houvesse o gozo somente dos recursos próprios.

Nesse contexto, o legislador constituinte, de forma bastante assertiva, instituiu o sistema constitucional de repartição de receitas tributárias, no intuito de determinar que os entes maiores entregassem parte da receita arrecadada aos entes menores, e assim proporcionar uma distribuição de renda que mais atendesse aos objetivos constitucionais. Destaca-se:

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I.

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre

rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituïrem e mantiverem;

II - cinqüenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III;

III - cinqüenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - 65% (sessenta e cinco por cento), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até 35% (trinta e cinco por cento), de acordo com o que dispuser lei estadual, observada, obrigatoriamente, a distribuição de, no mínimo, 10 (dez) pontos percentuais com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos.

Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 50% (cinqüenta por cento), da seguinte forma:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;

d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano;

e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano;

f) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de setembro de cada ano;

II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo.

§ 1º Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157, I, e 158, I.

§ 2º A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o inciso II, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido.

§ 3º Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II.

§ 4º Do montante de recursos de que trata o inciso III que cabe a cada Estado, vinte e cinco por cento serão destinados aos seus Municípios, na forma da lei a que se refere o mencionado inciso. 217

2.1 Das espécies de repartição constitucional de receitas tributárias

Ainda em uma análise doutrinária, percebe-se que a repartição de receitas tributárias se subdivide em duas espécies: direta e indireta.

Assim, repartição direta é aquela em que o ente beneficiado observa apenas critérios objetivos para a sua repartição e não faz parte de qualquer fundo constitucional. Nesse sentido, tem-se a repartição do imposto estadual de propriedade de veículos automotores, na qual se utiliza o percentual fixo de 50% para determinar a entrega compulsória aos Municípios, na forma do art. 158, III, da CF.

De forma diversa, repartição indireta é aquela baseada em critérios previamente estabelecidos, com repasse a um fundo de participação, objetivando corrigir desigualdades regionais. Nessa toada, em caráter exemplificativo, verifica-se que a Constituição Federal dispõe que até 35% da parcela do imposto de operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, pertencente aos Municípios, será distribuída de acordo com o que dispuser lei estadual, observada, obrigatoriamente, a distribuição de, no mínimo, 10 (dez) pontos percentuais com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento de equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos.

2.2 Da repartição constitucional de receitas tributárias na visão do Supremo Tribunal Federal

O Sistema Constitucional de Receitas é um tema de suma importância para o direito financeiro municipal, e por envolver repasse de verbas públicas, desencadeia diversas controvérsias de ordem prática, ocasionando dúvidas acerca da titularidade, repasse e gozo de tais montantes.

217 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 de agosto de 2023.

Nesse contexto, o STF já teve oportunidade de se pronunciar em diversas situações sobre a aplicação de tais verbas, sendo este um tema de bastante complexidade, em razão do interesse público envolvido, do envolvimento de diversos princípios constitucionais e das particularidades de cada situação em concreto.

Dessa forma, em ação direta de inconstitucionalidade julgada em 16 de setembro de 2022, qual seja, ADI 2355/PR, o STF analisou lei estadual que determinou a aplicação em áreas indígenas de 50% dos repasses constitucionais do ICMS. Nesta ocasião, foi questionada a constitucionalidade do referido dispositivo, invocando transgressão à autonomia do Município para dispor sobre o próprio orçamento, no que regulada a forma de utilização dos recursos recebidos.

Nesse ínterim, em caráter decisório, a corte constitucional decidiu pela inconstitucionalidade da lei estadual, por ser a parcela de recursos objeto de controvérsia pertencente de pleno direito ao respectivo Município, antes mesmo do efetivo ingresso dos recursos nos cofres públicos municipais, não cabendo qualquer forma de condicionamento ou retenção pelo Estado. Destaca-se:

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.²¹⁸

Como fundamento para tal, foram invocadas na ADI 2355/PR relevantes princípios constitucionais, tais como a autonomia municipal e a não afetação das receitas tributárias. Nesse sentido:

Art. 167. São vedados: **IV** - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária,

218 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 de agosto de 2023.

como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: c) autonomia municipal;

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Art. 30. Compete aos Municípios:

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;219

É importante mencionar que a corte constitucional frisou que, em respeito ao art. 158, § único, II, da CF, os estados-membros podem fixar, mediante lei estadual, a maneira como será feito o crédito de parcela do valor de arrecadação do ICMS a ser repartido, no entanto, tal prerrogativa não altera a titularidade da quota pertencente aos Municípios. Assim, a referida lei estadual servirá apenas para indicar a forma como a quantidade será distribuída, e não a forma como o referido montante deve ser aplicado, sendo tal competência pertencente exclusivamente ao município titular da verba, sob pena de desrespeito aos valorosos princípios constitucionais supracitados.

Nessa toada, reitera-se:

LEI ESTADUAL QUE DETERMINA QUE OS MUNICÍPIOS DEVERÃO APLICAR, DIRETAMENTE, NAS ÁREAS INDÍGENAS LOCALIZADAS EM SEUS RESPECTIVOS TERRITÓRIOS, PARCELA (50%) DO ICMS A ELES DISTRIBUÍDA - TRANSGRESSÃO À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA NÃO-AFETAÇÃO DA RECEITA ORIUNDA DE IMPOSTOS (CF, ART. 167, IV) E AO

219 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 de agosto de 2023.

POSTULADO DA AUTONOMIA MUNICIPAL (CF, ART. 30, III)- VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE IMPEDE, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO, A VINCULAÇÃO, A ÓRGÃO, FUNDO OU DESPESA, DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DE IMPOSTOS - INVIABILIDADE DE O ESTADO-MEMBRO IMPOR, AO MUNICÍPIO, A DESTINAÇÃO DE RECURSOS E RENDAS QUE A ESTE PERTENCEM POR DIREITO PRÓPRIO - INGERÊNCIA ESTADUAL INDEVIDA EM TEMA DE EXCLUSIVO INTERESSE DO MUNICÍPIO - DOCTRINA - PRECEDENTES - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - CONFIGURAÇÃO DO "PERICULUM IN MORA" - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. (STF - ADI: 2355 PR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/06/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00021 EMENT VOL-02282-01 PP-00131 RDDT n. 144, 2007, p. 216-217)220

No entanto, o Supremo Tribunal Federal possui outras decisões no tocante à repartição constitucional de receitas, que parecem contradizer os fundamentos acima expostos, mas na verdade apenas explicitam situação diversa, que possui particularidades e nuances próprias.

Dessa forma, em 16 de dezembro de 2022, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, no RE 1288634/GO, e em sede de repercussão geral, houve a ressalva de que a obrigação de transferência da quota pertencente aos municípios sobre o produto da arrecadação do ICMS, relativa à repartição constitucional das receitas tributárias, só ocorre quando há o efetivo recolhimento do tributo.

Nessa situação, foi analisada a constitucionalidade de programas instituídos pelo Estado de Goiás, em 1984 e 2008, que tinham por objetivo aumentar a implantação e a expansão das indústrias no Estado, com a previsão da possibilidade de postergação ou diferimento do recolhimento do ICMS.

O Município de Edeliana (GO) alegou que o referido adiamento no pagamento do ICMS violou o artigo 158, IV, da CF/88 e sua respectiva autonomia, protegida constitucionalmente na categoria de princípio constitucional sensível.

220 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI: 2355 PR. Relator: Ministro Celso de Mello. 19 de junho de 2002.

Contudo, nessa ocasião, o STF não concordou com os argumentos municipais e decidiu pela constitucionalidade dos programas fiscais instituídos em sede estadual. Assim, destacou-se a convalidação dos mesmos pelo CONFAZ e por lei complementar, em atendimento aos ditames constitucionais para a questão:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: XII - cabe à lei complementar: g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.²²¹

Art. 2º DA **LEI COMPLEMENTAR Nº 24, DE 7 DE JANEIRO DE 1975**: Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal. § 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.²²²

Ademais, no presente julgado, destacou-se expressamente que, diferente do caso analisado na ADI 2355/PR, não houve ingresso do imposto no erário estadual, portanto, não há efetiva arrecadação e conseqüentemente, pertencimento de tal parcela ao Município, tendo assim o Estado competência para instituir incentivos fiscais relativos ao ICMS, do qual possui a efetiva competência tributária.

Desse modo, de forma semelhante, em 17 de novembro de 2016, também sob a sistemática de repercussão geral, o STF se pronunciou acerca de recurso extraordinário do município de Itabi (SE), que requereu que a desoneração concedida pelo Governo Federal relacionada aos impostos de renda e de produtos industrializados, não fosse computada na cota do fundo de repartição do município a ele destinado.

No entanto, o pedido do município de Itabi (SE) não foi acolhido pela Corte Constitucional. Diante desse cenário, entendeu-se que o poder de arrecadar atribuído à União implica também o poder de isentar e conseqüentemente, deverá ser computado o resultado das desonerações no montante final do fundo de participação dos municípios.

221 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 de agosto de 2023.

222 BRASIL. Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1975.

Assim, no RE 705423/SE, em sede de repercussão geral, o STF firmou a tese de que é constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao imposto de renda e ao imposto sobre produtos industrializados por parte da União, em relação ao fundo de participação dos Municípios e respectivas quotas devidas às municipalidades. Destaca-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. FEDERALISMO FISCAL. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FPM. TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. COMPETÊNCIA PELA FONTE OU PRODUTO. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. AUTONOMIA FINANCEIRA. PRODUTO DA ARRECADAÇÃO. CÁLCULO. DEDUÇÃO OU EXCLUSÃO DAS RENÚNCIAS, INCENTIVOS E ISENÇÕES FISCAIS. IMPOSTO DE RENDA - IR. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. ART. 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA. 1. Não se haure da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o livre exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração. 2. A expressão “produto da arrecadação” prevista no art. 158, I, da Constituição da Republica, **não permite** interpretação constitucional de modo a incluir na base de cálculo do FPM os benefícios e incentivos fiscais devidamente realizados pela União em relação a tributos federais, à luz do conceito técnico de arrecadação e dos estágios da receita pública. 3. **A demanda distingue-se do Tema 42 da sistemática da repercussão geral**, cujo recurso-paradigma é RE-RG 572.762, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18.06.2008, DJe 05.09.2008. Isto porque no julgamento pretérito centrou-se na natureza compulsória ou voluntária das transferências intergovernamentais, ao passo que o cerne do debate neste Tema reside **na diferenciação entre participação direta e indireta na arrecadação tributária do Estado Fiscal por parte de ente federativo**. Precedentes. Doutrina. 4. Fixação de tese jurídica ao Tema 653

da sistemática da repercussão geral: “**É constitucional** a concessão regular de **incentivos, benefícios e isenções fiscais** relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União **em relação ao** Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.” 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF - RE: 705423 SE, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 23/11/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05/02/2018)223

Nesse contexto, é importantíssimo diferenciar tais situações de constitucionalidade das isenções da exemplificada no tema 42 do STF, julgado em sede de repercussão geral, em 18 de junho de 2008, no qual analisou-se a constitucionalidade de programa de desenvolvimento da empresa catarinense, que previa a retenção, pelo Estado de Santa Catarina, da parcela do produto de ICMS já arrecadado, a qual, segundo o art. 158, IV, da CF, seria pertencente aos Municípios.

Nessa situação em específica, o ponto crucial em análise é que o ICMS já tinha sido efetivamente arrecadado e não foi repassado aos Municípios. Dessa forma, tais valores já pertenciam de pleno direito ao ente municipal, não havendo competência estadual para instituir eventual programa fiscal.

Em caráter comparativo, destaca-se os dois julgados em comento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. BENEFÍCIO FISCAL OFERECIDO PELO ESTADO DE GOIÁS. PROGRAMAS FOMENTAR E PRODUIR. REFLEXOS NA ARRECADAÇÃO. REDUÇÃO PROPORCIONAL DO REPASSE CONSTITUCIONAL DEVIDO AOS MUNICÍPIOS. ARTIGO 158, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ENTENDIMENTO DESTA CORTE NOS TEMAS 42 E 653. CONTROVÉRSIA SOBRE PARTICULARIDADES DOS INCENTIVOS CONCEDIDOS. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. PAPEL UNIFORMIZADOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (STF - RE: 1288634 GO, Relator: MINISTRO PRESIDENTE, Data

223 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE: 705423 SE. Relator: Edson Fachin. 23 de novembro de 2016.

de Julgamento: 30/09/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 07/10/2021)224

CONSTITUCIONAL. ICMS. REPARTIÇÃO DE RENDAS TRIBUTÁRIAS. PRODEC. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA. RETENÇÃO, PELO ESTADO, DE PARTE DA PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. RE DESPROVIDO. I - A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios. II - O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios **não pode sujeitar-se** à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. III - Limitação que configura **indevida interferência** do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. IV - Recurso extraordinário desprovido. (STF - RE: 572762 SC, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 18/06/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05/09/2008)225

Dessa forma, reitera-se que a obrigação constitucional de transferência de recursos à esfera municipal só ocorre quando há o efetivo recolhimento do tributo. De forma diversa, caso houvesse a incumbência do repasse com base apenas no ICMS escriturado, haveria, na verdade, violação à autonomia federativa dos estados para implementar seus programas de benefícios fiscais.

3. Conclusão

Buscou-se, nesta pesquisa, abordar acerca dos reflexos da repartição constitucional de receitas tributárias na seara prática e judicial.

Assim, verifica-se que é necessário analisar, em cada situação específica, se já houve o efetivo ingresso do tributo nos cofres públicos, ou seja, se a relação jurídica tributária já foi exaurida efetivamente. Tal marco é imprescindível para se aferir a titularidade das

224 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE: 1288634 GO. Relator: Ministro Presidente. 30 de setembro de 2021.

225 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE: 572762 SC. Relator: Ricardo Lewandowski. 18 de junho de 2008.

respectivas verbas e conseqüentemente a competência para delas dispor, seja para determinar a sua aplicação em determinado programa específico, seja para a concessão de eventuais benefícios fiscais.

Conclui-se que o tema é bastante delicado, tendo em vista o envolvimento de valiosos princípios constitucionais, tais como a autonomia federativa e a não afetação à receita dos impostos.

Assim, recomenda-se ampla pesquisa acerca das mencionadas teses de repercussão geral, com o objetivo de ganhar maior familiaridade com o tema e conseqüentemente melhor identificá-las, na busca da correta aplicação dos recursos públicos, em concretização ao interesse público e aos ditames da justiça social.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário. 16. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1975.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI: 2355 PR. Relator: Ministro Celso de Mello. 19 de junho de 2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE: 705423 SE. Relator: Edson Fachin. 23 de novembro de 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE: 1288634 GO. Relator: Ministro Presidente. 30 de setembro de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE: 572762 SC. Relator: Ricardo Lewandowski. 18 de junho de 2008.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A obrigação de transferência da quota pertencente aos municípios sobre o produto da arrecadação do ICMS só ocorre quando há o efetivo recolhimento do tributo**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/5e6eda66654df2e17f1bc2d6b73ef245>>. Acesso em: 25/08/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É inconstitucional lei estadual que diga como os Municípios deverão aplicar os recursos recebidos a título de repasse do ICMS.**

Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3a1f85dfef891b2a3685ccb35efa807e>>. Acesso em: 25/08/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **União pode conceder incentivos relacionados com o IR e o IPI mesmo que isso diminua os repasses destinados ao FPM.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/373e4c5d8edfa8b74fd4b6791d0cf6dc>>. Acesso em: 25/08/2023

FERREIRA, Harisson leite. Manual de direito financeiro. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 40 DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL À LUZ DO TEMA 390

RAFAELA GALVÃO RIBEIRO DE ARAÚJO

RESUMO: Este trabalho busca desenvolver um estudo a respeito da constitucionalidade do art. 40 da Lei de Execução Fiscal, notadamente à luz do Tema 390, proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgado do RE 636.562/SC. Para isso, através da metodologia da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, será feita a análise do tema em questão. A combinação dessas duas fontes, doutrina e jurisprudência, fornecerá os pressupostos essenciais para o trabalho, permitindo alcançar a conclusão desejada. Ao fim, foi possível perceber que o art. 40, da referida lei, goza de constitucionalidade, vez que há uma diferenciação teórica quanto à prescrição intercorrente e tributária, de modo que tal distinção repercute na natureza da lei que vincula as matérias.

Palavras-chave: execução fiscal; prescrição intercorrente; prescrição tributária; constitucionalidade; Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

Conforme preleciona Leonardo Carneiro da Cunha (2021, p. 399), a execução fiscal é um procedimento especial de execução fundado em título executivo extrajudicial para satisfação de quantia certa. Por esse motivo, somente se considera execução fiscal se o exequente for considerado no conceito de Fazenda Pública e o valor cobrado compuser sua dívida ativa.

Seu procedimento encontra-se regulado na Lei nº 6.830/1980, aplicando-se subsidiariamente o CPC. Ademais, sua existência é justificada pela necessidade de se conferir prerrogativas processuais à Fazenda Pública, a fim de que o interesse público seja tutelado da maneira mais ágil, célere e eficiente possível.

Assim, a existência de um procedimento diferenciado de execução de créditos públicos visa, em última análise, resguardar os cofres públicos e, com isso, beneficiar toda a sociedade que terá, ao seu dispor, capital a ser revestido em políticas de interesse social.

Dentre os dispositivos que regulam o procedimento executório do crédito público, encontra-se o art. 40, que trata sobre o instituto da chamada prescrição intercorrente.

O referido dispositivo foi alvo de grandes debates a respeito de sua constitucionalidade, chegando a discussão ao Supremo Tribunal Federal que, finalmente, pôs uma pá de cal ao assunto, garantindo a segurança jurídica aos feitos executórios fazendários.

1. Obrigação, crédito e dívida tributária

A relação tributária existente entre o sujeito político e o particular é uma relação eminentemente obrigacional. O ente federativo, de um lado, ocupa o polo ativo, sendo o credor da relação jurídica, e o particular ocupa o polo passivo, vez que é o devedor da obrigação.

Tratar da Execução Fiscal e do processo de execução fiscal exige conhecer a essência da obrigação tributária, motivo pelo qual faz-se necessário valer-se das lições civilistas do Direito Privado. Como ensina Flávio Tartuce (2021, p. 310), a obrigação pode ser conceituada como a relação jurídica transitória existente em um sujeito ativo, denominado credor, e um sujeito passivo, o devedor, e cujo objeto consiste em uma prestação situada no âmbito dos direitos pessoais, positiva ou negativa.

Ademais, de acordo com a doutrina majoritária, são três, basicamente, os elementos constitutivos da obrigação, quais sejam, os sujeitos ativo e passivo (elemento subjetivo), a prestação (elemento objetivo imediato) e o vínculo existente entre as partes (elemento imaterial, virtual ou espiritual).

No direito tributário, por sua vez, a obrigação tributária possui os ditos elementos da obrigação civil, no entanto, com algumas peculiaridades. O legislador do Código Tributário Nacional, no art. 113, divide a obrigação em duas espécies: principal e acessória.

O tributarista Ricardo Alexandre (2018, p. 335) ensina que tanto um crédito tributário quanto os respectivos juros e multas são considerados obrigação principal, pois o enquadramento de uma obrigação tributária como principal depende exclusivamente do seu conteúdo pecuniário. Nesse sentido é o art. 113, §1º, do CTN:

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Por outro lado, a obrigação tributária acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, conforme dispõe o art. 113, §2º do CTN. Portanto, tal espécie refere-se às obrigações que os civilistas classificam como de fazer ou deixar de fazer. São, pois, obrigações instrumentais ou simples deveres burocráticos que facilitam o cumprimento da obrigação principal (ALEXANDRE, 2018, p. 336).

Da obrigação tributária, através do procedimento do lançamento, nasce o crédito tributário. O lançamento consiste em um procedimento administrativo cuja finalidade é

definir, com precisão, o montante do tributo, a penalidade, o dever e o prazo para pagamento, de forma a conferir exigibilidade à obrigação (ALEXANDRE, 2018, p. 441).

Segundo Maury Ângelo Bottesini e Odmir Fernandes (2018, p. 1):

A constituição da obrigação tributária ocorrerá por ato da Administração Pública, que é denominado lançamento, nos casos em que a obrigação não for declarada pelo devedor. Para configurar a constituição da obrigação por declaração, é indispensável que o devedor se afirme devedor e a Fazenda Pública aceite a condição de credora. É uma situação que se aproxima de um consenso entre as partes, devedor e credor. E este consenso se estabelece apenas a respeito daquilo que o devedor afirma devido, mas que pode ser modificado por atuação da Administração, em atividade de fiscalização.

Assim, é possível concluir que, com o lançamento, constitui-se o crédito tributário, fazendo a obrigação certa quanto à sua existência, líquida quanto ao seu valor, e exigível a partir do vencimento (BOTTESINI, FERNANDES; 2018, p. 5).

Instaurado o procedimento administrativo, o devedor é notificado para pagar o valor devido ou para apresentar suas razões de defesa contra a cobrança do crédito. Não efetuado o pagamento, não apresentada a defesa ou vindo esta a ser rejeitada, sobrevirá o ato de inscrição do valor devido em dívida ativa (CUNHA, 2021, p. 400). Sobre essa inscrição, ensinam Maury Ângelo Bottesini e Odmir Fernandes (2018, p. 6) que:

Com a inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa, a dívida passa a ser não apenas exigível, mas exequível, no sentido de o credor – a Fazenda Pública Estadual, Federal, Municipal ou autarquia com poder para promover o lançamento e a inscrição na Dívida Ativa – poder ajuizar a Execução Fiscal.

Incluído o crédito tributário na dívida ativa, habilita-se a entidade credora a promover a Execução do crédito perante o Poder Judiciário, instrumento pelo qual se vai obrigar o devedor a cumprir a obrigação de forma forçada, com a penhora, avaliação e expropriação de bens do patrimônio do devedor ou responsável pela dívida.

Tecnicamente, enquanto o lançamento constitui ou declara o crédito tributário, segundo disposição do artigo 142 do CTN – regras repetidas no artigo 2º da LEF –, a inscrição converte ou declara o

crédito tributário em dívida ativa, segundo disposições do artigo 204 do CTN.

O ajuizamento da Execução Fiscal para a cobrança da Dívida Ativa exige que a Fazenda ou autarquia credora extraia e emita a Certidão da Dívida Ativa, ou simplesmente CDA, que o artigo 784, IX, do CPC de 2015, correspondente ao artigo 585, VII, do CPC de 1973, define como título executivo extrajudicial, a exemplo do cheque, da nota promissória, da letra de câmbio, da confissão de dívida em documento particular firmado por duas testemunhas.

A Execução Fiscal instruída com a CDA e com os requerimentos exigidos pelo processo de execução, irá se desenvolver com a citação do devedor para pagar ou para nomear bens à penhora, e se não houver pagamento, seguir-se-ão os atos de constrição de bens do devedor, de avaliação e venda em leilão, depois de julgados os embargos do devedor, se forem ajuizados.

Assim, pode-se dizer que a execução fiscal somente é cabível se o valor devido for inscrito em dívida ativa como dívida tributária ou não tributária, na forma da Lei nº 4.320/1964.

2.Prescrição intercorrente: o art. 40

Dentre os aspectos processuais relevantes que existem em torno da execução fiscal, merece destaque a prescrição intercorrente. Nas palavras do Min. Luis Felipe Salomão, proferidas em seu voto no REsp nº 1.620.919, a prescrição intercorrente ocorre no curso do processo e em razão da conduta do autor que, ao não prosseguir com o andamento regular ao feito, se queda inerte, deixando de atuar para que a demanda caminhe em direção ao fim colimado.

A prescrição intercorrente existe em nome da segurança jurídica e tem por objetivo evitar a eternização dos conflitos. Além disso, é um instrumento de racionalidade e economicidade para o Estado, considerando que evita a perenização de demandas que estão fadadas ao insucesso, acarretando apenas gastos desnecessários ao erário.

A Lei nº 6.830/80 regulamenta, em seu art. 40, a prescrição intercorrente no curso da execução fiscal. O intuito do referido dispositivo é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

Nessa lógica, com o intuito de acabar com as execuções fiscais com pouca ou nenhuma probabilidade de êxito, estabeleceu-se, então, um prazo para que fossem localizados o devedor ou encontrados bens sobre os quais pudessem recair a penhora, de modo que alguns autores e julgados denominam o art. 40 da LEF de “suspensão-crise”.

3. Etapas para se analisar o art. 40 da LEF

O *caput* do art. 40 afirma que o juiz deverá suspender a execução fiscal se o devedor não foi localizado; ou o devedor foi localizado, mas não foram encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora. Além disso, enquanto o processo estiver suspenso, não corre o prazo prescricional.

De acordo com o § 2º do art. 40, decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos, momento em que se inicia o prazo da prescrição intercorrente.

Transcorrido o período prescricional e constatada a falta de efetividade do exequente, será reconhecida a prescrição. Esse transcurso do prazo é automático.

Vale ressaltar, no entanto, que o magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa, conforme consta no Tema 635.

Com isso, restará a possibilidade de o exequente, intimado da decisão que reconheceu a prescrição intercorrente, utilizar-se dos meios recursais cabíveis para questionar a contagem dos marcos legais indicados na decisão judicial e demonstrar eventual equívoco do ato judicial impugnado.

4. (In)constitucionalidade do art. 40: Tema 390

Os estudiosos do Direito Tributário discutiam a respeito da constitucionalidade do art. 40. Algumas vezes alegavam a sua inconstitucionalidade, afirmando que o referido dispositivo trata da prescrição de crédito tributário, de modo que a matéria somente poderia ser regulamentada por meio de lei complementar, nos termos do art. 146, III, “b”, da CF/88:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

As regras pertinentes à prescrição e decadência tributária são tratadas no Código Tributário Nacional que, apesar de ter sido editado como lei ordinária (Lei nº 5.172/1966), foi recepcionado com força de lei complementar pela Constituição Federal de 1966, e mantido tal status com o advento da Constituição Federal de 1988.

Conforme ensina Ricardo Alexandre (2018, p. 254), as normas materialmente compatíveis com a nova Constituição são por essa recepcionadas, passando a ter o mesmo status da espécie legislativa exigida pela nova Carta para disciplinar a matéria.

Com base no entendimento acima exposto, os Tribunais Superiores, em diversas oportunidades, se manifestam pela inconstitucionalidade formal dos arts. 2º, § 3º, e 8º, § 2º, da Lei 6.830/80, na medida em que foram editadas no bojo de lei ordinária, mas versam sobre prescrição tributária, que é matéria própria de normas gerais de direito tributário e, por isso, reservada à lei complementar.

Entretanto, ao enfrentar a controvérsia no RE 636.562/SC (Tema 390), referente a validade da prescrição intercorrente, prevista no art. 40 da LEF, o STF decidiu pela sua constitucionalidade. Isso porque, conforme destacou a Suprema Corte, a prescrição ordinária tributária não pode ser confundida com a prescrição intercorrente tributária.

A prescrição ordinária tributária é disciplinada pelo art. 174 do CTN, que prevê o prazo de 5 anos, começando a fluir a partir da data de constituição definitiva do crédito tributário, de modo que representa espécie de extinção, nos termos do art. 156, V, do CTN.

A prescrição do crédito tributário está intrinsecamente ligada ao inadimplemento do sujeito passivo, vez que, nas palavras de Ricardo Alexandre (2018, p. 558):

Não havendo pagamento ou impugnação ou, em havendo esta, concluído o processo administrativo fiscal e ultrapassado o prazo para pagamento do crédito tributário sem que ele tenha sido realizado, surge para a Fazenda Pública o que a doutrina denomina pretensão, que é a possibilidade de exigência coativa da satisfação do crédito lançado, mediante o manejo da ação de execução fiscal.

A prescrição intercorrente, por sua vez, é matéria eminentemente processual, de modo que não seria necessário ser tratada por meio de lei complementar. Assim, como requisito processual, deve ser disciplinada por lei ordinária nacional, na forma do art. 22, I, da CF/88.

CONCLUSÃO

Portanto, é possível concluir que a execução fiscal é um procedimento especial, manejado pela Fazenda Pública em seu sentido amplo, que busca realizar o princípio do interesse público, bem como o da eficiência. Referido procedimento possui previsão na Lei nº 6.830/1980, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com status de Lei Ordinária.

A Lei de Execução Fiscal (LEF) estabelece, em seu art. 40, o instituto da prescrição intercorrente, o qual extingue o processo executivo sem resolução de mérito, desde que satisfeitos os pressupostos trazidos pela lei e pela jurisprudência.

Ademais, conclui-se que a prescrição intercorrente não pode ser confundida com a prescrição do crédito tributário, já que a primeira se trata de instituto processual e a segunda, de instituto do direito material. Portanto, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 636.562/SC (Tema 390), não é necessário que a prescrição intercorrente seja tratada por meio de lei complementar, restando decidido, em caráter definitivo, que o art. 40 da Lei nº 6.830/1980 é constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República,

1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

BOTTESINI, Maury Ângelo; FERNANDES, Odmir. **Execução Fiscal: Defesa e Cobrança do Crédito Público**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É constitucional o art. 40 da Lei 6.830/80, que trata sobre a prescrição na execução fiscal; não era necessário que a prescrição intercorrente fosse disciplinada em lei complementar. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus, 2023. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/292795f5daad46256799bba38938423e>. Acesso em: 26 jul. 2023.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 636.562/SC**. Art. 40 da Lei nº 6.830/1980 e art. 146, III, B, da CF/1988. Recorrente: União. Recorrido: José Lino Schappo. Relator: Min. Roberto Barroso, 22 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356349880&ext=.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2023.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.604.412 - SC. Recorrente: Cooperativa Agroindustrial Alfa. Recorrido: Valdir Saremba. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 22 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/863395931/inteiro-teor-863396276>. Acesso em: 27 jul. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

A VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO QUESTÃO DE GÊNERO

HELENA VAZ DE FIGUEIREDO:
Advogada (UCAM), mestranda em Política Social (UFF) e especialista em Direito Previdenciário (CBPJUR)²²⁶.

1.Introdução

A violência sexual contra crianças e adolescentes provoca debates acalorados na opinião pública, os casos de abuso e exploração sexual contra menores são constantemente noticiados pelos principais veículos de informação e a população demonstra revolta em relação aos relatos de vítimas, haja vista a aparente inércia das autoridades públicas.

No dia 6 de dezembro de 2022, a Polícia Civil do Rio de Janeiro participou da operação nacional chamada “Luz na Infância 10” para cumprir cinco mandados de busca e apreensão contra suspeitos de pornografia envolvendo crianças e adolescentes, comandada pela Delegacia da Criança e do Adolescente.

Segundo o Jornal O Dia, no dia 11 de abril de 2023, a Polícia Federal prendeu em flagrante um homem por armazenamento de vídeos e imagens, em Magé, na Baixada Fluminense, durante uma operação batizada de Arcanjo XII, que teve como meta a repressão da produção, o compartilhamento e a posse de imagens com conteúdo de abuso sexual infantil.

O mesmo jornal noticiou um flagrante similar no dia 5 de abril, na cidade de Barra Mansa, no sul do Rio de Janeiro, por armazenarem e distribuírem material de abuso sexual de menores em uma operação chamada de “Ctrl+L”.

Segundo uma notícia do Portal G1, no Estado do Rio de Janeiro, em 2021, foram registrados cerca de **591 casos de estupro** de crianças de até 11 anos.

Diante do grande número de vítimas, foi criada a Lei nº 7.367/2022, que determina a afixação, em local visível em todas as repartições públicas e autarquias municipais, de cartazes informativos com referência à luta contra a pedofilia, ao abuso sexual e à violência

226 E-mail: helena-figueiredo@outlook.com

contra crianças e adolescentes.

Seguindo a mesma tendência, a Lei Municipal nº 6.863/2021 estabelece o conjunto de ações e campanhas de conscientização desenvolvidas pela Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro como formas de prevenir e combater a violência e exploração sexual de crianças e adolescentes, a fim de promover campanhas publicitárias para informar os cidadãos sobre o tema, inova ao instituir o treinamento de servidores municipais, preparando-os para identificar sinais de violência em crianças e adolescentes.

Nesse sentido, recentemente, a prefeitura do Rio de Janeiro lançou um Plano Municipal de Enfrentamento às Violências Sexuais contra Crianças e Adolescentes, que foi assinado pela secretária municipal de Assistência Social, Maria Domingas.

Sobretudo, pelo fato da violência sexual contra menores ser um problema que vem ganhando destaque nos últimos anos, conforme os próximos capítulos evidenciarão. Por influência destes esforços, aumentaram as iniciativas de Estado: políticas públicas e mudanças legislativas.

De todo modo, este trabalho terá como foco as políticas de prevenção, que sabidamente são as mais importantes, pois impedem que a violência ocorra. Estas políticas podem se focar na sociedade, nas crianças, nos pais ou nos educadores (Cheng, 2009).

Discussões acerca dos conceitos de violência, abuso e exploração sexual serão tratados neste trabalho, além dos marcos legais do enfrentamento à violência sexual contra menores de idade; as políticas públicas sobre o tema no Brasil; e a associação entre violência sexual e gênero.

Outrossim, este trabalho tem como objetivo verificar a adequação do desenho das principais medidas adotadas na cidade do Rio de Janeiro, no que tange ao combate à violência contra meninas, por meio do estudo das políticas públicas preexistentes, entrevistas e a análise de questionários respondidos por profissionais que lidam com o problema em questão.

1.2. Algumas considerações iniciais sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), criado no dia 13 de julho de 1990, foi resultado de um grande debate democrático, promovido por inúmeros movimentos

sociais, organizações, representantes da sociedade civil e outras tantas instituições de conscientização e preservação da infância.

Graças ao referido estatuto, foram criadas inúmeras políticas públicas de combate ao abuso e exploração de crianças e adolescentes no Brasil na esfera municipal, estadual e federal.

Em especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente conta com uma série de crimes praticados contra a criança e o adolescentes, como o visto no art. 239, que consiste em promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro (BRASIL, 1990).

Ainda no que tange ao abuso e exploração de menores, a pornografia infantil está prevista no art. 240 do ECA que a define como o ato de: produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfico, envolvendo criança ou adolescente" (BRASIL, 1990), assim como no art. 241-A do referido estatuto que versa sobre o ato em questão de oferecer, trocar, disponibilizar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou registro que contenha cena de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente" (BRASIL, 1990).

Ainda no mesmo estatuto, o art. 244 é outro exemplo de crime praticado contra a criança que consiste em submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2º desta lei, à prostituição ou à exploração sexual (BRASIL, 1990).

Com base no referido Estatuto, portanto, aos crimes praticados contra menores, por ação e omissão, sem prejuízo do disposto na legislação penal, aplicam-se as normas da Parte Geral do Código Penal e, no que tange ao processo, a parte relativa ao Código de Processo Penal.

Tais tipificações são de suma importância para a estruturação de políticas públicas de prevenção e combate ao problema no território brasileiro.

Ademais, o ECA, o Código Penal e outros mecanismos jurídicos também são importantes para punir agressores e prevenir abusos, mas também é importante assegurar simultânea e articularmente às vítimas de forma multidisciplinar o atendimento ambulatorial e/ou psicológico, a inclusão das mesmas em instituições de ensino, o atendimento dos menores no sistema único de saúde, a inclusão das vítimas e seus

familiares em programas sociais, isto é, quando se procura enfrentar a “violência sexual contra crianças e adolescentes” (em outras palavras, o abuso e a exploração comercial) não se deveria restringir as intervenções públicas exclusivamente apenas à responsabilização penal dos abusadores e exploradores de forma maniqueísta. Mas também se deveria assegurar simultânea e articularmente, (1) o atendimento médico e/ou psicossocial do abusado ou abusada, do explorado ou explorada em serviços ou programas especializados, (2) a sua inclusão com sucesso na escola, (3) o seu atendimento especializado por serviços do sistema único de saúde, (4) a inclusão das suas famílias (ou dos beneficiários de acordo com a idade) em programas de geração de ocupação, emprego e renda, (5) ou em programas de erradicação do trabalho infantil (NETO, 2019, pg. 52).

Após décadas, é válido apontar que apesar de todas as conquistas advindas da criação do Estatuto da Criança e do Adolescente e de todas as suas qualidades, o estatuto apresenta problemas de caráter estrutural e programático, no que tange a efetivação de medidas de combate a violação de direitos de crianças e adolescentes, porém, passadas já três décadas da implantação do ECA, o que se tem percebido é que este potente arcabouço ético-legal ainda padece de condições estruturais, programáticas e, na ponta executiva, de ações que respondam à efetivação esperada, sendo comuns falhas na rede de proteção, parques ou descontínuos serviços de atendimento, e dificuldades técnicas e institucionais na execução de medidas protetivas, de modo articulado, competentes e ágeis, como a situação requisitada (AMARO, 2022, pg. 29).

Nesse mesmo sentido, não foi possível observar na prática a efetividade de todas as conquistas jurídicas no que tange à infância e juventude nas políticas sociais e em tantas outras medidas governamentais por inúmeros motivos, pois na trincheira da redemocratização, as conquistas advindas das lutas sociais asseguraram do ponto de vista jurídico, da Constituição Federal, Lei Orgânica de Saúde, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Orgânica de Assistência Social, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e do princípio da prioridade absoluta, sem distinção de classe, raça, etnia, orientação sexual, gênero. Essa conquista jurídica não teve concretude na realidade, pois não houve mudança cultural, política e social no Estado brasileiro e na sociedade (PINI & SILVA, 2020, p.169).

1.3 Contextualização: Violência Sexual

Segundo as Nações Unidas, mais da metade dos menores do mundo com idades compreendidas entre os 2 e os 17 anos sofreram violência emocional, física ou sexual, com

consequências devastadoras para o seu bem-estar mental (RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO 2021-2022/PNUD).

A Violência Sexual pode ser definida de forma ampla, ou mais estrita, conforme os códigos legais. Kelly (1988) definiu o fenômeno como qualquer ato físico, visual, verbal ou sexual que é vivenciado por uma mulher ou garota no momento ou a posteriori como ameaça de agressão que possui o efeito de machucá-la ou degradá-la e/ou tira a sua capacidade de controlar o contato íntimo.

Para a autora, identificam-se como forma de agressão à mulher: o abuso, a intimidação, a coerção, a ameaça, o uso da força, dentre outras.

Essa definição é extremamente ampla e ao mesmo tempo limitadora, pois primeiramente define o termo como todo e qualquer ato de violência perpetrado contra o gênero feminino; porém exclui o gênero masculino, trazendo no fundo desta definição a ideia de que a violência sexual é um fenômeno propriamente associado às relações de gênero dentro da sociedade. Anteriormente, Kelly (1987) desenvolveu o conceito de *contínuo de violência*, que considera violência além ato em si, mas como o produto de uma sucessão de eventos. Esta abrangência dada pelo conceito possibilita uma aproximação da vida rotineira e a completude do fenômeno, sem um foco total em conceitos como "estupro" ou "abuso" em si; possibilitando analisar toda a construção social de um caso de violência, sobretudo causada pelo comportamento masculino.

Ademais, há atos de violência em si, ou ações precedentes, que podem passar despercebidos, pois não são codificados criminalmente. E não apenas os comportamentos "aberrantes", mas também os "típicos" podem ser considerados como relevantes, à luz do conceito desenvolvido por Kelly (1988).

A considerar a abrangência conceitual proposta pela autora, o rol de formas de violência sexual se expande. No seu estudo, ela identificou 11 diferentes:

- Ameaça de violência;
- Assédio sexual;
- Pressão para fazer sexo;
- Agressão sexual;
- Ligações telefônicas obscenas;

Sexo coercitivo;

Violência doméstica;

Abuso sexual;

Atentado ao pudor;

Estupro;

Incesto.

Brown (2011) dividiu estas formas de violência entre “comportamentos centrais de violência sexual” (ameaça de violência, assédio sexual, pressão para fazer sexo e agressão sexual) e “padrões de comportamento associado com diferentes classes de violência sexual” (ligações telefônicas obscenas; sexo coercitivo; violência doméstica; abuso sexual; atentado ao pudor; estupro; incesto).

Todavia, o mais importante é ter em conta que a violência sexual é um fenômeno complexo, que vai muito além do ato e si, mas possui motivações que podem ser explicadas por comportamentos criminosos em questão pelos costumes e normas sociais, trazendo uma necessidade de um ponto de vista sociocultural em relação ao problema.

1.4. Definições de Abuso Sexual Infantil

O abuso sexual infantil vem recebido maior destaque ao longo dos anos, por sua espalhada incidência por todo o mundo; e as políticas públicas vem sendo implementadas para prevenção ou enfrentamento mais amplo do problema.

A definição de abuso sexual infantil é uma necessidade tanto para fins operacionais, quanto para a identificação de caso. Para ilustrar a importância e a necessidade de uma definição, segue trecho do estudo da Inter-agency Working Group On Sexual Exploitation of Children (2016, p.1).

Palavras importam porque afetam como nós conceituamos problemas, priorizamos assuntos e forjamos respostas. O uso inconsistente da linguagem pode levar a leis e respostas inconsistentes de políticas públicas sobre o mesmo assunto. Apesar da existência de definições legais para um número de crimes sexuais contra crianças, há uma confusão considerável ao redor do uso terminológico diferente relacionado à exploração sexual e o

abuso de crianças. Até mesmo quando os mesmos termos são utilizados, há um desacordo em relação ao seu sentido de fato, levando com que se use as mesmas palavras para se referir a ações e situações diferentes. Isto criou significantes desafios para a programação e desenvolvimento de políticas, desenvolvimento da legislação, coleta de dados, levando a respostas falhas e limitadas e métodos ineficazes de mensuração de impacto ou estabelecimento de objetivos (Inter-agency Working Group On Sexual Exploitation of Children, 2016, p.1)

Trickett (2006) apontou a “vagueza” e “variabilidade” dos conceitos apresentados nas pesquisas como um fator gerador de confusão e imprecisão nos estudos realizados. Para obter mais força científica, sabemos que uma pesquisa necessita de rigidez conceitual para melhor operacionalização dos conceitos e que estes sejam definidos pelos pesquisadores sobre o assunto de forma mais uniforme possível, para que seus resultados possam ser considerados e comparados.

Para uma definição, segundo Mathews & Cólín-Veneza (2017) é necessário partir do consenso de que o abuso sexual de menores é um fenômeno complexo e multifatorial, além de considerar todo o conhecimento acumulado por diversas áreas: pesquisa científica, jurídica, políticas públicas, prevenção e pelo estabelecimento de normas sociais.

Para efeito exemplificativo, é importante citar a definição - bastante difundida - da OMS e que auxilia pesquisadores e profissionais da área na identificação de casos.

O envolvimento de uma criança em atividade sexual, na qual ele ou ela que lhes ocorre sem compreensão, é inapta a dar o consentimento informado, ou no qual a criança não tem o desenvolvimento preparado e não pode dar o consento, ou que viole as leis ou tabus sociais. O abuso sexual é evidenciado por esta atividade entre a criança e um adulto ou outra criança que pela idade ou desenvolvimento é em uma relação de responsabilidade, confiança ou poder, a atividade tem como objetivo a gratificação ou a satisfação das necessidades de outra pessoa (Organização Mundial da Saúde, 2003, p. 75).

Essa definição é uma das mais usadas, por ser uma das mais completas. Considera os seguintes elementos: a) a incompreensão da criança e a falta de consciência do ato; b) a perspectiva legal e a social de tabu; c) o abuso pode ser feito tanto por adulto quanto por outra criança em posição superior; d) não considera a satisfação ou gratificação do violentador apenas sob o aspecto físico, dando margem a diversos tipos de abuso.

É importante adicionar alguns aspectos não mencionados na definição da OMS, mas que serão muito importantes:

a) O ambiente onde o abuso sexual ocorre: muitas vezes no próprio seio familiar, ou em escolas, igrejas, etc.

b) A amplitude da forma como abuso ocorre: não ocorrendo apenas através de contato físico e/ou penetração

Matheus & Cólín-Veneza (2017), buscando uma definição científica, chegaram a um modelo conceitual, separando a definição por seus conceitos-chave: criança; consentimento. sexual; e abuso.

Tabela 1 - Definição de Matheus & Cólín-Veneza (2017)

Conceito-Chave	Definição
Criança	a ser considerada por duas perspectivas: do desenvolvimento das capacidades e a cronológica-legal, de idade propriamente dita.
Consentimento	a ser avaliado pela aparência de verdadeiro consentimento, mas também perguntando à vítima se de fato o ato foi livre, voluntário e sem participação coercitiva.
Sexual	considera atos em que ocorrem o contato físico e também os que não ocorrem, mas que tenham o objetivo de alcançar gratificação sexual física ou mental
Abuso	“é um termo que carrega um alto nível de falibilidade derivado da inescrupulosidade dos atos, que por sua vez seguem quatro indícios: uma relação de poder, a criança está posta em situação de desigualdade, a

	vulnerabilidade da criança está sendo explorada em seu detrimento e a ausência de um consentimento verdadeiro
--	---

1.5. Exploração Sexual de menores

A literatura sobre o tema apresenta inúmeros termos que indicam a violência sexual contra crianças e adolescentes, tais como violência sexual propriamente dita, agressão sexual, vitimização sexual, exploração sexual, maus tratos, sevícia sexual, ultraje sexual, injúria sexual, crime sexual, abuso sexual doméstico, violência sexual doméstica, incesto e abuso sexual incestuoso (LIMA, 2018, p.31-32).

Nesse sentido, a exploração sexual de crianças e adolescentes costuma ser produto da privação econômica, fome, miséria e consumo de drogas por um desconhecido, ao passo que o abuso sexual ocorre, na maioria dos casos, por parte de um parente ou conhecido (CHILHOOD FUND, 2022).

Em outras palavras, o abuso sexual é toda forma de relação ou jogo sexual entre um adulto e uma criança ou adolescente, com o objetivo de satisfação desse adulto e/ou de outros adultos. Pode acontecer por meio de ameaça física ou verbal, ou por manipulação/sedução. Na maioria dos casos, o abusador é uma pessoa conhecida da criança ou adolescente – geralmente familiares, vizinhos ou amigos da família.

A exploração sexual, comumente, é caracterizada pelo abuso da posição de um indivíduo para a comercialização e a geração de lucro através da prática sexual de outra pessoa. Porém, a definição pode vir a ser mais ampla, como sugere a definição dada pela ONU em 2003, que é considerada um marco, onde qualquer abuso real ou tentativa de uma posição de vulnerabilidade, poder diferencial ou confiança para fins sexuais, incluindo, entre outros, lucrar monetariamente, socialmente ou politicamente com a exploração sexual (GERASSI).

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro e convenções internacionais, a exploração sexual comercial infantojuvenil, em especial, pode se manifestar por meio da utilização de menores na prostituição, na pornografia, no chamado turismo sexual e no tráfico para fim de exploração sexual, mas também é importante apontar outros termos sobre o tema em questão (INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES/IIN/OEA, 1998).

Ainda no que tange à exploração sexual infantojuvenil, a chamada prostituição

infantil é um tipo de exploração sexual envolvendo menores em que figuras como facilitadores, aliciadores, agenciadores e outros tipos de infratores se beneficiam financeiramente dos abusos dos menores (GLOBAL STUDY ON SEXUAL EXPLOITATION OF CHILDREN IN TRAVEL AND TOURISM, 2016).

1.6. Os diferentes tipos de exploração sexual de menores

A pornografia infantil, por sua vez, se opera com a reprodução, consumo, produção, venda, distribuição, comercialização e aquisição de qualquer tipo de material pornográfico envolvendo menores de idade, estando interligada com outras formas de exploração sexual como o tráfico de crianças e adolescentes e a prostituição infantojuvenil (LANDINI, 2000, p. 31).

Por outro lado, o turismo sexual seria a exploração sexual de crianças e adolescentes por pessoas que conduzem visitantes a destinos turísticos, ou seja, existe a exploração sexual no turismo, uma atividade ilegal praticada por pessoas que conduzem visitantes a destinos turísticos, oferecendo-lhes relações sexuais com crianças e adolescentes da região visitada. (VERAS, 2010, p. 407).

Nesse sentido, o tráfico de menores de idade para fins de exploração sexual é toda facilitação de deslocamento e saída de crianças e adolescentes com intuito de forçá-los a exercerem a prostituição ou qualquer outra forma de exploração de caráter sexual, dentro e fora do território nacional (RELATÓRIO SOBRE O TRÁFICO DE PESSOAS, 2022).

1.7. Lares abusivos

Infelizmente, inúmeros dados indicam que a violência sexual infantojuvenil é um problema crescente no Brasil tendo caráter de continuidade e ocorrendo até mesmo nos lares das vítimas, onde 233 crianças sofrem violência por dia no Brasil, a cada ano cerca de 527 mil sofrem abusos sexuais no Brasil, 70% das vítimas são crianças e adolescentes (AMARO, 2022, p. 30).

Nesse sentido, no que se refere às características da violência sexual contra menores, 37,26% dos eventos tiveram caráter de repetição, 62% ocorreram onde a vítima residia, 87,9% dos casos contra crianças e adolescentes, o agressor era do sexo masculino e 64, 8% tinham vínculo familiar ou eram conhecidos da vítima (AMARO, 2022, p. 30).

Os dados apontam ainda que os criminosos são parentes na maioria dos casos

(caracterizando o chamado abuso sexual incestuoso), refletindo uma perversa lógica de poder das relações familiares, onde inúmeros dados apontam que 80% dos casos de abuso sexual contra menores são perpetrados no contexto doméstico, tendo duração mínima de um ano. A violência que golpeia crianças edifica-se como uma relação de poder, edificada na presença de alguém em condições de desenvolvimento superior, no que diz respeito à idade, força, autoridade, situação econômica ou social, que usa dessa condição para assediar, seduzir, coagir, intimidar, manipular, usar e apropriar-se do outro (a vítima) com a finalidade de obter satisfação sexual e outros tipos de violência, como negligência, maus-tratos física e violência psicológica (AMARO, 2022, pg. 33).

A violência intrafamiliar, por exemplo, é muito mais complexa do que parece, pois o abuso sexual costuma se manifestar por meio de diferentes tipos de abusos no seio familiar, ocorrendo em conjunto com outras formas de violência na maioria das vezes: física e emocional.

É preciso também compreender que na prática cotidiana não encontraremos um único tipo de violência, ou seja, os tipos de violência são praticados simultaneamente e, muitas vezes, a violência psicológica possibilita o exercício do abuso sexual, ou a violência física que intimida, não deixando de ser também uma violência psicológica (MOREIRA & SOUZA, 2012, pg. 19).

Contrariando o senso comum, a sociedade e o estado devem e podem interferir na esfera privada de indivíduos envolvidos no que se entende por abuso sexual incestuoso: "Entretanto, como vimos, de acordo com a lei, em uma situação de violência familiar contra criança, podemos e devemos interferir". (MAGALHÃES, 2005, pg. 45).

Nesse sentido, a violência contra menores de idade tem deixado de ser tratada como um fato natural ou como um modo particular de os pais lidarem com os seus filhos, para ser tratada como um grave problema a ser combatido tanto pelo Estado, como pela sociedade civil e as próprias famílias (MOREIRA & SOUZA, 2012, pg. 16).

1.8. Uma sociedade desigual que explora suas crianças e adolescentes

O comércio sexual e a exploração sexual comercial são sustentados e mantidos pelas forças do consumismo, pobreza e violência comunitária (JONES et al (2014, pg 71).

Como o Brasil é um país cheio de desigualdades sociais (gênero, raça e classe), com uma parcela significativa da população vivendo em condições miseráveis, problemas como a exploração sexual de crianças e adolescentes são muito recorrentes.

Ao longo da história, a questão da violência de caráter sexual tem sido associada às classes sociais empobrecidas, em outras palavras, é atribuída a ocorrência de tal violência à pobreza, ao desemprego, à vulnerabilidade social e econômica dos sujeitos, são diversos os fatores que culminam para a reprodução da violência, dentre eles: os fatores econômicos, sociais, culturais e psicológicos (VIEIRA, pg. 108, 2018).

Nesse sentido, no contexto da exploração sexual por meio do tráfico, a chamada vulnerabilidade social é geralmente usada para referir-se a fatores inerentes, ambientais ou contextuais que aumentam a suscetibilidade de um indivíduo ou grupo a serem traficados. Tais fatores, que são consensuais, incluem violações dos direitos humanos, como a pobreza, a desigualdade, a discriminação e a violência de gênero que contribuem para a criação de privação econômica e condições sociais que limitam a escolha individual facilitando para os traficantes e exploradores cometimento de crimes (RELATÓRIO SOBRE O TRÁFICO DE PESSOAS, pg. 12, 2020)

A partir disso, um ponto a ser considerado ao longo desta pesquisa é o caráter desigual da sociedade brasileira, baseado na dominação, opressão, exploração e violência, que tem condenado milhões de crianças e adolescente à miséria e a diferentes formas de violência sexual, pois a Nação é construída com base em mitos fundantes de dominação, opressão, exploração, violência, típicos do colonialismo, do elitismo eurocêntrico, do corporativismo privilegiado e do formalismo cartorial (NETO, 2019, pg. 57).

1.9. Marcos Legais: As convenções e tratados internacionais

A criação de convenções e tratados internacionais de proteção dos direitos de crianças e adolescentes foi fundamental para a promoção de mudanças nas políticas públicas de proteção aos menores de idade implementadas no Brasil e mais especificamente no Rio de Janeiro.

No que tange a convenções internacionais, a chamada Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1973) e a Organização das Nações Unidas (ONU, 1989) foram responsáveis pela criação de mecanismos de proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes em diferentes contextos como o de abuso e exploração sexual (MOREIRA, 2020).

Uma das principais convenções internacionais de proteção aos direitos dos menores é a chamada Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, na qual é possível encontrar dispositivos que garantem o tratamento de menores de idade

como titulares de direitos, logo passíveis de proteção contra qualquer forma de violência sexual.

A convenção das Nações Unidas sobre os direitos da Criança revolucionou ao operacionalizar a proteção dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes promovendo cuidados e responsabilidades por parte da sociedade e do Estado no que tange à infância e juventude em variados contextos, haja vista a convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança convida a assegurar as duas prerrogativas maiores que a sociedade e o Estado devem conferir à criança e ao adolescente, para operacionalizar a proteção dos seus Direitos Humanos: "cuidados" e responsabilidades." (NETO, 2019, pg. 45-46).

Após ser ratificada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente da Organização das Nações Unidas passou a ser aplicada no âmbito interno do Brasil por meio da implementação de políticas públicas de proteção a menores de todo gênero.

Já a Convenção nº 182 da OIT de 1999 versa, mais especificamente, sobre o combate às piores formas de trabalho infantil como a exploração comercial de crianças e adolescentes expressa na prostituição, na pornografia e na venda de menores.

A partir disso, a referida Convenção da OIT promove a criação de programas de ação comunitária, governamental ou até mesmo programas do tipo bolsa-escola em caráter emergencial para o combate à exploração sexual infantojuvenil em todas as suas formas, tendo em vista que essa Convenção coloca prioridade máxima à erradicação do trabalho infantil, seja ela feita pela criação de normas internas, pela criação de programas de ação comunitária, governamental ou programas bolsa-escola, sendo importante agir com rapidez e eficácia, ou seja, os membros desta Convenção têm o dever de elaborar medidas em caráter emergencial". (HOLANDA, 2010, pg. 27).

Ainda é possível apontar a existência do chamado Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 5.007, de 8 de março de 2004), cujo teor contém propostas de combate a diferentes formas de exploração sexual infantil, que leva em conta questões de índole social: "Reconhecendo as necessidades especiais das crianças particularmente vulneráveis ao recrutamento ou utilização em hostilidades contra o disposto neste Protocolo, em virtude de sua situação econômica ou social ou de sexo" (BRASIL, 2004).

Outro exemplo de convenção é o Protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Repressão e Punição do Tráfico

de Pessoas, principalmente mulheres e crianças (Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004)²²⁷, no qual o tráfico de adultos e menores é definido como o "[...] recrutamento, recebimento e transporte de pessoas contra a própria vontade para fins de exploração" (BRASIL, 2004).

Ademais, a Declaração de Estocolmo de 1998 define a exploração sexual infantil "como uma espécie de violência e coerção contra crianças, que pode incluir o trabalho escravo sexual e outras formas modernas de escravidão" (Estocolmo, 1998).

1.10. Os Direitos das crianças e dos adolescentes: Algumas considerações sobre o Estatuto da Criança e do Adolescentes

Após décadas de mobilizações populares, a Constituição Federal passou assegurar a efetividade dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todos os cidadãos brasileiros independente da idade, classe social, raça, gênero ou credo: "[...] trata de assegurar, através de mecanismos de exigibilidade específicos, a efetividade dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais dos cidadãos". (NETO, 2019, pg. 51).

Assim sendo, a partir de uma visão essencialmente protetiva dos direitos dos menores brasileiros, o art. 227 da Constituição Federal de 1988 aponta que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". (BRASIL, 1988).

A partir disso, a chamada Doutrina da Proteção Integral foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 227 da Constituição Federal, que declarou ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (FERREIRA & DOI, pg. 2, 2018).

²²⁷ A definição de tráfico de pessoas é facilmente encontrada no Protocolo de Palermo, que é uma das principais ferramentas jurídicas para o combate desse tipo de conduta.

Nesse sentido, os direitos das crianças e dos adolescentes são garantidos tanto pela Constituição Federal de 1988 (CF- 1988) quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990- ECA).

O ECA pormenoriza os direitos garantidos na Constituição Federal de 1988, evidenciando os instrumentos de participação democráticos e controle das políticas públicas de proteção a essa população (FARINELLI & PIERINI, pg. 64, 2016), consagrando a ideia de proteção integral da infância e juventude.

Assim, o ECA surgiu após a constituinte como uma espécie de complemento ao arcabouço constitucional e também ao proposto na Convenção dos Direitos da Criança com uma visão mais humanizada e realista sobre a infância e a juventude, produto da articulação de movimentos sociais e mudanças legislativas aos longo de décadas, já que o ECA é produto do estágio civilizatório alcançado pela sociedade, repousando em uma Constituição que prometeu ao povo brasileiro especialmente liberdade e justiça social. Projetando nos mesmo moldes da Convenção dos Direitos da Criança, prescreveu um projeto de convivência entre adultos e crianças baseado no respeito e no desenvolvimento de potencialidades. Somente foi possível porque, à época, a paz e o progresso social eram valores agregadores de pessoas e instituições no fundar de um status infantojuvenil civilizado, em que direitos e deveres poderiam se entrelaçar de forma harmônica, difundindo a utopia do bem-estar social (PAULA, 2020, p.36).

Outrossim, de forma revolucionária o Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu no início da década de 90 como produto de inúmeros debates promovidos, sobretudo, na década de 80, considerando a violência contra menores um problema de saúde pública, com a defesa da obrigatoriedade da comunicação dos crimes perpetrados contra menores e o combate aos aludidos abusos por parte da sociedade como um todo, tendo em vista que todos os debates acumulados na década de 1980 contribuíram para a elaboração do ECA em 1990. O Estatuto inova, ao considerar a violência contra crianças e adolescentes como problema de saúde pública, e que, como tal, deve ser enfrentado pelos diversos setores da sociedade, assim como torna obrigatória a comunicação de tais ocorrências à autoridade competente (LIMA, 2018, p.40).

1.11. O Estupro de vulnerável e a exploração comercial de menores no ordenamento jurídico brasileiro

1.11.1. O Estupro de vulnerável

Visando acabar de uma vez com discussões relativas a idade da vítima e tantas outras de caráter doutrinário e jurisprudencial, surgiu o delito de Estupro de Vulnerável, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Segundo GRECO (pg. 688, 2020), a partir dessa novidade jurídica, surgiu um critério objetivo para a análise da figura típica por meio da idade, mesmo no caso de vítima prostituída.

Ocorre, tal qual aponta GRECO (pg. 689, 2012), para que se opere o crime, o agente deverá, obrigatoriamente, ter conhecimento do fato da vítima ser menor de 14 anos, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo que, a depender do caso, poderá levar até mesmo à atipicidade do fato.

Outrossim, é também considerada vulnerável a vítima que possui alguma enfermidade ou deficiência mental, não possuindo o necessário discernimento para a prática do ato sexual, ou aquela que, por qualquer outro motivo, não pode oferecer resistência, conforme se verifica no art. 217 do Código Penal (GRECO, pg. 689, 2012).

Os novos tipos penais e as penas mais gravosas inauguradas, devem conduzir à implantação de políticas públicas de prevenção criminal voltadas também para as vítimas do delito que, em diversas situações são expostas a extrema condição de vulnerabilidade social, sendo alvo fácil de violação de sua dignidade (NUNES, pg. 66, 2016).

Sem dúvidas, o ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à questão penal, se tornou mais favorável aos interesses das vítimas, menos preconceituoso no que tange ao gênero feminino e mais rigoroso na punição dos criminosos.

1.11.2. A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes (ESCCA) no ordenamento jurídico brasileiro

A exploração sexual é a prática criminoso de “troca por sexo” ou sexo transacional, em que a criança ou adolescente é submetido a contato sexual em troca de dinheiro, comida, objetos de interesse como telefone celular, entre outros bens de consumo (BRAZIL TALK, 2021), ou seja, trata-se da mercantilização dos corpos dos menores.

Isto é, a ESCCA é uma “doença social”, representando um dos lados mais sombrios do Brasil, produto da miséria material e moral de toda a sociedade brasileira.

Segundo o Art. 218-B do Código Penal, o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável consiste em submeter, induzir ou atrair à prostituição alguém menor de 18 anos ou que, por qualquer enfermidade, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone (BRASIL, 1940), sendo uma das formas de trabalho infantil mais cruéis e degradantes existentes.

Em outras palavras, o tipo penal acima citado descreve o que se entende por tráfico de menores para fins de exploração sexual no contexto brasileiro, definido pelo Organização Internacional do Trabalho como uma das piores formas de trabalho envolvendo menores.

Ocorre que para incorrer no tipo penal em análise, é necessário o conhecimento do agente sobre a idade da vítima e da sua condição de prostituta ou outra forma de exploração sexual ante a conduta criminosa de outrem, de forma que a realização do ato sexual pela vontade própria do menor de idade não caracteriza o favorecimento previsto na norma examinada (DAGUER, 2019).

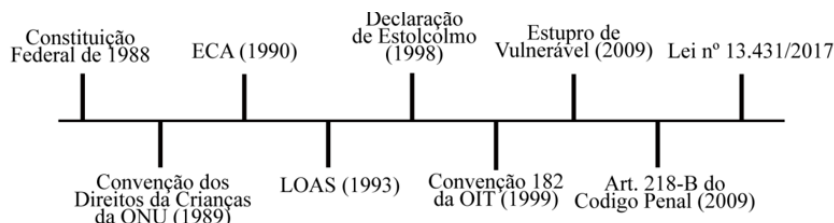
É que se o agente não sabe da condição de menor da vítima não há crime, pois ocorre o que se entende por erro de tipo, tema já explorado anteriormente neste artigo no tópico que trata do chamado estupro de vulnerável.

Ainda no que tange ao tema exploração comercial, segundo o art. 149-A do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), o tráfico de pessoas (menores ou não) consiste nos atos de agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso com a finalidade de exploração sexual (BRASIL, 1940).

Ademais, O art. 231 do mesmo Código define o crime de tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (adultos, crianças e adolescentes) como o ato de promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro (BRASIL, 1940).

Fora isso, a Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, versa sobre o tráfico interno e internacional de pessoas (de variadas faixas etárias), assim como medidas de atenção às vítimas "Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas" (BRASIL, 2016).

Tabela 2 - Evolução da Legislação desde Nova Constituição



1.11.4. As piores formas de trabalho envolvendo crianças e adolescentes

O trabalho infantojuvenil sempre existiu, já que os menos favorecidos de todo gênero e faixa etária foram explorados pelas classes dominantes de forma constante ao longo dos séculos: a exploração da mão-de-obra infantil é, na verdade, um problema muito antigo, um mal de profundas raízes históricas, sempre presente e difícil de ser eliminado. (CESTARI & MELLO, 2016, p. 3).

Nesse sentido, nos termos do artigo 3º da Convenção n. 182, a expressão “as piores formas de trabalho infantil” abrange todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, tais como a venda e tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; b) a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia a ou atuações pornográficas; c) a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, tais como definidos nos tratados internacionais pertinentes e, d) trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças (TEIXEIRA & MIRANDA, 2013).

Diante disso, o estudo do trabalho de crianças e adolescentes deve levar em conta múltiplos fatores e a relação da exploração em questão com o processo de acúmulo de capital: “[...] aponta o trabalho precoce na forma de chaga social na medida em que avança o processo de acumulação do capital. (FONSECA, 2015, p.208).

O trabalho de crianças e adolescentes nada mais é que consequência do capitalismo, que sempre promoveu a mercadorização de menores, ou seja, o trabalho infantojuvenil sempre esteve presente na história da humanidade, tornando o menor uma mercadoria na sociedade capitalista. (SILVA, 1999, p.2).

Por outro lado, muitos ideólogos capitalistas defendem a natureza de tradição cultural da exploração do trabalho de menores, onde a prática em questão é apenas um produto do sistema capitalista: “[...] Ela não é resultado da vontade das famílias dos trabalhadores, muito menos de determinada tradição cultural, como os ideólogos do sistema capitalista costumam afirmar.” (SILVA, 1999, p.3).

O trabalho de crianças e adolescentes apontado como um mal a ser combatido por diferentes legislações é, antes de tudo, contrário ao desenvolvimento natural de consciência dos menores: “[...] então, que consciência pode estar em desenvolvimento numa infância/adolescência inserida precocemente na exploração do trabalho?” (FONSECA, 2015, pg. 217)

Por esses e tantos outros motivos, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), produto das mobilizações de movimentos sociais ao longo décadas, estabeleceu uma idade mínima, vedando algumas modalidades laborativas envolvendo menores e a prática trabalhista em determinados locais por meio de normas individuais e coletivas do trabalho, por isso nesse documento legal foram reunidas normas de direito individual e coletivo de trabalho, de fiscalização do trabalho e de direito processual do trabalho. (CEZAR, 2008, pg. 1)

A Constituição Federal, também protetiva no que se refere ao direitos dos menores, prevê a idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art.7º, XXXIII (BRASIL, 1988), ao passo que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) veda qualquer tipo de trabalho ao menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos”, segundo a Consolidação das Leis do Trabalho, o Contrato de aprendizagem é um contrato ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze anos e menor de vinte quatro anos inscrito no programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação (BRASIL, 1943).

Nesse mesmo sentido, a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008) versa acerca das piores formas de trabalho infantil a serem combatidas pela comunidade internacional, pelos países e pela sociedade: A Convenção n. 182 constitui instrumento complementar à Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, tratando especificamente das piores formas de trabalho infantil e da ação imediata para sua eliminação (TEIXEIRA & MIRANDA, pg. 6, 2013), sendo mais um marco para o combate do problema social em questão.

Outrossim, a Consolidação das Leis do Trabalho veda, em seu Art. 405, o trabalho contrário à “moralidade”, a fim de proteger os interesses de crianças e adolescentes, considerando prejudicial à moralidade do menor o trabalho: a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, boates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos; b) em empresas circenses, em funções de acróbata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes; c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, competente, prejudicar sua formação moral; d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas (BRASIL, 1943), sendo também de grande importância na limitação na vida laborativa de menores em diferentes contextos no território nacional.

2. A violência sexual contra crianças e adolescentes e Gênero

Há diversos fatores que podem ser associados ao que se entende por violência sexual perpetrada contra menores de idade, especialmente relações de poder associadas e gênero, idade, classe, raça e etnicidade. Porém, o principal fator-risco apontado é o gênero, quer dizer: “ser mulher”.

Segundo dados do Ministério da Saúde (2011 e 2017), cerca de 85% do total dos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes vitimizaram meninas e jovens mulheres entre 0 e 19 anos.

Nesse mesmo sentido, a Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro (2017-2021), a partir de dados de atendimentos de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, mostra que 70% das vítimas são do sexo feminino.

Os dados refletem, entre tantos outros fatores, uma cultura baseada na desigualdade de gênero, no machismo e na objetificação dos corpos de mulheres desde a infância (CHILDHOOD, 2019).

O gênero é o fator social mais significativo na violência sexual contra crianças e adolescentes. Não apenas é que as mulheres correm maior risco de serem abusadas e os homens mais propensos a cometer crimes sexuais; o gênero tem se mostrado importante de várias maneiras (JONES, 2014, 244).

Tudo isso ocorre porque a sociedade brasileira discrimina as mulheres em todos os contextos: no meio esportivo, no meio acadêmico, no meio corporativo e até no, aparente livre de preconceitos, meio artístico.

É comum ver mulheres sendo dispensadas de empregos por conta de uma gravidez, assim como profissionais do sexo feminino qualificadas ganhando menos que homens igualmente preparados.

A desigualdade de gênero está presente em todos os lugares, assim como a objetificação dos corpos femininos de mulheres e meninas como é possível ver na indústria fonográfica, no cinema, na internet, no jornal, em revistas e até na televisão em novelas, programas de TV e propagandas.

Em especial, a visão de que o Brasil é rota de sexo fácil foi resultado de desastradas campanhas -sexistas- de divulgação do país no exterior, veiculadas pela Embratur nas décadas de 1970 e 1980. Tais campanhas de marketing vendiam o país como um lugar de praia, samba e mulheres, objetificando as cariocas por completo (OBSERVATÓRIO DO 3º SETOR, 2020.)

Sem dúvidas, propagandas como a citada acima e o machismo já presente no Brasil foram responsáveis pela promoção de uma maior objetificação da mulher brasileira, tendo consequências gravíssimas visíveis na mercantilização, tipicamente sexista e capitalista, de mulheres e meninas no chamado turismo sexual.

Por conseguinte, como aponta VIEIRA (2018) a violência de gênero vem acompanhada de inúmeros preconceitos e tantos outros tipos de violências, assim como o que a causa não é só o machismo, mas também o capitalismo e o patriarcado. Nesse contexto, no que se refere à objetificação das mulheres na sociedade, a mulher passa a ser uma espécie de item utilizado ao bel prazer do homem, da moda, de todos os interesses outros que não a vida feminina deveria ser (BOLSON & RITCHER, pg. 5, 2019).

2.1. Normalização da violência sexual contra meninas

A sociedade brasileira, assim como boa parte das sociedades do Ocidente, apresenta problemas no trato com a violência sexual perpetrada contra meninas, haja vista o constante reforço a estereótipos de gênero encontrados nas relações interpessoais, no dia a dia, na cultura e na mídia.

Na verdade, parece existir uma tendência entre as meninas vítimas de violência sexual de relativização dos abusos sofridos e até mesmo de "racionalização" do ocorrido por meio de "desculpas" para os abusos, isto é, incorporando o discurso machista do impulso sexual "tipicamente masculino", as vítimas descrevem os homens como incapazes de controlar os próprios impulsos sexuais (Phillips; Hlavka, 2014, pg. 8).

A partir disso, questões como os modelos comportamentais de gênero são de grande importância na compreensão das dinâmicas da violência em questão e como as vítimas e até mesmo os agressores lidam com os fatos, pois os estereótipos de gênero representam crenças culturalmente definidas sobre homens e mulheres que são internalizadas através da socialização (Krause; Roth, 2010, pg. 2).

Estudos sugerem que esquemas cognitivos, incluindo crenças culturais sobre homens e mulheres, podem ser ativados e influenciar mais no comportamento durante eventos estressantes da vida (Krause; Roth, 2010, pg. 31), por isso os “padrões sociais de conduta atreladas a um determinado gênero” são tão importantes no que tange ao entendimento do abuso sexual perpetrado contra meninas e sua eventual trivialização por parte das vítimas, dos molestadores e da coletividade.

Em outras palavras, em situações estressantes, quando crenças centrais sobre si mesmo, os outros e o mundo social são severamente desafiados, os indivíduos podem recorrer a padrões aceitos socialmente como certos, bem como estereótipos de gênero internalizados, a fim de dar sentido ao seu abuso ou ao menos justificá-lo. Por exemplo, o abuso pode ativar estereótipos de gênero internalizados no que tange a vulnerabilidade feminina, sua impotência e até mesmo sua sexualidade (Resick e Schnicke 1992; Krause; Roth, 2010, pg. 32), levando à banalização total da violência de gênero.

Há uma tendência entre as meninas vítimas de abuso sexual de banalização dos fatos ocorridos, conforme um estudo conduzido por Hlavka as vítimas declaravam não ter vontade de fazer “tempestade em copo d’água” no que se referia as suas experiências comunicando as mesmas para autoridades competentes (Hlavka, 2010, pg. 10), ou seja, a negação, advinda de preconceitos e estereótipos comportamentais incorporados culturalmente, no que se refere a agressão de caráter sexual é tamanha que influi no registro da ocorrência dos acontecimentos

2.2. Cultura de estupro e violência contra meninas

Outra questão importante a ser abordada é a cultura de estupro presente na maioria das nações ocidentais, que nada mais é que um dos fatores que explicam a aceitação de qualquer forma de abuso sexual contra meninas.

A cultura de estupro seria um conjunto de crenças culturais gerais que apoiam a violência dos homens contra as mulheres, incluindo a ideia de que essa violência é um fato da vida, de que existe uma associação entre violência e sexualidade, que os homens são

ativos enquanto as mulheres são passivas, e que os homens têm direito à relação sexual. Isso também produz os “mitos de estupro” predominantes, como o de que mulheres gostam de ser estupradas e dão crédito à ideia de que existem linhas “borradas” em torno do consentimento, que geram a descrença generalizada nas vítimas de estupro e as baixas taxas de condenação dos perpetradores (Alison Phipps; Ringrose; Renold; Jackson, 2018, pg. 1).

Nesse sentido, fica claro que uma das forças centrais que influenciam os papéis que assumimos e a maneira como vemos e julgamos a nós mesmos e outros é a nossa socialização de gênero. Na cultura ocidental, gênero muitas vezes forma uma base de um indivíduo identidade. A infância e a adolescência representam períodos em cuja identidade de gênero está constantemente sendo moldada e, por sua vez, molda as experiências de alguém (Martin; Ruble, 2009; Krause; Roth, 2010, pg. 32), por isso é possível afirmar que a cultura de estupro está diretamente associada a questões relativas aos padrões sociais preestabelecidos.

2.3. Estudos

Recordando a definição de Kelly (1987): “qualquer ato físico, visual, verbal ou sexual que é experienciado por uma mulher ou garota no momento ou a posteriori como ameaça de agressão que possui efeito de machucá-la ou degradá-la e/ou tira a sua capacidade de controlar o contato íntimo”, podemos caracterizar o fenômeno da violência sexual a partir da perspectiva feminina.

As evidências científicas no sudeste do Brasil (Bassani et al, 2009), mostram que a única subpopulação que possui por si só alto risco de sofrer abuso sexual infantil é definido pelo gênero feminino. Uma análise global da prevalência do abuso sexual entre crianças mostra que 1 entre 12 meninos já experienciaram algum abuso sexual antes dos 15 anos, enquanto entre as meninas a razão é de 1 entre 5. (Gurvinder & Dinesh, 2013) Em situações de guerra, o estupro de mulheres é utilizado oportunisticamente e também como arma de guerra para obtenção de outros objetivos (Davies & True, 2015)

Esta perspectiva carrega consigo um sentido mais profundo, de cunho social e cultural. Quer dizer: existem hábitos e comportamentos perpetrados dentro da sociedade que tornam a mulher uma vítima preferencial. É importante lembrar que ao se considerar o fator cultural, devemos considerar o fato de haver culturas diferentes com normas e valores diferentes, em que a igualdade nas relações de poder entre homens e mulheres mudam. Em culturas mais feministas, em que as relações de poder são mais igualitárias, existe a menor propensão à violência sexual de gênero; enquanto em culturas em que se

presume uma superioridade de poder masculino, existe maior incidência deste tipo de crime (Gurvinder & Dinesh, 2013).

Krause & Roth (2010) apontam a evolução dos estudos sobre esta associação, a partir de estudo que levam a discussão desde um ponto de vista comportamental intrínseco dos dois gêneros. Esta associação foi explicada por diversos fatores, a começar por características estereotipadas como a “alta feminilidade” (afetuosidade, carinho e empatia) em oposição a características tipicamente masculinas como confiança, decisão e força. Estes estudos empreendidos por (Hegelson, 1994) mostraram que a feminilidade se associa mais às vítimas de abuso.

Aparentemente este estudo pode estar por revelar uma “culpabilização da vítima” por suas atitudes e características inerentes, porém é revelador sobre a percepção do agressor sobre o abusado. A figura feminina, mesmo que mais estereotipada, gera no agressor uma ação violenta, pois ele tem uma visão distorcida em relação ao gênero feminino.

Outras pesquisas mostram que o abuso sexual leva ao reforço de estereótipos sobre o gênero feminino (vulnerabilidade, desamparo e sexualidade) nas vítimas (Krause et al, 2002), que passam a sentir-se inferiores aos homens a partir do trauma. As sobreviventes indicam conviver com estereótipos de “virgens” e “vadias” na sua vida rotineira.

Em relação à parte do agressor sexual, há a indicação de que a própria socialização e comportamentos masculinos como a culpabilização das vítimas são típicos e fomentadores de atos de violência. (Unger, Norton & Luca, 2009).

3.Considerações finais

A violência sexual perpetrada contra crianças e adolescentes tem raízes sociais das mais diversas, em muitos casos, sendo fruto da desigualdade de gênero e da pobreza em muitas de suas manifestações.

Diante disso, este trabalho partiu de análises de cunho sociológico e psicológico para entender o problema e suas possíveis soluções.

Nesse sentido, ficou muito claro que meninas são vítimas de violência sexual de gênero, pois a sociedade é machista, sexista e existe o que se entende por cultura de estupro.

Não é à toa que as políticas públicas e outras medidas de caráter governamental devem levar em conta tal especificidade: meninas são as maiores vítimas de violências sexuais.

Ocorre que a maior parte das políticas públicas adotadas têm se mostrado demasiadamente ineficientes em inúmeros aspectos, não apenas na observância da predominância de gênero, preocupando os estudiosos do assunto.

Sem dúvidas, o que se entende por violência sexual contra crianças e adolescentes deve ser encarado como um problema grave social, sem sensacionalismo por parte da opinião pública e com a adoção enérgica de soluções por parte das autoridades públicas.

4. Referências

AMARO, Sarita. **Entrevistando crianças vítimas de violência**. Editora Nova Práxis: Porto Alegre, 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 02 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 02 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008**. Regulamenta os artigos 3º, alínea "d", e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm. Acesso em: 1 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 25 dez. 2021.

BRASIL. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Relatório da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas**. Rio de Janeiro, 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.344, de 6 de outubro 2016.** Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2016/lei/l13344.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e%20sobre,a%20aten%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20suas%20v%C3%ADtimas. Acesso em: 03 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Cidadania. **Revista CREAS: Centro de referência Especializada de Assistência Social.** Brasília, 2008.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Violência contra crianças e adolescentes: Análise de cenários e propostas de políticas públicas.** Brasília, 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos.** Brasília, 2013.

BRASIL. Ministério do Trabalho. **III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador (2019-2022).** Brasília, 2019.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador. Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil.** Brasília, 2011.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. **Política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas.** Brasília, 2016.

BRASIL. Sistema Conselhos de Psicologia. **Centro de Referências Técnicas em Psicologia e Políticas Públicas (CREPOP). Serviço de proteção social a crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso e exploração sexual e suas famílias: referências para atuação do psicólogo.** Brasília, 2009.

BOLSON, Gabriela; Richter, Dan. A objetificação da mulher e a sexualização precoce de crianças e adolescentes mulheres: análise da paródia de "Vai baranga!" da MC Melody. **Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia** (2018): 18-18.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CESTARI, Marisa Aparecida; MELLO, Ricardo Marques de. Trabalho Infantil: um comparativo entre a revolução industrial e os dias atuais. Paraná: **Cadernos PDE**, 2016.

CEZAR, Frederico Gonçalves. O processo de elaboração da CLT: histórico da consolidação das leis trabalhistas brasileiras em 1943. Brasília: **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, 2008;

COUTINHO, Carlos Nelson. **Cidadania e modernidade**. São Paulo: Perspectivas: Revista de Ciências Sociais, 1999.

DAGUER, Beatriz et al. **Os limites interpretativos do crime de favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual**.

DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. **ECA e suas mudanças em 30 anos de vigência**. São Paulo: Editora Cortez, 2020.

DIÓGENES, Thanara Rocha. **Políticas públicas de enfrentamento ao tráfico infantojuvenil: pela preservação dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes**. Orientador: Nestor Eduardo Araruna Santiago, 2012. 122 f. Dissertação de Mestrado Programa de pós-graduação em Direito Constitucional. Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Fortaleza, 2012.

DUNN, William N. **Public Policy Analysis**. 6. ed. New York: Routledge, 2018, p. 320-346. (Cap. 7. Evaluating Policy Performance).

DYE, Thomas. **Mapeamento dos Modelos de Análise de Políticas Públicas**. In:

HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. Políticas Públicas e Desenvolvimento. Brasília: UNB, 2014. p. 109-142.

DOLBY, Natasha. **Domestic Sex Trafficking of Children in Brazil. For human rights and international justice**. Estados Unidos: 2018, 5-14.

FARINELLI, Carmen Cecilia; PIERINI, Alexandre José. **O Sistema de Garantia de Direitos e a Proteção Integral à criança e ao adolescente: uma revisão bibliográfica.** *O Social em Questão*, 2016, 19.35: 63-86.

FÁVERO, Eunice Teresinha et al. **ECA e a proteção integral de crianças e adolescentes.** São Paulo: Editora Cortez, 2021.

FONSECA, Laura Souza. **Trabalho infantojuvenil: notas sobre concepções e práticas.** *Revista Teias* 16.40 (2015): 204-221.

HAWKE, Angela; RAPHAEL Alison. **Global study on sexual exploitation of children in travel and tourism 2016 (ECPAT International jointly with Defence for Children-ECPAT Netherlands).** Holanda, 2016. Disponível em: <http://globalstudysectt.org/wpcontent/uploads/2016/05/Global-Report-Offenders-on-the-Move-Final.pdf> (2016). Acesso em: 19 jan 2022.

Holanda, N. N. L. **A importância da Convenção n. 182 da OIT no combate às piores formas de trabalho infantil no Brasil.** Brasília: UNICEUB 2010.

CARVALHO, Annie Vieira. **A importância das normativas locais para o trabalho da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas: a política e o plano distrital de enfrentamento ao tráfico de pessoas.** São Paulo: Scielo Books, 2018.

JONES, Adele D., et al. **An Integrated Systems Model for Preventing Child Sexual Abuse: Perspectives from the Caribbean and Latin America.** United Kingdom: Palgrave Macmillan, 2014.

LIMA, Jeanne de Souza. **Notificação da violência: como fator de proteção social a crianças e adolescentes.** Curitiba: Editora Appris, 2018.

LANDINI, T. S. (2000). **Pornografia infantil na Internet: violência sexual ou pornografia?** São Paulo: *Plural* (v.7, 39-60), 2000.

LEAL, Maria Lúcia Pinto. **O tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial.** Brasília: *Ser Social* 8, 2001(171-186).

LESSA, Sérgio. **Capital e Estado de Bem-estar.** São Paulo: Instituto Lukács, 2013.

LOWENKRON, Laura. **Da materialidade dos corpos à materialidade do crime: à materialização da pornografia infantil em investigações policiais.** Rio de Janeiro: *Mana*, 2013.

MAGALHÃES, Ana Paula. **Abuso sexual incestuoso: Um tema centrado na criança e na família.** Rio de Janeiro: Letra Capital, 2005.

MORAES, Rodrigo Fracalossi de, et al. **O Estado brasileiro no enfrentamento ao tráfico de pessoas.** Brasília: IPEA, 2022.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa Moreira. **As estratégias e ações de políticas públicas para a erradicação da exploração sexual comercial nos municípios brasileiros no contexto jurídico e político da teoria da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente.** Orientador: André Viana Custódio. 2020. 291 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc, Santa Cruz do Sul, 2020.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa e Rafaela Preto de Lima. O Ciclo de Políticas Públicas para o enfrentamento da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes nos Municípios Brasileiros. **Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, Volume 23, nº 33, p. 395-429, agosto, 2020. Disponível em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/9343/47967519> Acesso em: 10 jan. 2022.

NETO, Wanderlino Nogueira Neto. **Promoção e proteção de direitos humanos de crianças e adolescentes.** São Paulo: Editora Cortez, 2021.

NUNES, Geilson. Aspectos legais doutrinários do estupro de vulnerável em face da Lei 12.015/2009. Minas Gerais: **Direito & Realidade**, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A convenção sobre os direitos das crianças**, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 01 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 138 sobre a idade mínima de admissão ao emprego**, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4134.htm. Acesso em: 28 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 182 sobre a proibição as piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação**, 1999.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3597.htm. Acesso em: 31 dez. 2020.

SOUZA, Thalyta Kelle de; SANTOS, Vitória Antônia Ribeiro dos. ***Novinha é apenas uma criança: as implicações do tráfico de crianças e adolescentes para fins de exploração sexual no Brasil***. Pernambuco, 2022.

PINI, Francisca Rodrigues Oliveira; Silva, Maria Liduína de Oliveira. **Educação em Direitos Humanos, participação e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Cortez, 2020.

SILVA, Giovana Virginia Maria dos Reis; PASCHOALICK, Marília Bachi Comerlato. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL: a relevância da palavra da vítima para fins de prova e condenação**. São Paulo: *Percurso Acadêmico*, 2020, 10.20: 99-115.

SILVA, Francisco Carlos Lopes da. O trabalho infanto-juvenil na sociedade capitalista. ***Educar em Revista*** (1999): 1-10.

SPOSATI, Aldaíza. **ECA na interface com a LOAS**. São Paulo: Editora Cortez, 2020.

TEIXEIRA, Marcelo Tolomei. **A convenção n. 182 da OIT, o combate às piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para sua erradicação: breve estudo**. Minas Gerais, 2013.

Vieira, Monique Soares. Violência sexual contra meninas: do silêncio ao enfrentamento/Sexual violence against girls: from silence to confrontation. ***Libertas***. 18.2 (2018).

VERAS, Thaísa. O Sistema Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual Infantojuvenil e o Plano Nacional: um exemplo de política pública aplicada. **Cadernos Ebape**, Rio de Janeiro, v. 8, nº 3, artigo 2, p. 404 a 421, setembro de 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/4bkf3bhqHYNQx7cjQcJsTRb/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 20 jan. 2021.

RELAÇÕES SUBJETIVAS ENTRE AS PESSOAS, OS LUGARES E AS PAISAGENS: BREVE ESTUDO ANTROPOLÓGICO E SOCIOLÓGICO SOBRE A LEGALIDADE DAS DESAPROPRIAÇÕES EM LEITO FERROVIÁRIO NO BAIRRO BEIJA FLOR, ZONA LESTE DE BELO HORIZONTE - MG

RONY SANTOS RODRIGUES:
Bacharel em Geografia
Universidade Estácio de Sá –
UNESA. ²²⁸

VAGNER LUCIANO COELHO DE LIMA ANDRADE ²²⁹

(orientador)

Resumo: O presente trabalho destina-se à compreender de maneira breve as relações subjetivas entre as pessoas, os lugares e as paisagens. Para isso realizou-se um breve estudo antropológico e sociológico sobre a legalidade das desapropriações em leito ferroviário no Bairro Beija Flor, Zona Leste de Belo Horizonte - MG. A metrologia adotada foi a revisão bibliográfica dividida em duas etapas: a primeira sobre o Bairro Beija Flor, com uma análise a partir da Antropologia, Geografia e Sociologia e a segunda sobre as relações de Topofobia e Topofília do Bairro Beija Flor.

Palavras chave: Legislação. Ferrovia. Lugar. Paisagem. Desapropriações

Abstract: The present work is intended to briefly understand the subjective relationships between people, places and landscapes. For this, a brief anthropological and sociological study was carried out on the legality of expropriations in a railroad bed in the Beija Flor neighborhood, East Zone of Belo Horizonte - MG. The metrology adopted was the bibliographic review divided into two stages: the first on the Beija Flor neighborhood, with an analysis based on Anthropology, Geography and Sociology and the second on the relationships of Topophobia and Topophilia in the Beija Flor neighborhood

Keywords: Legislation. Railroad. Place. Landscape. Expropriations

²²⁸ Bacharel em Geografia Universidade Estácio de Sá – UNESA. E-mail: ronysr@gmail.com

²²⁹ Pesquisador em Patrimônio Cultural, com formação inicial em Geografia, especializações em Políticas Públicas Municipais e Arte Educação; História, especializações em Museografia e Patrimônio Cultural e Metodologia de Ensino de História. Formação Complementar em Artes Visuais, Filosofia, Sociologia e Turismo. Pesquisador em Patrimônio Natural, com formação inicial em Ciências Biológicas, especializações em Ecologia e Monitoramento Ambiental e Metodologia de Ensino de Ciências Biológicas; Gestão Ambiental, especializações em Gestão e Educação Ambiental e Administração Escolar, Orientação Educacional e Supervisão Pedagógica. Formação Complementar em Agroecologia, Ecologia, Educação do Campo e Pedagogia. E-mail: reacao@yahoo.com

Introdução

Não é incomum deparar-se com escritas ou documentos em distintas conjunções que empregam as terminações espaço, lugar, paisagem e território como sinônimos, contudo, não obstante de sua ilusória similaridade, eles têm definições geográficas diversas. A apreensão de que esses conceitos, não são análogos, coopera para a valorização dos debates interdisciplinares na ciência geográfica, uma vez que distingue a importância científica desses conjuntos para a explicação dos fatos socioespaciais e das realidades associadas. Além disso, para estudar de modo eficaz, as teorias de cada área dessa ciência tão ampla e necessária faz-se imprescindível apropriar-se dos distintos conceitos contemporâneos, o que, de certa forma, é como instruir-se de um linguajar, que elas usam para compartilhar visões de mundo. Para este desafio destaca-se a Geografia da Percepção. Para Andrade (2008, p. 03-04), a percepção ambiental pode trazer importantes considerações sobre o conhecimento da realidade social em seus múltiplos aspectos ambientais e culturais. Dentre as várias possibilidades de percepção, leitura e interpretação da realidade pode-se destacar:

- A apresentação de pontos de assoreamento, erosão e mineração, de índices locais de desperdício de água, de alimentos e energia elétrica.
- A busca por referências sobre a alimentação, as áreas de risco social e geológico, a questão da segurança pública, as condições de moradia e os índices de acesso ao trabalho.
- A caracterização das áreas de lazer, recreação e entretenimento e sua relação com o meio ambiente, a produção local de artesanato e sua relação com os materiais recicláveis, a cultura local, os grupos culturais e as manifestações populares.
- A caracterização das microbacias hidrográficas locais com seus córregos, afluentes, nascentes e principais ameaças aos recursos hídricos, decorrentes do processo expansivo dos bairros.
- A descrição dos projetos de educação ambiental e demais projetos sociais, bem como as unidades de conservação, como parques e áreas de preservação ambiental, instituídas por lei.
- A localização das escolas públicas e privadas, da educação infantil ao ensino médio, considerando também núcleos de EJA – Educação para

Jovens e Adultos e projetos educativos de relevância social e ambiental para a sociedade.

- A localização de unidades de saúde e hospitais, a ocorrência de doenças de veiculação hídrica e principais vetores e por último às ações de saneamento ambiental, suas dimensões e importância.
- A pesquisa sobre o processo histórico do uso e ocupação do solo na região, com listagem dos bairros antigos e sua história comunitária, bem como espacializar o patrimônio histórico remanescente na área.
- A problematização de aspectos relacionados à especulação imobiliária e a poluição ambiental: do ar, hídrica e sonora.
- Apontar níveis de inclusão e justiça social, bem com eventuais problemas sociais.
- O conhecimento dos aspectos locais relacionados às áreas naturais que não sofreram nenhum processo de interferência humana, às áreas verdes remanescentes do processo de urbanização, o toposclima e sua relação com a cobertura vegetal, as formas do relevo e a vegetação original e suas características bióticas e abióticas.
- O levantamento de dados de distribuição de água potável, drenagem pluvial e rede de esgoto, bem como a coleta e destinação do lixo.
- O levantamento de dados sobre a arborização urbana, a infraestrutura urbana, a limpeza urbana, o trânsito local e índices de poluição sonora e atmosférica, o transporte coletivo por ônibus, o transporte individual e demais aspectos ligados à urbanização
- O referenciamento de atividades ligadas à agropecuária, à indústria, comércio e serviços, estabelecendo relação com conseqüentes impactos ambientais decorrentes destas atividades.

O espaço geográfico, diversamente do espaço natural – aquele que não passou por intervenções humanas – diferencia-se como parte caracterizada pelo intercâmbio entre o homem e o meio que o circunda. É o fruto da relação entre a coletividade e a natureza, intercedida pelo trabalho do ser humano. Sua essência se difunde, especialmente, depois das revoluções industriais, responsáveis por aumentar as áreas de atuação do homem

sobre o ambiente natural, o que apresenta seu modelo histórico. Essa dilatação, conjuntamente com a modificação ambientalmente consolidada do relacionamento entre as sociedades e o meio, tornaram o espaço geográfico cada vez mais abarcante, impetrando ultimamente, a face humana, à aproximadamente quase toda a superfície do planeta (ecúmeno).

Para entender, a categoria Território, é indispensável que se traga à reflexão uma terminologia efetiva da ciência política, do poder; pois são as analogias de poder de alguns agentes que formaram, formam e formarão os territórios. Os territórios consolidados do Beija Flor e do Capitão Eduardo foram fruto de estruturas de poder. Ressalva-se que essas relações não são fixas, já que exibem um modo de dominação/coerção – autêntica ou não – sobre uma determinada localidade, por um certo período e não uma apropriação eterna. Um bom exemplo, é a URSS, antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que perdurou entre 1917 e 1991. Nesta acepção, o território não se ajeita exclusivamente como uma separação correspondente, mas sim, política e social, arranjada por meio das fronteiras territoriais, isto é, demarcações, fantasiosas, físicas ou geográficas, que circunscrevem as áreas delimitando-as no imaginário. Diante das múltiplas análises decorrentes as categorias geográficas os assuntos sobre os quais discorre este artigo são:

1. Pesquisa socioambiental
2. Urbanização em unidades de conservação
3. Patrimônio natural, cultural e recreativo
4. Consciência, percepção e conservação ambiental
5. Interpretação temática ecológica e urbana
6. Caracterização ecológica de regiões urbanas
7. Introdução à urbanização responsável

Já diferentemente de território, a paisagem é determinada como “o que se pode apreender por meio dos sentidos humanos” – visão, audição e olfato. Ainda que a visão tenha centralidade na observação da realidade, os outros sentidos do mesmo modo compartilham da assimilação das paisagens, adentrando conhecimentos à memória que completa o que foi abrangido pelo olhar. Ou seja, ela está abertamente achegada à sensibilidade e à subjetividade humanas. Ademais, a paisagem é a concretização do acúmulo de episódios, do acordo ativo entre elementos antrópicos e naturais e da ampliação da história ao longo do tempo. Basta analisar retratos antigos, para observar as modificações sofridas pelo lugar. São dois tipos de paisagens: naturais: não passaram por

mudanças antrópicas e humanizadas, conectando-se à biologia, à ecologia, à evolução. Assim do mesmo modo, existem as paisagens culturais, denominadas de artificiais, que são aquelas transformadas, culturalmente pelos homens. Conjecturam as categorias socioeconômicas, as reminiscências locais e solidificam a história, a sociologia, a antropologia.

O lugar, define-se como o componente do espaço geográfico, apropriado pela vida, onde se ampliam as atividades diárias e as relações formadas pelos homens, sem anseios, projetos, fatos e ações. Assim sendo, concebe a dimensão afetiva do ambiente, uma vez que está conexas com os experimentos, a identidade pessoal com aquele sítio e as memórias de cada um. O contíguo de espaços com o qual cada indivíduo cunha conexões e experiências, compõe o seu lugar. Revelado isso, pode-se dizer que ele é a consequência social da relação particular entre o indivíduo e determinada área.

O presente trabalho centra-se na Área de Concentração da Geografia da Percepção, tendo como Grande área, a Teoria da Geografia e especificamente a Área de conhecimento dos Conceitos Geográficos. O Tema de pesquisa, do presente trabalho versa sobre as desapropriações em leito ferroviário no Bairro Beija Flor, Zona Nordeste de Belo Horizonte - MG. Essas desapropriações ocorrem devido à uma ampliação do potencial de transporte de cargas da ferrovia local. Assim além da desapropriação e da requalificação do ramal ferroviário, encontra-se em jogo uma ampla rede de logística com vistas a aproveitar ao máximo, o potencial do trecho de ferrovia que transpõe as paisagens urbanas do Beija Flor e do Capitão Eduardo. Esse ramal origina-se no entroncamento com a EFVM - Estrada de Ferro Vitória Minas, na região de General Carneiro, passa pela região do Bairro Nossa Senhora de Fátima, transpõe o Jardim Vitória e chega ao Beija Flor de onde se direciona pro norte mineiro passando por Santa Luzia, Vespasiano, Pedro Leopoldo e várias localidades.

A pergunta norteadora dessa pesquisa, é como se tecem as relações subjetivas entre as pessoas, os lugares e as paisagens, considerando aspectos da geografia cultural e da geografia da percepção. Porém a pesquisa intenciona ir para além dos conceitos enraizados na ciência geográfica, trazendo uma análise mais interdisciplinar. A percepção do lugar e sua categorização, são conceitos intrínsecos à Geografia, assim tendo como cenário um contexto de desapropriações que mexem nas relações de poder/empoderamento entre as pessoas e os lugares, a justificativa, pauta-se em apresentar um breve estudo interdisciplinar, com enfoque teórico mais antropológico e sociológico sobre a área de estudos.

Objetiva-se compreender a relação com o lugar de moradia, no contexto de arranjos e desarrajos pelos quais as cidades passam em suas tessituras. Moradia como opção, moradia como identidade, moradia como dignidade, moradia como cultura, moradia como legitimidade, moradia como emancipação, empoderamento e

protagonismo. Neste contexto antes de entender o lugar e sua formação especial, faz-se necessariamente entender dez conceitos sociológicos vinculados à apropriação social da cidade. Para a compreensão da amplitude do estudo proposto os conceitos do Quadro I, precisam ser assimilados.

Quadro I - Conjunto de significados sociológicos para análise do problema-pesquisa

Cultura	Em meados do séc. XVI, o sentido figurado de cultura do espírito começa a ser empregado pelos humanistas do Renascimento. É no séc. XVIII que a cultura em ciências, letras e artes se torna um símbolo da filosofia das Luzes e que Hobbes designa por "cultura" o trabalho de educação do espírito em particular durante a infância. O homem cultivado tem gosto e opinião, requinte e boas maneiras.
Deveres	Weber reconhece em particular a importância da dominação de fundamento económico, "em virtude de uma constelação de interesses", mas tende a privilegiar nos seus escritos "a dominação em virtude da autoridade", duplamente caracterizada pelo "poder de mandar", e pelo "dever de obedecer".
Dignidade	Nada consta
Direitos	O fenómeno associativo, que responde à propensão dos homens para se agruparem para a defesa dos seus direitos, a propagação das suas ideias e a realização em comum de um objetivo coletivo, desempenha um papel importante nas sociedades modernas, ao mesmo tempo complexas e fragmentadas.
Emancipação	Dois tipos ideais de sociedades: a sociedade de solidariedade mecânica e a sociedade de solidariedade orgânica. A primeira caracteriza-se por um volume e uma densidade baixos, uma organização social pouco diferenciada, um direito repressivo e

	uma consciência coletiva que integra fortemente o indivíduo. A segunda distingue-se por um volume e uma densidade elevados, funções sociais muito diferenciadas, um direito cooperativo e a emancipação do indivíduo.
Empoderamento	Nada consta
Identidade	A sociologia urbana toma cada vez mais consciência da identidade dos desafios urbanos em todos os países industriais, capitalistas ou socialistas. Interroga-se com uma crescente inquietação sobre as dificuldades enfrentadas pelas cidades do Terceiro Mundo que conhecem uma demografia galopante.
Legitimidade	Ligado ao sentimento aparentemente paradoxal de um Estado cada vez mais intervencionista e cada vez menos eficaz, o pôr em causa do "Estadoprovidência" é da iniciativa daqueles que, na esteira de J. Habermas, viam na situação presente o indício de uma "crise fiscal" susceptível de desembocar numa "crise de legitimidade", apta a revelar as contradições inerentes ao desenvolvimento do capitalismo avançado.
Lugares	Nada consta (geograficamente) apenas o conceito social
Opção	Longe de ser necessariamente um sinal de despolitização, a recusa da opção partidária proposta pode efetivamente assentar numa postura política racional. É por isso que, nos trabalhos mais recentes, o abstencionismo é analisado como um comportamento político autónomo, uma opção estratégica do cidadão em face da oferta política que lhe é proposta.
Paisagens	Rural (sociologia): Análise dos factos sociais no campo, a sociologia rural nasceu após a Segunda Guerra Mundial (nos Estados Unidos da América a partir dos anos 20) de uma necessidade de conhecer melhor os agricultores. Caracteriza-se mais pelo seu campo de ação que por uma coloração teórica

	original. Diversidade na unidade, tal parece ser o traço essencial do mundo rural: 1. diversidade dos tipos de paisagens (regiões arborizadas, campos abertos...) e das estruturas de exploração (dimensão, modos de exploração, produções). Longe de se esbaterem com a modernização dos campos, estas diferenças perduram
Pessoas	Nada consta
Protagonismo	A estrutura de interdependência das expectativas impõe aos protagonistas, portanto, um certo grau de cooperação que leve cada um a elaborar a sua estratégia em função dos objetivos do outro. Assim, no domínio do trabalho, G. Adam e J. D. Reymaud (1978) analisam o conflito como "o prosseguimento da negociação por outros meios". Estes autores afirmam que o conflito pode constituir um processo perfeitamente racional de mudança social: com efeito, quer respeite as regras institucionalizadas ("jogo fixo") quer venha a violá-las ("jogo deslizante"), todo o conflito tem por objeto mudar as relações de força no campo social.
Subjetividade	Reencontra-se aqui a influência da fenomenologia para a qual as realidades objetivas incorporam sempre elementos subjetivos. Mas a etnometodologia interessa-se menos pela subjetividade que pela intersubjetividade e pela linguagem que torna visível o sentido das condutas.

Fonte: transcrito na íntegra de
<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/praxis/482/5023019-DICIONARIO-DE-SOCIOLOGIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

A metodologia basicamente se fundamentou em ampla revisão bibliográfica sobre a localidade estudada, seus aspectos ambientais, culturais e sociais. Na sequência, buscou-se elementos de análise da ciência geográfica, entrelaçando-os com a antropologia e com a sociologia. Metodologicamente apurou-se que fazem-se necessários estudos históricos

uma vez que a Cronologia dos bairros, tem se perdido no tempo e no espaço. Sabe-se que ambos os loteamentos não foram regulares, sendo o Capitão Eduardo (anos 1980) um conjunto implantado pelo MST - Movimento Sem Teto e já o Beija Flor (anos 1970) com ocupação espontânea. Em tempos atuais, o devido tratamento judicial foi dado, pois na maioria das residências há escritura dos imóveis. Metodologicamente, também tentou-se, através da antropologia e da sociologia, entender o perfil socioeconômico dos moradores.

Bairro Beija Flor, Belo Horizonte - MG: uma análise a partir da Antropologia, Geografia e Sociologia

Atualmente, mais ainda, porquanto, os progressos nos meios de comunicação, irromperam fronteiras e distâncias. Para a amplitude de complexidade que se vislumbra, novas ciências e suas bases conceituais se fazem necessárias para entender os tempos contemporâneos e suas demandas. No domínio da Geografia, lugar não só se configura como uma amostra do espaço, é nomeadamente o espaço de existência, das relações mantidas com outras pessoas da coletividade e as paisagens naturais e culturais circundantes. Por conseguinte, o lugar ostenta um ampla definição, porque ele é o campo da sucessão histórica dos dias, onde as separações entre os indivíduos e os elementos são ínfimas. Nessa acepção, comumente encontram-se com pessoas e artefatos que se aprecia nos relacionamentos entremeados. Por exemplo: as árvores, o bairro, as casas, as praças, os morros, os rios, as ruas, ou ainda, as urbes conhecidas. É no relacionamento com o lugar, que os sujeitos histórico-culturais ou as coletividades arquitetam ou determinam o espaço geográfico. Em regra, os lugares não se localizam enquanto elementos desconexos; pelo contrário, relacionam com outros lugares próximos e distantes. Esse rede, faz com que eles sejam influenciados, assim como influenciam (globalização). De acordo com Machado (s/d, p- 44-45), muitos são os tipos de paisagem:

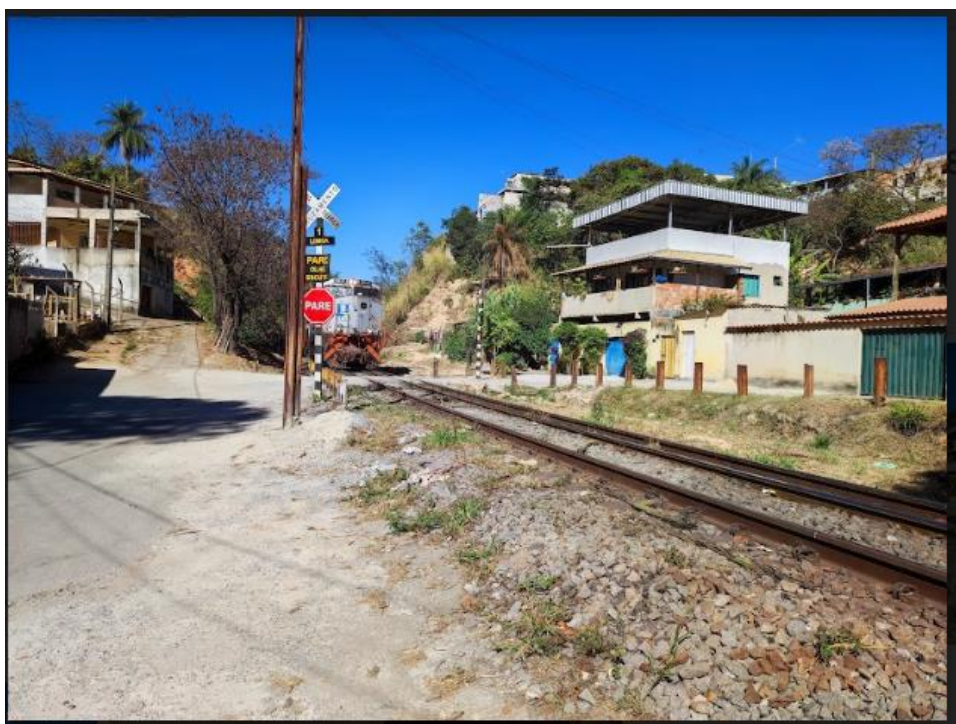
Na leitura da paisagem, o ponto de partida é a observação. É ela que permite o registro (descrição) dos acontecimentos tal como eles ocorrem. Na descrição, a paisagem tanto é definida como o mundo das cores, superfícies, bordas, formas, interstícios, como o mundo das coisas úteis e significativas, dos objetos e dos lugares, um mundo mais familiar. É assim que identificamos os elementos da paisagem.

(...)

- 1.** Paisagem das coisas comuns – em sua composição entram os elementos do cotidiano e todos têm importância considerável.
- 2.** Paisagem como lugar – familiar e cotidiana, por isso repleta de significados afetivos.

- 3.** Paisagem como lazer – escolhida para o divertimento, o convívio com os familiares e os amigos.
- 4.** Paisagem histórica – registra ocorrências diversas do passado.
- 5.** Paisagem ecológica – um de seus elementos ganha importância quando focado individualmente.
- 6.** Paisagem como natureza – coloca-se em destaque seus elementos físicos.
- 7.** Paisagem como habitat – ocupa território utilizado como morada do homem.
- 8.** Paisagem como problema – marcada pela existência de erosão, enchente, poluição, congestionamento, desmatamento, entre outros.
- 9.** Paisagem como riqueza – a ela atribui-se um valor econômico.
- 10.** Paisagem estética – possui qualidade panorâmica, beleza.
- 11.** Paisagem com animais selvagens – onde se exalta a vida (biofilia).
- 12.** Paisagem do medo – desperta sentimentos negativos (topofobia).
- 13.** Paisagem de infância – vinculada à lembranças e emoções positivas (topofilia).
- 14.** Paisagem rural – destaca as atividades desenvolvidas pelo homem no campo.
- 15.** Paisagem urbana – construída pelo homem.

Figura 01 - Casas a serem desapropriadas no leito ferroviário, Bairro Beija Flor



Fonte: Rony Rodrigues, agosto de 2022.

Um acontecimento ocorrido num lugar afastado é popularmente divulgado em instantes em outro lugar próximo. Acontecimento no lugar em que se vive, altera ideias, hábitos e costumes da comuna, como exemplo o rompimento da barragem de rejeitos da Vale em Brumadinho (2019), que afetou a localidade de Córrego do Feijão e comunidades adjacentes. Neste contexto de emaranhados urbanos ou rurais, da Fazenda Capitão Eduardo nasceram os bairros Acaiaca, Antônio Ribeiro de Abreu, Beija-Flor (figura 01), Conjunto Habitacional Capitão Eduardo, Conjunto Habitacional Paulo VI, Conjunto Habitacional Ribeiro de Abreu. Fazenda Capitão Eduardo, Maria Tereza, Montes Claros, Parque Cerrado e Paulo VI. Andrade (2022, p. 141), averigua que:

As paisagens remanescentes da Fazenda Capitão Eduardo remetem aos tempos rurais da capital mineira com permanências e rupturas no tempo e no espaço. Aliás, o que restou da Fazenda Capitão Eduardo, e que se encontra ameaçado é a história de submissão do campo às cidades. Mas por que fazendas que eram tão produtivas acabaram sendo loteadas, urbanizadas e transformadas em bairros da urbe, a partir da década de 1960? Entre as terras da Fazenda Capitão Eduardo e o antigo Povoado do Onça (Figura 01) surgiram os atuais bairros Acaiaca (Ribeiro de Abreu), Beija-Flor, Capitão Eduardo, Conjunto Capitão Eduardo, Conjunto Paulo VI, Conjunto Ribeiro de Abreu, Dom Silvério, Jardim Belmonte, Montes Claros, Novo Belmonte (Ouro Minas), Parque Belmonte, Paulo VI, São

Gabriel, Vila São Gabriel (Nazaré) e Vista do Sol. A fazenda de propriedade da família de Antônio Ribeiro de Abreu³⁴ teve a primeira transformação na sua paisagem com a construção de uma estação ferroviária.

Atualmente, o Bairro Beija Flor, passa por um contexto de desapropriações no leito ferroviário que corta sua paisagem cultural. O ramal é de cargas, porém há estudos para seu uso futuro para linha de trem de passageiros, ligando São Gabriel ao Aeroporto de Confins. Trata-se de uma área rural em processo contínuo de urbanização, com paisagens que alternam habitações regulares e irregulares, remanescentes florestais fragmentados. Nessa paisagem destacam-se conjuntos habitacionais recentes e coqueiros macaúbas, evidenciando que trata-se de uma área de transição entre os biomas do cerrado e mata atlântica. A área já foi oficialmente protegida pela Área de Proteção Ambiental (APA) Estadual da Fazenda Capitão Eduardo, judicialmente extinta. Há um parque agroecológico e projetos de implantação de um parque linear às margens do Córrego Cebola. A BR 262/381, saída pra Vitória e o Rio das Velhas marcam o cotidiano do moradores (figura 02). A vazão do Rio das Velhas também, pois em caso de chuvas contínuas ou rompimentos de barragens minerárias, o bairro é parcialmente atingido. O atendimento de ônibus é feito unicamente pela linha 842, que conecta os moradores com a Estação São Gabriel, de onde se opta pelo BRT ou pelo trem. De acordo com o caderno de Histórias de bairros da Regional Nordeste editado pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte (2008, p. 24):

Nas terras da Fazenda Capitão Eduardo, nasceram os bairros Belmonte, Fazenda Capitão Eduardo, Capitão Eduardo, Paulo VI, Beija-Flor e parte do Ribeiro de Abreu. Mas por que fazendas que eram tão produtivas acabaram sendo loteadas, urbanizadas e transformadas em bairros da cidade a partir da década de 1960? Desde os anos 1950, a cidade de Belo Horizonte estava crescendo muito devido à industrialização. Várias pessoas de outras cidades chegaram aqui em busca de oportunidades de trabalho. A população da capital aumentou muito e era preciso encontrar novos espaços para abrigar toda essa gente. Onde esses novos moradores iriam se estabelecer? Para onde a cidade cresceria? As fazendas foram loteadas e os bairros foram criados para que a cidade pudesse comportar todos os seus habitantes.

Quadro I - Relação dos logradouros públicos do Bairro Beija Flor, Belo Horizonte/MG

CEP	Logradouro	Bairro	Cidade/Estado
------------	-------------------	---------------	----------------------

31998-255	Rua das Mangueiras	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-256	Rua Amaral	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-257	Rua dos Moreiras	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-258	Rodovia Anel Rodoviário Celso Mello Azevedo	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-259	Rua José Simão	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-260	Rua Maria Helena Pontes	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-261	Rua Alto dos Coqueiros	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-262	Rua Carlos Drumond de Andrade	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-264	Beco dos Moreiras	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-266	Rua Padre Argemiro Moreira	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-270	Rua Érico Veríssimo	Beija Flor	Belo Horizonte/MG

31998-274	Rua Bernardo Guimarães	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-280	Rua Castro Alves	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-290	Rua Marília de Dirceu	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-300	Rua João Pinheiro	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-310	Rua Fátima Simões	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-320	Rua Euclides da Cunha	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-322	Rua Moreira Antunes	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-330	Rua Rui Barbosa	Beija Flor	Belo Horizonte/MG
31998-340	Rua José de Alencar	Beija Flor	Belo Horizonte/MG

Fonte: https://prefeitura.pbh.gov.br/sites/default/files/estrutura-de-governo/politica-urbana/lpous_folha_18.pdf

Figura 02 - Imagem de satélite do bairro Beija Flor



Fonte: Google Earth (2022)

As áreas naturais da Fazenda Capitão Eduardo sofrem várias alterações (figura 03). A mais nítida é a desapropriação, alvo deste estudo, em específico. A desapropriação é um artifício administrativo pelo qual o poder público, mediante antecedente afirmação de precisão pública, utilidade pública ou interesse social, fixa ao proprietário a perda de um bem, suprindo-o por justa compensação, em dinheiro. Tanto no contexto urbano, quanto ambiental, as obras e os projetos, por vezes carecem de intervenções bastante amplas, como é o caso das desapropriações, tanto públicas, quanto privadas. As desapropriações podem ser entendidas a partir de sua gênese, apresentando um caráter mais subjetivo (filosófico/jurídico), ao mais objetivo (técnico/operacional).

(...)

Na Região Nordeste, no limite com Santa Luzia e Sabará, se encontra mais uma área cobiçada: a Fazenda Capitão Eduardo, de propriedade da PBH e localizada à margem do Rio das Velhas e da rodovia BR-381. Nos dois casos, os projetos não foram para frente.

(...)

CAPITÃO EDUARDO Da Mata do Isidoro, a equipe do **Estado de Minas** seguiu em direção à Fazenda Capitão Eduardo, passando pelos bairros Ribeiro de Abreu, Paulo VI e Capitão Eduardo, percorrendo trechos de asfalto e terra. Quando o carro está quase

chegando à fazenda, propriedade da PBH, dois arco-íris surgem para dar as boas-vindas. A chuva está longe, do lado de Sabará, e em nada atrapalha a paisagem de mata fechadas. “Isto aqui é um paraíso. Tem pacas, veadinhos e outros bichos. O silêncio é grande, você precisa de ver”, conta, mineiramente, um homem que foi trabalhar por ali há oito anos e acabou habitando um “rancho” de frente para a floresta. Do alto, dá para ver a BR-381 e a ferrovia.

(...)

A Área de Proteção Ambiental (APP) da fazenda também já esteve no foco de construção de prédios do Minha casa, minha vida, mas o Conselho Estadual de Política Ambiental (Copam) indeferiu o pedido de licenciamento. Hoje, há na região um Posto Policial Montado da Polícia Militar. “Tomara que continue sempre assim, essa paz e esse sossego. A capital precisa respirar”, diz o morador. A nota dissonante se refere à quantidade de bota-foras e descarte de lixo doméstico, que não só atraem urubus, como trazem um cheiro insuportável à região. O diretor de Licenciamento Ambiental da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, Pedro Franzoni, explica que, atualmente, são poucas as áreas de expressividade ambiental dentro de Belo Horizonte que têm um zoneamento ambiental bem definido. “São muito importantes para a capital, pois, além do verde, há nascentes. Como são poucas áreas, é aquela história: em terra de cego, quem tem olho é rei. Ele acrescenta que o Parque Estadual Mata da Baleia, na Região Leste, está regulamentado, portanto, imune às construtoras, embora a especulação imobiliária se estenda para o outro lado da Serra do Curral, na vizinha Nova Lima. “Este trecho é um corredor ecológico importante, com a presença de onças, lobos-guarás e outros animais”, afirma. Outra informação da Secretaria Municipal de Meio Ambiente valoriza as ações populares, pois, depois de muita luta de ambientalistas e moradores, uma área no Bairro Jardim Vitória será preservada, a partir de modificação no zoneamento de proteção ambiental.

(...)

» Capitão Eduardo

Onde fica: Região Nordeste, no limite com Santa Luzia e Sabará, às margens do Rio das Velhas e rodovia BR-381

Área: 521,9 hectares

Propriedade: Prefeitura de Belo Horizonte

Pressão imobiliária: Foi planejada a construção prédios do Minha casa, minha vida, mas o Conselho Estadual de Política Ambiental (Copam) indeferiu o pedido de licenciamento

Situação atual: Não há construções, a não ser um Posto Policial Montado da Polícia Militar de Minas Gerais

Figura 03 - Mata do Beija Flor localizada na área de estudo



Fonte:

https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/03/17/interna_gerais,1038611/areas-verdes-de-bh-guardam-rico-tesouro-natural-e-sofrem-pressao-imobi.shtml (2022)

Desapropriações no Beija Flor: Contextualização histórico-geográfica e fundamentos legais

Desapropriações como as que ocorrerão no leito ferroviário do Bairro Beija Flor (figura 04) é o artifício pelo qual o Poder Público retira de seu titular, um bem móvel ou bem imóvel sob a argumentação da precisão emergencialmente pública, o ou importância social, compulsoriamente, tomando-o para si de maneira proveniente, mediante justa e precedente ressarcimento. A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Transportes Terrestres, vinculada ao Ministério da Infraestrutura, através da Deliberação nº 87, de 18 de fevereiro de 2022, determinou que:

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, no uso de suas atribuições, fundamentada no Voto DGS - 002, de 14 de fevereiro de 2022, e no que consta nos autos do Processo nº 50500.065140/2021-01, delibera:

Art. 1º Declarar de utilidade pública, para efeito de desapropriação e afetação para fins ferroviários, em favor da União, os bens imóveis alcançados pelas coordenadas planas descritas no anexo a esta Deliberação, as quais definem a poligonal de utilidade pública de 1 (uma) área nos municípios de Belo Horizonte, Sabará e Santa Luzia, no estado de Minas Gerais, destinada à duplicação do segmento Pedreira do Rio das Velhas - Capitão Eduardo, visando à segregação das linhas nesse trecho entre a Vale S/A (Estrada de Ferro Vitória a Minas) e a Ferrovia Centro-Atlântica S/A.

Art. 2º Fica a Vale S/A autorizada a promover as desapropriações necessárias para a implantação da obra referenciada no art. 1º, na forma da legislação e regulamentos vigentes.

Parágrafo único. A Vale S/A fica autorizada a invocar o caráter de urgência no processo de desapropriação de que trata o caput, para fins de imissão na posse, nos termos do art. 15 do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

Art. 3º A declaração de utilidade pública não exime a Concessionária da obtenção dos licenciamentos e do cumprimento das obrigações junto às entidades ambientais e demais órgãos da administração pública, necessários à efetivação das obras.

Art. 4º Revogar a Deliberação nº 340, de 8 de outubro de 2021.

Art. 5º Esta Deliberação entra em vigor na data de sua publicação e não terá eficácia sobre bens de propriedade de estados e municípios que eventualmente estejam localizados nas poligonais indicadas no anexo a esta Deliberação.

RAFAEL VITALE RODRIGUES

Diretor-Geral

Figura 04 - Trem transpõe o Bairro Beija Flor.



Fonte: Rony Rodrigues, agosto de 2022.

É, unânime, uma ação agenciada pelo Estado, mas pode ser outorgado a particulares, permissionários ou concessionários de ofícios públicos, mediante resolução da Lei ou de Contrato com a Administração. É o caso que ocorre no leito ferroviário do Bairro Beija Flor (figura 05). A desapropriação é obrigatória e determina a compensação do dono do imóvel. Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas da Agência Nacional de Transportes Terrestres (2017, on line):

A desapropriação é um dos instrumentos utilizados pelo Poder Público para intervir no direito de propriedade. É considerada a mais grave intervenção, porque o Estado toma para si determinado bem, fazendo com que seu dono perca o direito de propriedade, contudo, pagando a ele uma compensação justa em dinheiro.

A desapropriação possui modalidades, sendo necessário para todas que o Poder Público justifique o porquê de estar tirando aquele bem de seu proprietário (ou seja, motive seu ato). A relevância dessa classificação está no fato de determinar qual o procedimento a ser seguido (ou seja, quais as regras que o Poder Público deverá necessariamente seguir para tirar o imóvel do proprietário).

Os objetos de desapropriação podem ser móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, públicos ou privados. Não são passíveis de desapropriação direitos personalíssimos, moeda corrente, pessoas físicas ou jurídicas. Os beneficiários da desapropriação podem ser pessoas de direito público, delegadas ou concessionárias, ou pessoas de direito privado.

A desapropriação pode se dar devido a utilidade ou necessidade pública/interesse social (ou seja, por necessidades do Estado) ou como uma forma de "sanção".

Os objetos de desapropriação podem ser móveis, imóveis, corpóreos e incorpóreos. Não são passíveis de desapropriação direitos personalíssimos, moeda corrente, pessoas físicas ou jurídicas e bens públicos.

Figura 05 - Trem transpõe o Bairro Beija Flor.



Fonte: Rony Rodrigues, agosto de 2022.

A desapropriação é a metodologia por meio do qual o Estado congrega ao seu patrimônio, de configuração obrigatória, bem alheio, por ensejos de veemência pública

(proveito, precisão pública ou importância social), normalmente, mediante remuneração de justa compensação. Os fundamentos da desapropriação, como as previstas no Bairro Beija Flor (figura 06), para ampliação do ramal ferroviário, conforme descreve a Agência Nacional de Transportes Terrestres (2022, on line):

Fundamenta-se no Direito de propriedade, previsto no Art. 5º, XXII da Constituição Brasileira de 1988,^[21] porém o constituinte originário, logo em seguida, afirma que esta deverá atender à sua função social (Art. 5º, XXIII). A coexistência desses dois valores constitucionais faz com que o direito de propriedade envolva simultaneamente um conjunto de liberdades e também um conjunto de limites (sujeições). Por essa razão, o direito de propriedade não é absoluto.

Para fazer valer o interesse público, o Poder Público (vulgarmente chamado de "governo") pode usar uma série de instrumentos de intervenção na propriedade, para limitar, restringir ou até invadir o direito de propriedade das pessoas, quando estiver zelando por interesses maiores. A desapropriação é um desses instrumentos, seja ela por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização, o que torna plenamente legítima a desapropriação pelo Estado pautada em lei.

Figura 06 - A ferrovia é componente perceptivo da paisagem cultural do Bairro Beija Flor



Fonte: Rony Rodrigues, agosto de 2022.

A ferrovia já estava na paisagem cultural do Bairro Beija Flor (figura 07), antes do crescimento do bairro. A estação ferroviária do Capitão Eduardo, data do ano de 1912. A desapropriação prevista na região, neste início da década de 2020, tem múltiplas modalidades e, dependendo da tipologia de desapropriação, há repercussões sobre o componente (imóvel a ser desapropriado), a jurisdição para desapropriar (se dará pela União, ou pelo Estado ou pelos Municípios), o processo a ser adotado, os Beneficiários (a quem esse bem se designará, depois de desapropriado) e a indenização. São elas, sendo o escritório Cabariti & Associados (2022, on line):

Desapropriação por necessidade ou utilidade pública (ordinária)

Se o Poder Público precisa construir (um aeroporto, uma estrada, um viaduto) em determinada localidade, mas o terreno já tem um proprietário, é preciso tirar a propriedade dessa pessoa, o que se faz por meio deste tipo de desapropriação. É a modalidade comum, exigindo indenização prévia, justa e em dinheiro, de acordo com o art. 182, §3º, da Constituição Federal.

Existem várias situações que podem justificar esse tipo de desapropriação.). Dentre elas, a exploração de serviços públicos (instalação de um posto de saúde, ou de uma escola, por exemplo), ou para transportes públicos (construção de rodovia, ou de estação de metrô, por exemplo). Prevê ainda casos mais graves como a razões de segurança nacional, necessidade pública, calamidade pública, abastecimento da população (por exemplo, desapropriações para construção de uma represa) ou exploração de jazidas minerais, água e energia hidráulica (desapropriação para construção de uma hidrelétrica, por exemplo). Todas essas possibilidades e outras estão, no Brasil, previstas no Decreto-Lei nº 3365.

Sobre a diferença entre a ideia de "necessidade" e "utilidade", Seabra Fagundes que a diferença está no caráter imprescindível do ato.

Um exemplo concreto de *necessidade pública*, nessa definição, seria o caso do estacionamento do Terminal Portuário de Itajaí. No caso narrado na [notícia](#), o município precisava urgentemente realizar obras no local para prevenir cheias do rio, porém a empresa proprietária do imóvel não autorizou que a construção passasse por área de sua propriedade. O município, então, deu início ao processo de desapropriação do local, tendo em vista a necessidade urgente de

utilização do terreno para dar continuidade às obras de prevenção contra cheias do rio.

Figura 07 - A ferrovia na paisagem cultural do Bairro Beija Flor



Fonte: Felipe Peixoto, abril de 2022.

Após desapropriado, o sujeito de posse do dinheiro que lhe foi pago, mudará para o mesmo bairro, região, cidade, estado ou até país. Isso dependerá da relação historicamente construída entre sujeito/lugar/paisagem. Já a utilidade pública, acontecerá quando a tomada do bem não é tão imprescindível, embora extraordinária para a coletividade. Significaria o caso, por exemplo, da desapropriação, para edificar um educandário no lugar beneficiando a coletividade (um bem particular se converte em bem coletivo). A Constituição Federal, menciona a substância da função social rural (art. 186) e da propriedade urbana (art. 182, § 2º), como sendo o apropriado emprego dos bens, por mérito social. No imóvel urbano, como é o caso do Bairro Beija Flor (figura 08):

O art. 182, §4º, da Constituição Federal determina que os municípios podem exigir do proprietário o adequado aproveitamento do solo

urbano, este seja não edificado (isto é, de terrenos nos quais não se construiu), subutilizado ou não utilizado (imóveis que, apesar de terem construção, estão abandonados ou não aproveitados adequadamente). Ou seja, é um instrumento para exigir que o dono de um imóvel não o deixe parado para valorização, sem nenhuma finalidade econômica ou social.

Esse tipo de desapropriação é considerado um instrumento de política urbana, porque permite o estabelecimento de consequência máxima de perda da propriedade para o dono de um imóvel que não lhe der uma utilidade. Sua utilização depende da existência de um Plano Diretor aprovado pelo município, precisando o que se entenda por função social

Se o município não tem um plano diretor aprovado, não pode utilizar-se dos instrumentos de política urbana descritos nesse dispositivo. Como a perda do direito de propriedade é uma sanção grave, a Constituição prevê que essa desapropriação seja determinada somente em último caso, quando nenhuma das duas outras sanções previstas. A primeira possibilidade é a determinação de parcelamento ou edificação compulsórios; Caso descumprido, admite-se a imposição de IPTU progressivo e, finalmente, no último caso, se decorridos cinco anos da cobrança do IPTU progressivo sem que a obrigação de parcelamento inicialmente determinada tenha sido cumprida, admite-se a desapropriação do imóvel) tiver sido suficiente para estimular o cumprimento com a função social do imóvel para que, depois, seja adequadamente aproveitado pelo Município no prazo máximo de 5 anos). É o que determina o art. 8º da Lei nº 10257/01 (Estatuto da Cidade). Por ser sancionatória, essa desapropriação, diferentemente do que ocorre com a desapropriação ordinária (por necessidade ou utilidade pública), não exige indenização em dinheiro: a indenização ocorre por títulos da dívida pública resgatáveis em até 10 anos.

Figura 08 - A ferrovia na região Beija Flor/Capitão Eduardo



Fonte: Felipe Peixoto, abril de 2022.

Mesmo que perceptivelmente, as paisagens sejam naturais ou rurais, são legalmente consideradas urbanas e classificadas por tipologias. A atual Lei do Plano Diretor do Município de Belo Horizonte (Lei nº 11.181/2019), o Bairro Beija Flor integralmente é classificado como AEIS-2 e o Conjunto Capitão Eduardo, classificado como ZEIS-2. O restante da área alternam zonas de PA-1, PA-2 ou PA-3230.

230 CAPÍTULO II - DO ZONEAMENTO

Seção I - Das zonas de preservação ambiental

Art. 93. São classificadas como zonas de preservação ambiental porções do território municipal cuja possibilidade de ocupação sofre restrições em decorrência da presença de atributos ambientais e paisagísticos relevantes, da necessidade de preservação do patrimônio histórico, cultural, arqueológico, natural ou paisagístico, da amenização de situações de risco geológico ou da necessidade de recuperação de sua qualidade ambiental.

§ 1º As zonas de preservação ambiental classificam-se em PA-1, PA-2 e PA-3, de acordo com a relevância ambiental que possuem e com a possibilidade de compatibilização de seus atributos ambientais relevantes com a ocupação edilícia e o exercício de atividades.

§ 2º Os parques do Município são classificados como PA-1.

Seção IV - Das zonas especiais de interesse social

Art. 96. São classificadas como Zeis as porções do território municipal ocupadas predominantemente por população de baixa renda, nas quais há interesse público em promover a qualificação urbanística por meio da implantação de programas habitacionais de urbanização e regularização fundiária.

Parágrafo único. As Zeis dividem-se nas seguintes zonas:

I - Zeis-1: áreas ocupadas desordenadamente e de forma espontânea;

II - Zeis-2: áreas ocupadas em que o Executivo tenha implantado conjuntos habitacionais de interesse social.

Art. 97. Compete ao Executivo proceder à descrição do polígono das áreas delimitadas como Zeis.

Art. 98. A delimitação das Zeis deverá observar o tempo mínimo de ocupação de 5 (cinco) anos, bem como ser precedida de estudos técnicos específicos que avaliem áreas que estejam inseridas em:

I - faixas de domínio ou servidão;

II - áreas de risco;

III - áreas com relevância ambiental;

IV - áreas de interesse cultural;

V - áreas com irregularidade urbanística ou fundiária;

VI - áreas com declividade acima de 30% (trinta por cento).

Parágrafo único. A delimitação das Zeis não compreenderá áreas incorporadas ao assentamento que não preencham o requisito de prazo previsto no caput deste artigo.

Art. 99. O Executivo poderá promover, a qualquer tempo, revisões nos perímetros das Zeis em áreas que forem objeto de programas públicos que alterem significativamente o desenho urbano da região, mediante a realização de estudo técnico específico e a aprovação do Compur.

Parágrafo único. Na hipótese de exclusão de áreas de Zeis, o Compur deverá definir o novo zoneamento incidente sobre a porção territorial.

Art. 100. O Executivo poderá determinar a exclusão de áreas inseridas nas Zeis, obedecidas regras a serem definidas em regulamento, que:

I - não tenham sido ocupadas por população de baixa renda;

II - sejam caracterizadas como área vazia.

Art. 101. As Zeis ficam sujeitas a critérios especiais de parcelamento, ocupação e uso do solo, visando à promoção da melhoria da qualidade de vida de seus habitantes e à integração dos assentamentos à malha urbana.

Art. 102. As intervenções públicas voltadas à urbanização, à regularização fundiária e ao controle urbano das Zeis deverão ocorrer de forma integrada entre os diversos órgãos e entidades do Executivo.

Seção V Das áreas especiais de interesse social

Subseção I Disposições gerais

Art. 103. São classificadas como áreas especiais de interesse social - Aeis - aquelas, edificadas ou não, destinadas à implantação de programas e empreendimentos de interesse social, com predominância do uso habitacional, conforme diretrizes da PMH.

Parágrafo único. As Aeis dividem-se em Aeis-1, Aeis de Interesse Ambiental e Aeis-2, de acordo com a existência de ocupação e a presença de atributos ambientais relevantes.

Art. 104. A delimitação de Aeis de Interesse Ambiental ou de Aeis-2 em porção do território municipal para a qual esteja prevista taxa de permeabilidade igual ou superior a 70% (setenta por cento) indica contextos em que há a possibilidade de conjugação de ocupação de interesse social com a capacidade de suporte restrita por fragilidade ou relevância ambiental.

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas no caput deste artigo, as diretrizes para Aeis de Interesse Ambiental ou Plano de Regularização Urbanística - PRU, conforme o caso, deverão incluir avaliação ampla das questões ambientais, bem como indicar a utilização de forma moderada dos parâmetros urbanísticos referentes às áreas de interesse social.

Subseção II Das Aeis-1 e Aeis de interesse ambiental

Art. 105. São classificadas como Aeis-1 as porções do território municipal destinadas à implantação de empreendimentos de interesse social, compostas de áreas vazias e edificações existentes, subutilizadas ou não utilizadas.

Parágrafo único. Constituem critérios para a delimitação de Aeis-1:

I - existência de infraestrutura adequada, ou com possibilidade de expansão, para atendimento à população a ser assentada;

II - presença ou previsão de implantação de equipamento público comunitário que atenda à população;

III - presença de condições topográficas e geológico-geotécnicas adequadas para a destinação proposta para o imóvel, que não deve apresentar predominância de áreas com incidência de risco;

IV - não inserção predominante em porções territoriais:

a) identificadas como de preservação ambiental;

b) afetadas por faixa de domínio ou servidão e por demais elementos geradores de restrições legais à ocupação;

c) afetadas por projeto ou programa que comprometa a implantação de empreendimento de interesse social;

V - regularidade ou possibilidade de regularização da situação fundiária dos imóveis.

Art. 106. São classificadas como Aeis de Interesse Ambiental as porções do território municipal subutilizadas, desocupadas ou predominantemente desocupadas, dotadas de elementos ambientais relevantes, nas quais é possível a compatibilização entre a proteção de atributos naturais e paisagísticos, a geração de espaços públicos de lazer, a implantação de EUC e a produção de empreendimentos de interesse social.

Parágrafo único. Constituem critérios para a delimitação de Aeis de Interesse Ambiental:

I - presença de atributos ambientais relevantes a serem preservados, em conciliação com as áreas edificáveis;

II - inserção total ou parcial da área em zonas de preservação ambiental, bem como em áreas demarcadas como ADE de Interesse Ambiental ou como conexão verde de fundo de vale.

Subseção III Das Aeis-2

Art. 107. São classificadas como Aeis-2 as porções do território municipal nas quais estejam presentes loteamentos passíveis de regularização fundiária nos termos da legislação federal, ocupados, predominantemente, por população de baixa renda enquadrada nos critérios de atendimento da PMH.

§ 1º A delimitação de Aeis-2 deverá observar o tempo mínimo de ocupação de 5 (cinco) anos, bem como considerar a inserção das áreas em:

I - faixas de domínio ou servidão;

II - áreas de risco;

III - áreas com relevância ambiental;

IV - áreas de interesse cultural;

V - áreas com irregularidade urbanística ou fundiária;

VI - áreas com declividade acima de 30% (trinta por cento).

§ 2º O Executivo poderá promover, a qualquer tempo, adequações nos perímetros das Aeis-2 em áreas que forem objeto de programas públicos que alterem significativamente o desenho urbano da região, mediante a realização de estudo técnico específico e a aprovação do CMH.

§ 3º Na hipótese de exclusão de áreas de Aeis-2, o Compur deverá definir o novo zoneamento incidente sobre a área.

§ 4º Compete ao Executivo proceder à descrição narrativa do polígono das áreas delimitadas como Aeis-2.

As leis de parcelamento, uso e ocupação de solo, bem como as do Plano Diretor, posteriores à lei municipal nº 4.034 promulgada em 1985, extinguiram a classificação zona rural do território da capital mineira. Ainda que a região do Beija Flor/Capitão Eduardo não

se enquadre em zona rural (figura 09), apesar das características culturais, assim induzirem na percepção das paisagens locais, no imóvel rural, segundo Souza (2017, on line), a lei determina que:

Do mesmo modo como ocorre na área urbana, o dono de um imóvel rural não pode deixá-lo sem qualquer utilidade, somente esperando a valorização. Se o faz, está sujeito a essa desapropriação, em tese, para que nessa área seja realizada reforma agrária.

Esse tipo de desapropriação não incide (a) sobre a pequena e média propriedade rural, caso seja bem único do proprietário ou (b) não incide se a propriedade for produtiva. É o que dispõe o art. 185, CF.

É também hipótese de desapropriação sancionatória, e somente a União pode fazê-la (ou seja, o Governo Federal). Não é o município nem o Estado que realiza esse tipo de desapropriação.

Ou seja: É de competência privativa da União (art. 2º, lei complementar nº 76, de 1993), diferentemente do que ocorre com a desapropriação por descumprimento da função social de imóvel urbano (que é de competência do município). De acordo com o art. 186, CF, a função social da propriedade rural é cumprida quando se atende aos requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado; - II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Essas condições mostram que para uma propriedade rural cumprir com sua função social, o proprietário deve dar a ela alguma utilidade (ou seja, não pode deixar o terreno rural sem nenhum aproveitamento econômico, sem nenhum cultivo ou sem moradia, somente para ter imóveis valorizados economicamente). Deve, também, usar os recursos ambientais de modo adequado (não pode devastar o meio ambiente). Deve respeitar as leis trabalhistas (não pode, por exemplo, explorar trabalhadores na propriedade), e não pode explorar seu imóvel de modo a perturbar os proprietários dos demais imóveis ou trabalhadores. Essas condições deixam claro que o direito de propriedade não é absoluto: se o dono do imóvel rural

não obedece a esses requisitos (ou seja, se ele não dá ao imóvel uma função social), em tese seria possível a sua desapropriação, nos termos da lei complementar nº 76 e do artigo 186, IV, da Constituição Federal. Ainda que essa previsão exista, é muito difícil ver uma desapropriação como essa concretizada (dentre outras razões, pelo ônus político de tomar esse tipo de decisão e levar adiante). Muitos grupos sociais lutam pela concretização da reforma agrária, exigindo desapropriação de áreas rurais com pouco ou nenhum aproveitamento.

Figura 09 - Paisagem urbana do Bairro Beija Flor



Fonte: Felipe Peixoto, abril de 2022.

Beija flor: Topofobia/Topofilia

Perceber as paisagens naturais e culturais (Figura 10) que tecem à história dos grandes centros urbanos como Belo Horizonte, é um desafio quando o território municipal é amplamente diverso. São bairros, vilas, áreas verdes, espaços rurais dentro de um diâmetro de 335 km², que abrigam mais de 2.500.000 habitantes. Será que os moradores, sejam eles alóctones ou autóctones gostam de seus lugares diários: lugar de morar, de estudar, de trabalhar, de passear. Dessa percepção nasceram os conceitos de topofilia, topocídio e topofobia? Qual a diferença entre Topofilia e Topofobia? A topofilia consiste

em um elo afetivo entre a pessoa e o ambiente ou espaço físico, num significado difuso como consideração, vivenciado e concretizado como experiência pessoal, enquanto a topofobia seria o conjunto antagônico, no qual ter-se-ia ódio, preconceito, desprezo a alguns lugares, paisagens e regiões. Como um cidadão pode concretizar a Topofobia? 1 – O período em que se convive no lugar; 2 – As relações sociais e econômicas que incidem nesse lugar; 3 – As propriedades das paisagens naturais ou humanizadas que foram historicamente estabelecidas nesse lugar; 4 – E ainda quando se confere cada uma destes atributos com outros lugares, quer estes sejam, em caráter comparativo de modo negativo e depreciativo. Nas entrevistas que precederam a elaboração dos relatórios técnicos de ampliação do ramal ferroviário, observou-se que no Beija Flor, há moradores que desenvolveram a topofilia e, portanto, não querem ser desapropriados, pois gostam do bairro, do lugar e das paisagens. No outro lado, estão aqueles que desenvolveram a topofobia, e que vislumbram mudar para um lugar melhor, após a desapropriação. Segundo os escritos de Sousa (2006, p. 27-28):

Afinal, onde se encontra esse bairro, fruto de todo esse processo de luta? O bairro Capitão Eduardo está localizado às margens do Rio das Velhas, nos limites de Belo Horizonte com os municípios de Sabará e Santa Luzia. Seguindo pela BR 381, sentido Belo Horizonte-Vitória, ao avistar-se, à direita, o posto de gasolina Beija-Flor, sabe-se que se está chegando ao Capitão Eduardo. A entrada no bairro se faz pela rua Beira-Linha. É uma rua asfaltada, mas trata-se de asfalto recente, pois, durante anos a fio, os moradores da região enfrentaram barro ou poeira para chegar às suas casas. À direita dessa rua, encontram-se os trilhos da Rede Ferroviária Federal e, um pouco mais à direita, o Rio das Velhas, compondo uma paisagem agradável aos olhos e ao coração. Da BR até a chegada ao bairro, tem-se toda a impressão de se estar em uma zona rural. Às margens da Rua Beira-Linha, muito verde, palmeiras, gado, rio... O ar parece mais puro e a sensação de não se estar na loucura do grande centro urbano é bastante prazerosa. Seguindo-se por essa rua, passa-se por dentro de um túnel que pertence à Rede Ferroviária e começa-se a avistar as primeiras casas do Capitão Eduardo. Uma outra opção de chegada ao bairro é entrar à direita, antes do túnel, seguindo-se por um longo asfalto, cheio de curvas, por dentro do bairro Beija-Flor. Essa segunda opção corresponde ao trajeto feito pelo ônibus Capitão Eduardo, que atende aos dois bairros.

Figura 10 - Paisagem natural no Bairro Beija Flor: topofilia ou topofobia?



Fonte: Felipe Peixoto, abril de 2022.

Considerações Finais

O trabalho desenvolveu após ampla revisão bibliográfica os entremeios e relações subjetivas tecidas entre as pessoas, os lugares e as paisagens, a partir de conceitos tradicionalmente conectados à ciência geografia, buscar elucidar suas nuances interdisciplinares. Apesar de fundamentar-se prioritariamente sobre a Geografia, ocorreu um breve estudo antropológico e sociológico sobre as desapropriações. Isso se deve ao fato do espaço citadino entendido como espaço de poder e de decisões e portanto, um território carecesse de fundamentações sociais mais profundas.

Conceitos como Cultura, Deveres, Dignidade, Direitos, Emancipação, Empoderamento, Identidade, Legitimidade, Lugares, Opção, Paisagens, Pessoas, Protagonismo e Subjetividade foram transcritos e trazidos para a discussões evidenciando inserção, inversão ou supressão dos mesmos na narrativa do contexto estudado. O Bairro Beija Flor, Zona Nordeste de Belo Horizonte - MG, apresenta leito ferroviário em processo de novas desapropriações que mexe com o cotidiano e a história de vida dos moradores desenvolvendo novos sentidos e significados para com o lugar, como a topofilia e a topofobia. Uma pergunta se projeta no futura das paisagens estuadas: não estariam elas condenadas ao topocídio?

Por fim conclui-se, de forma interdisciplinar que, a cultura molda o lugar, dando-lhe feições e características próprias e particulares; num contexto de deveres, observa-se a negligência de direitos referentes à dignidade. Políticas públicas como saúde, educação, emprego, moradia, transporte, ecologia são elementos indispensáveis à emancipação, ao empoderamento, ao protagonismo e à legitimidade da população, tanto urbana, quanto

rural. Entende-se que lugares, como o Beija Flor sejam a opção da grande maioria de seus moradores que historicamente e socialmente desenvolveram um sentimento de identidade com as paisagens locais. Antropologicamente isso evidencia a subjetividade no âmago das pessoas. Os processos de desapropriação futuros, mesmo que respeitando técnicas, normas e protocolos em vigência deverão ser monitorados, pela própria comunidade que deve formar junto com todos os envolvidos um conselho deliberativo. As edificações que foram retiradas, com exceção da estação ferroviária de Capitão Eduardo, que é bem tombado devem seguir medidas ambientais. O processo de reinstalação das famílias em outras lugares deve ser acompanhado e monitorado. Medidas ambientais devem ser tomadas como a criação de espaços coletivos, parques e outros elementos que possam preservar as paisagens e a relações afetivas desenvolvidas dentro deste recorte espacial.

Para se propor uma percepção ambiental para uma determinada localidade é necessária antes de tudo, uma pesquisa e estudos sobre os aspectos socioambientais locais. Tal proposta parte da necessidade de se conhecer a realidade local, a formação e evolução dos bairros e a história das comunidades para se entender melhor os locais atualmente, definindo suas qualidades, necessidades e problemas, bem como apontando eventuais impactos ambientais decorrentes do processo de expansão urbana da região metropolitana e às ameaças ao patrimônio ambiental das comunidades. O processo objetiva também conhecer como era o local antigamente, as alterações, conquistas e grupos responsáveis pela reconfiguração espacial dinamizando informações que possam se tornar uma referência para se traçar metas, após a identificação e análise da situação socioambiental local. Uma vez, entendendo a realidade em que se vive, pode-se orientar melhor as ações para a melhoria da qualidade de vida.

Referências Bibliográficas

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Termo aditivo ao contrato Estrada de Ferro Vitória – Minas.** Disponível em: < <file:///C:/Users/famil/Downloads/Termo%20Aditivo%20ao%20Contrato%20EFVM%20-%20Anexo%201.pdf>. Acesso em: 06 set. 2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES; SUPERINTENDÊNCIA DE INFRAESTRUTURA E SERVIÇOS DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE CARGAS. **Declaração de rede – 2017:** Ferrovia Centro-Atlântica. 2017 Disponível em: < file:///C:/Users/famil/Downloads/relatorio_interface_analitica_fca.pdf >. Acesso em 10 set. 2022.

ANDRADE. **Travessia Urbana com Percepção Ambiental.** Rede Ação Ambiental, Março de 2008, 35 p.

BELO HORIZONTE; ARQUIVO PÚBLICO DA CIDADE DE BELO HORIZONTE; ASSOCIAÇÃO CULTURAL DO ARQUIVO PÚBLICO DA CIDADE DE BELO HORIZONTE. **Histórias de bairros [de] Belo Horizonte:** Regional Nordeste. 2008. Disponível em: < http://www.pbh.gov.br/historia_bairros/NordesteCompleto.pdf >. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Ministério da Infraestrutura. Deliberação nº 87, de 18 de fevereiro de 2022. **In: ALERTA DIÁRIO.** Disponível em: < https://www.alertadiario.com.br/publication_pages/71e04-diario-oficial-da-uniao-secao-1-atos-normativos-2022-02-23-pg-113 >. Acesso em: 01 set. 2022.

BORSAGLI, Alessandro. **Arraial de Bello Horizonte:** a ruralidade da nova capital de Minas. Belo Horizonte: Edição do Autor, 2019. 136 p.

BORSAGLI, Alessandro. **Curral Del Rey** – desconstruindo BH, uma cidade em eterna construção. Disponível em: < <http://curraldelrei.blogspot.com/2021/02/o-rural-da-capital-fazenda-capitao.html?m=1> >. Acesso em 25 de ago. 2022

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. Decreto nº 8876 de 28 de agosto de 1996. **Declara de utilidade pública, para fins de desapropriação, imóveis situados no bairro Beija-Flor, nesta capital.** Disponível em: < <https://cm-belo-horizonte.jusbrasil.com.br/legislacao/240849/decreto-8876-96#art-1>. Acesso em: 02 set. 2022.

CABARITI ADVOGADOS ASSOCIADOS. **Conceito de Desapropriação.** Disponível em: < <https://www.cabaritiadvogados.com.br/no-the-internet-is-not-your-best-source-of-legal-advice> >. Acesso em: 10 set. 2022.

CECÍLIO, Camila. **O que a relação afetiva com lugares pode ensinar sobre geografia.** Nova Escola, 2019. Disponível em: < <https://novaescola.org.br/conteudo/18472/o-que-a-relacao-afetiva-com-lugares-pode-ensinar-sobre-geografia> >. Acesso em: 10 set. 2022.

DIFERENÇA. **Conceitos geográficos.** Disponível em: < <https://www.diferenca.com/conceitos-geograficos/>>. Acesso em: 10 set. 2022.

FIALHO, Leandro. **Desapropriação:** o que fazer quando o valor ofertado é injusto. Leandro Fialho Consultoria Jurídica. Disponível em: < <https://consultoriojuridico.com.br/2021/11/02/desapropriacao-o-que-fazer-quando-o-valor-ofertado-nao-e-justo/> >. Acesso em 30 ago. 2022.

GOIÂNIA. **Geografia** – conceito de lugar, na perspectiva geográfica. Conexão Escola. Disponível em: < <https://sme.goiania.go.gov.br/conexaoescola/eaja/conceito-de-lugar-na-perspectiva-geografica/> >. Acesso em 30 ago. 2022.

INFOENEM. **Espaço, lugar, paisagem e território não são sinônimos!** Disponível em: < <https://infoenem.com.br/espaco-lugar-paisagem-e-territorio-nao-sao-sinonimos/> >. Acesso em: 25 ago. 2022.

INTITUTO NOSSA BH. **Mapas das desigualdades:** Belo Horizonte e Região Metropolitana de Belo Horizonte. Belo Horizonte: Instituto Nossa BH, 2021. 71 p. Disponível em: < <https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn:aaid:scds:US:8558a310-6d4a-353c-9447-c520c63ed3bb#pageNum=2> >. Acesso em: 22 ago. 2022.

JANINE, Bárbara; SILVA, Larissa Zacarias Gomes; CASTILHO, Luís. **Planejamento urbano e conflitos socioambientais:** a operação urbana simplificada BHMORAR na Regional Nordeste de Belo Horizonte, Minas Gerais. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/325477388_PLANEJAMENTO_URBANO_E_CONFLITOS_SOCIOAMBIENTAIS_A_OPERACAO_URBANA_SIMPLIFICADA_BHMORAR_NA_REGIONAL_NORDESTE_DE_BELO_HORIZONTE_MINAS_GERAIS >. Acesso em: 19 ago. 2022.

MACHADO, Lucy Marion Calderini Philadelpho. Percepção da Paisagem: conceituação, observação, descrição e vivência. In: Conteúdos e Didática de GEOGRAFIA. Disponível em: < https://acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/47176/1/u1_d22_v9_t03.pdf >. Acesso em: 29 ago. 2022.

SANTA LUZIA. **Ferrovia administrada pela Vale terá trecho de cerca de 1 km duplicado em Santa Luzia.** 2021. Disponível em: < <https://www.santaluzia.mg.gov.br/v2/index.php/noticiasv3/ferrovia-administrada-pela-vale-tera-trecho-de-cerca-de-1-km-duplicado-em-santa-luzia/> >. Acesso em: 29 ago. 2022.

SILVA, Antônio Almeida Rodrigues da. Relação entre espaço e lugar no pensamento de Martin Heidegger. São Paulo, **Revista Eletrônica Correlatio**, v. 06, n. 11, jul. 2007, p. 124-141. Disponível: < <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/COR/article/view/1698/1691> >. Acesso em 01 set. 2022.

SOUSA, Miriam Regina de. **O movimento de luta por moradia do Bairro Capitão Eduardo:** processos educativos resgatados pelas lembranças dos seus primeiros moradores. 2006. 203f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: < https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/HJPB-6VZJYY/1/01_disserta_o_miriam_regina_12_03_07.pdf >. Acesso em 01 set. 2022.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **Desapropriação de bens imóveis.** Tomo Direito Administrativo e Constitucional. 1 ed. 2017. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/73/edicao-1/desapropriacao-de-bens->

imoveis#:~:text=Desapropria%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20a%20transfer%C3%AAn
cia%20compuls%C3%B3ria,justa%20indeniza%C3%A7%C3%A3o%20em%20dinheiro%20
>. Acesso em: 29 ago. 2022.

POPULAÇÃO CARCERÁRIA E OS DIREITOS HUMANOS²³¹

EDNA NATALINA LEONEL DE SOUZA

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Jales – UNIJALES ²³²

LETÍCIA SANGALETO²³³

(orientadora)

RESUMO: A metodologia utilizada é o método dedutivo que analisa a relação complexa entre a população carcerária e os direitos humanos, com base em pesquisas antigas e recentes. Explora-se a problemática da superlotação prisional, as condições precárias enfrentadas pelos detentos e as violações dos direitos fundamentais no sistema penitenciário. Ademais, são apresentadas propostas de políticas e reformas para garantir a dignidade e o respeito aos direitos humanos dos indivíduos privados de liberdade. A superlotação carcerária é um desafio global que compromete a qualidade de vida dos detentos. A falta de infraestrutura adequada, a escassez de recursos básicos e a higiene precária contribuem para a violação dos direitos humanos dos detentos. A superlotação dificulta a separação adequada dos presos, aumentando o risco de violência e a disseminação de doenças. Além disso, as condições de vida precárias violam a dignidade e o direito à integridade física dos detentos. A tortura, os maus-tratos e a negação do acesso a cuidados de saúde adequados são exemplos de violações dos direitos humanos que ocorrem nas prisões. Essas violações não apenas afetam a vida dos detentos, mas também prejudicam a justiça e a reintegração social dos indivíduos após a sua liberação. Para enfrentar esses desafios, é necessário implementar políticas e reformas no sistema penitenciário, visando à redução da superlotação, à melhoria das condições prisionais e ao respeito aos direitos fundamentais dos detentos. Além disso, conclui-se que, é crucial investir em programas de reabilitação e reintegração social para promover uma justiça mais humanitária e efetiva.

PALAVRAS-CHAVE: População carcerária; Direitos humanos; Superlotação; Condições prisionais; Reformas.

²³¹ Trabalho de curso apresentado como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito à Banca Examinadora do Centro Universitário de Jales – UNIJALES, sob orientação da Prof^ª. Dra. Letícia Sangaletto.

²³² E-mail: edinaleonel65@gmail.com.

²³³ Professora orientadora. Doutora em Direito. Professora universitária. E-mail: leticiacanga@bol.com.br.

ABSTRACT: The methodology used is the deductive method that analyzes the complex relationship between the prison population and human rights, based on both old and recent research. The issue of prison overcrowding, the precarious conditions faced by inmates, and violations of fundamental rights in the prison system are explored. Additionally, proposals for policies and reforms are presented to ensure the dignity and respect for the human rights of individuals deprived of their liberty. Prison overcrowding is a global challenge that compromises the quality of life for inmates. The lack of adequate infrastructure, shortage of basic resources, and poor hygiene contribute to the violation of inmates' human rights. Overcrowding hinders the proper separation of prisoners, increasing the risk of violence and the spread of diseases. Furthermore, the poor living conditions violate the dignity and the right to physical integrity of inmates. Torture, mistreatment, and denial of access to adequate healthcare are examples of human rights violations that occur in prisons. These violations not only affect the lives of inmates but also hinder justice and the social reintegration of individuals after their release. To address these challenges, it is necessary to implement policies and reforms in the prison system aimed at reducing overcrowding, improving prison conditions, and respecting the fundamental rights of inmates. Additionally, it is crucial to invest in rehabilitation and social reintegration programs to promote a more humane and effective justice system.

KEYWORDS: Prison population; Human rights; Overcrowding; Prison conditions; Reforms.

1. INTRODUÇÃO

A relação entre a população carcerária e os direitos humanos é um tema complexo e desafiador que requer uma análise aprofundada. Nas últimas décadas, tem-se observado um aumento significativo no número de pessoas privadas de liberdade em todo o mundo. Essa realidade coloca em evidência a necessidade de compreender as questões relacionadas à população carcerária e buscar soluções para garantir o respeito aos direitos fundamentais dos detentos.

Este artigo tem como objetivo examinar a interação entre a população carcerária e os direitos humanos, com base em pesquisas antigas e recentes. Serão abordados aspectos como a superlotação prisional, as condições precárias enfrentadas pelos detentos e as violações dos direitos humanos no sistema penitenciário. Além disso, serão apresentadas propostas de políticas e reformas que visam garantir a dignidade e o respeito aos direitos humanos dos indivíduos privados de liberdade.

A superlotação carcerária é um fenômeno preocupante e generalizado em muitos países. Ela ocorre quando o número de detentos excede a capacidade projetada das instituições prisionais, resultando em celas superlotadas, falta de espaço adequado e condições precárias de convivência. A superlotação afeta negativamente a qualidade de vida dos detentos e contribui para a violação de seus direitos humanos.

Pesquisas antigas e recentes têm destacado os efeitos negativos da superlotação nas prisões. De acordo com estudos realizados por Smith (2019, p. 45), a superlotação prisional compromete a saúde e o bem-estar dos detentos. A falta de espaço adequado impede a separação apropriada entre os presos, aumentando o risco de violência e a propagação de doenças. Além disso, a superlotação dificulta a oferta de serviços essenciais, como acesso à saúde, alimentação adequada e saneamento básico. Essas condições precárias têm um impacto direto sobre a dignidade dos detentos e violam seu direito à integridade física e mental.

Além da superlotação, as condições prisionais também desempenham um papel crucial na violação dos direitos humanos. Muitas prisões enfrentam sérios problemas estruturais, como falta de manutenção, instalações inadequadas e falta de recursos básicos. Essas condições afetam negativamente a saúde, a segurança e o bem-estar dos detentos, violando seus direitos fundamentais.

As violações dos direitos humanos dentro do sistema penitenciário são uma preocupação global. Diversos estudos têm documentado casos de tortura, maus-tratos e negação do acesso a cuidados de saúde adequados nas prisões (BROWN, 2018, p. 92). Essas violações são inaceitáveis e contrárias aos princípios e padrões estabelecidos pelos direitos humanos. É essencial garantir que os detentos sejam tratados com dignidade e respeito, independentemente de sua condição jurídica.

2. DESAFIOS E VIOLAÇÕES NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A população carcerária é um fenômeno complexo e desafiador que demanda uma análise aprofundada, especialmente quando consideramos os direitos humanos dos indivíduos privados de liberdade. A superlotação prisional, as condições precárias enfrentadas pelos detentos e as violações dos direitos fundamentais no sistema penitenciário são questões de extrema relevância e preocupação tanto em nível nacional quanto internacional.

A superlotação carcerária é uma realidade alarmante em muitos países, incluindo o Brasil. As prisões frequentemente operam muito além de sua capacidade projetada, resultando em celas superlotadas e falta de espaços adequados para os detentos. Essa situação tem um impacto direto na vida dos detentos e nas condições de encarceramento. A superlotação não apenas compromete a dignidade e o bem-estar dos detentos, mas também dificulta a prestação adequada de serviços essenciais, como saúde, educação, alimentação e higiene.

Estudos sobre superlotação prisional têm demonstrado os efeitos prejudiciais que ela tem sobre os direitos humanos dos detentos. Segundo pesquisa realizada por Leal

(2021), a superlotação prisional é uma forma de violência institucional que afeta diretamente a dignidade dos detentos e contribui para a violação de seus direitos fundamentais.

A falta de espaço adequado impede a separação apropriada entre os presos, aumentando o risco de conflitos e violência. Além disso, a superlotação dificulta o acesso aos serviços de saúde, levando a problemas de saúde não tratados e propagação de doenças dentro das prisões.

As condições precárias enfrentadas pelos detentos em muitos estabelecimentos prisionais são igualmente preocupantes. A falta de infraestrutura adequada, a escassez de recursos básicos e a ausência de políticas eficazes de higiene e saneamento comprometem seriamente a qualidade de vida e a dignidade dos detentos. Conforme aponta Costa (2019, p. 67): [...] as condições precárias das prisões brasileiras constituem uma grave violação dos direitos humanos dos detentos, pois afetam negativamente sua saúde, integridade física e emocional.

Além da superlotação e das condições precárias, é fundamental abordar as violações dos direitos humanos que ocorrem dentro do sistema penitenciário. A tortura, os maus-tratos e a violência são questões frequentemente relatadas em relação aos detentos (LOURENÇO et al., 2018, p. 220).

Essas violações são inaceitáveis e contrárias aos princípios e normas estabelecidos pelos direitos humanos. Os detentos devem ser tratados com dignidade e respeito, independentemente de sua condição jurídica.

A violação dos direitos humanos nas prisões não apenas afeta a vida dos detentos, mas também tem implicações sociais e de segurança. Quando os direitos humanos são sistematicamente violados nas prisões, a justiça é prejudicada e a reintegração social dos indivíduos após a sua liberação se torna ainda mais desafiadora. A punição deve ser aplicada de forma justa e proporcionada, com foco na reabilitação e na reintegração, a fim de promover a redução da reincidência criminal e a construção de uma sociedade mais justa e segura.

Portanto, é crucial que sejam implementadas políticas e reformas no sistema penitenciário para abordar as questões levantadas. É necessário investir em programas de educação, trabalho e capacitação profissional dentro das prisões, visando à ressocialização dos detentos e à preparação para a vida após a sua liberação. Além disso, é essencial garantir a melhoria das condições prisionais, com a provisão de espaço adequado, serviços de saúde de qualidade e higiene básica. A superlotação deve ser enfrentada por meio de estratégias de redução da população carcerária, como alternativas ao encarceramento para crimes não violentos e a revisão de políticas de drogas.

Em suma, a população carcerária e os direitos humanos estão intrinsecamente ligados. A superlotação prisional, as condições precárias e as violações dos direitos fundamentais dos detentos são problemas urgentes que exigem atenção e ação imediata. É fundamental que o sistema penitenciário seja reformado de maneira a garantir o respeito aos direitos humanos, a reabilitação e a reintegração social dos detentos, promovendo uma sociedade mais justa e equitativa.

Para compreender plenamente a complexidade da relação entre a população carcerária e os direitos humanos, é importante considerar também as disparidades existentes no sistema penitenciário. Os detentos frequentemente pertencem a grupos vulneráveis, como minorias étnicas, populações de baixa renda e pessoas com problemas de saúde mental. Esses grupos são desproporcionalmente afetados pelas violações de direitos humanos nas prisões, aumentando a necessidade de intervenções específicas e políticas de inclusão.

Uma questão que merece destaque é a violência dentro das prisões. A cultura de violência nas instituições penitenciárias muitas vezes perpetua um ciclo de abuso e opressão, levando a graves violações dos direitos humanos. Estudos têm documentado casos de tortura, agressões físicas e psicológicas entre detentos, bem como abusos cometidos por agentes prisionais (SILVA, 2016, p. 205). Essa violência cria um ambiente hostil e desumano, minando ainda mais a dignidade dos detentos e comprometendo a possibilidade de reabilitação.

A falta de acesso a serviços de saúde adequados também é uma preocupação fundamental. As prisões abrigam uma proporção significativa de pessoas com problemas de saúde mental e doenças infecciosas, como HIV/AIDS e tuberculose. A negligência no cuidado médico e a falta de programas de prevenção e tratamento nessas áreas resultam em sérias violações dos direitos à saúde dos detentos (CAMARGO, 2019, p. 78). A ausência de assistência médica de qualidade não apenas agrava as condições de saúde dos detentos, mas também tem um impacto negativo na saúde pública, uma vez que essas doenças podem se espalhar para a comunidade em geral.

Outro aspecto preocupante é a seletividade do sistema penal, que tende a afetar de maneira desproporcional certos grupos sociais, como pessoas de baixa renda e minorias étnicas. A criminalização de certos comportamentos e o viés racial nos processos de investigação e julgamento contribuem para a superlotação prisional e a violação dos direitos humanos (ALVES, 2020, p. 112). É essencial abordar as desigualdades estruturais presentes no sistema penal e buscar alternativas ao encarceramento para crimes de menor gravidade, focando em abordagens restaurativas e reintegradoras.

Além disso, é importante considerar as condições de vida dos detentos após sua liberação. A reintegração social é um componente essencial para garantir que os direitos humanos dos ex-detentos sejam respeitados. No entanto, a estigmatização, a falta de oportunidades de emprego e a escassez de programas de reintegração efetivos podem levar a altas taxas de reincidência criminal (MELO, 2018, p. 155). É crucial que sejam implementadas políticas e programas de apoio que ofereçam suporte adequado aos ex-detentos, promovendo a reinserção na sociedade de maneira digna e produtiva.

A solução para os desafios enfrentados pela população carcerária em relação aos direitos humanos requer uma abordagem multidimensional e holística. É necessário um esforço conjunto entre o sistema de justiça criminal, as autoridades penitenciárias, as organizações da sociedade civil e outros atores relevantes para implementar reformas efetivas. Isso inclui a criação de legislações mais justas, a promoção de condições adequadas de encarceramento, a garantia de acesso a serviços de saúde e a implementação de programas de reintegração social abrangentes.

Ao reconhecer e abordar esses desafios, podemos avançar na proteção dos direitos humanos da população carcerária. O respeito aos direitos fundamentais dos detentos não é apenas uma questão de justiça, mas também contribui para a construção de uma sociedade mais justa, inclusiva e segura.

Além dos desafios já abordados, é importante ressaltar a questão da seletividade de gênero no sistema prisional. As mulheres representam uma parcela minoritária da população carcerária, porém enfrentam desafios específicos relacionados aos seus direitos humanos. De acordo com estudos, as mulheres encarceradas são frequentemente vítimas de violência doméstica, abuso sexual e exploração antes mesmo de ingressarem no sistema prisional (CUNHA, 2017, p. 84). A falta de políticas adequadas de gênero e a ausência de instalações prisionais específicas para mulheres resultam em violações dos direitos à privacidade, à saúde e à dignidade dessas detentas.

A situação dos adolescentes em conflito com a lei também merece atenção. A detenção de jovens em ambientes prisionais pode ter impactos significativos em seu desenvolvimento e no exercício de seus direitos. É crucial garantir que as medidas socioeducativas sejam aplicadas de acordo com os princípios da individualização e da ressocialização, buscando alternativas ao encarceramento sempre que possível (SILVA, 2020). A promoção de programas de educação, capacitação profissional e assistência psicossocial é essencial para garantir uma abordagem mais humanizada e efetiva no tratamento desses jovens.

Um exemplo emblemático das violações dos direitos humanos no contexto carcerário é o massacre ocorrido no Complexo Penitenciário de Altamira, no estado do Pará, em 2019. O episódio resultou na morte de 58 detentos e evidenciou a gravidade das

condições prisionais no país (HUMAN RIGHTS WATCH, 2019). Esses eventos trágicos expõem a urgência de medidas para enfrentar a superlotação, a falta de infraestrutura adequada e a violência endêmica nas prisões brasileiras.

Além disso, é importante mencionar a influência do contexto político e das políticas de segurança pública na população carcerária. Medidas como a criminalização do porte de drogas para uso pessoal e a política de encarceramento em massa têm contribuído para o aumento desproporcional da população carcerária, principalmente de indivíduos de baixa renda e de comunidades marginalizadas (ZAFFARONI, 2015, p. 62). Essas políticas não apenas violam os direitos humanos, mas também têm um impacto limitado na redução da criminalidade, revelando a necessidade de abordagens mais abrangentes e fundamentadas em evidências.

Para enfrentar os desafios relacionados à população carcerária e aos direitos humanos, é fundamental adotar uma abordagem multidisciplinar e integrada. Isso inclui o fortalecimento das instituições responsáveis pela administração prisional, a capacitação adequada dos agentes penitenciários, a promoção de programas de ressocialização e a implementação de políticas de prevenção da violência e da criminalidade.

Ao abordar esses problemas de forma abrangente e sistêmica, é possível construir um sistema penal mais justo, eficaz e respeitoso dos direitos humanos. A proteção e a promoção dos direitos fundamentais dos detentos não só são necessárias em termos de justiça social, mas também contribuem para a construção de uma sociedade mais segura, inclusiva e equitativa.

3. DESAFIOS E PERSPECTIVAS DOS DIREITOS HUMANOS NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A discussão sobre a população carcerária e os direitos humanos revela a complexidade e os desafios enfrentados no sistema prisional brasileiro. É necessário analisar mais profundamente os aspectos que contribuem para as violações dos direitos humanos dos detentos, a fim de buscar soluções efetivas e promover a justiça social.

Uma das questões centrais é a superlotação nas prisões, um problema recorrente que compromete seriamente as condições de vida dos detentos. A falta de espaço adequado resulta em celas lotadas, com pouca higiene, ventilação e iluminação precárias, o que viola o direito à dignidade humana. Conforme destaca Foucault (1975, p. 248): a superlotação das prisões é uma forma de tortura", pois os detentos são submetidos a um ambiente insalubre e desumano Foucault.

Outra preocupação é a falta de acesso a serviços básicos e de qualidade dentro das prisões. A saúde é um direito humano fundamental, no entanto, muitos detentos enfrentam dificuldades para obter atendimento médico adequado. A negligência na prestação de cuidados de saúde resulta em agravamento de condições médicas existentes, disseminação de doenças infecciosas e mortes evitáveis (DAVIS, 2020, p. 93). É necessário garantir o acesso universal a serviços de saúde nas prisões, proporcionando tratamento adequado e prevenindo a propagação de doenças.

A falta de programas efetivos de reintegração social é outra lacuna preocupante no sistema carcerário brasileiro. A ressocialização dos detentos é fundamental para reduzir as taxas de reincidência criminal e promover sua reintegração na sociedade de maneira digna e produtiva. No entanto, muitos ex-detentos enfrentam dificuldades para encontrar emprego, moradia e apoio social, o que aumenta a probabilidade de recaída no crime. É fundamental implementar programas abrangentes de capacitação profissional, assistência psicossocial e apoio à reinserção, a fim de romper o ciclo de criminalidade (MACHADO, 2018, p. 162).

Além disso, é importante destacar a questão da seletividade penal e o impacto desproporcional que o sistema prisional tem sobre grupos sociais marginalizados. Estudos têm mostrado que a população carcerária brasileira é composta principalmente por jovens, negros e indivíduos de baixa renda (WACQUANT, 2001, p. 103). A seletividade penal reflete desigualdades sociais e raciais, demonstrando a necessidade de uma abordagem mais justa e igualitária no sistema de justiça criminal.

A violência é uma realidade presente nas prisões brasileiras e constitui uma das principais violações dos direitos humanos. A cultura de violência entre detentos, bem como os abusos cometidos por agentes prisionais, cria um ambiente de medo, insegurança e desrespeito aos direitos fundamentais dos detentos (DIAS, 2017, p. 75).

A violência nas prisões não apenas agrava as condições de vida dos detentos, mas também contribui para a perpetuação do ciclo de violência e criminalidade (DIAS, 2017, p. 75).

Diante desses desafios, é necessário adotar uma abordagem abrangente e multidisciplinar para promover os direitos humanos da população carcerária. Isso requer uma mudança de paradigma, onde o foco seja a ressocialização, a garantia de condições dignas de encarceramento, a promoção da igualdade e a prevenção da violência. É fundamental investir em políticas públicas efetivas, capacitar os profissionais do sistema prisional, promover a participação da sociedade civil e estabelecer parcerias entre diferentes atores para enfrentar esses desafios de maneira integral.

Um aspecto relevante a ser discutido é a questão das condições degradantes e desumanas enfrentadas pelos detentos nas prisões brasileiras.

Nesse sentido, o autor Silva (2019, p. 75) afirma: [...] as prisões são verdadeiros depósitos de seres humanos, marcados por superlotação, falta de higiene, ausência de atendimento médico adequado e violência estrutural.

Essas condições violam não apenas a dignidade dos detentos, mas também os princípios fundamentais dos direitos humanos.

Além disso, é necessário destacar a seletividade do sistema penal brasileiro, que atinge de forma desproporcional determinados grupos sociais. Conforme apontado por Souza (2018, p. 120): [...] a população carcerária é composta majoritariamente por pessoas negras, jovens e de baixa renda, refletindo a desigualdade e o racismo estrutural presentes na sociedade.

Essa seletividade penal contribui para a reprodução das desigualdades e a marginalização desses grupos, representando uma clara violação dos direitos humanos.

Outro ponto crítico é a falta de políticas efetivas de ressocialização e reintegração dos detentos à sociedade após o cumprimento da pena.

O sistema prisional brasileiro é incapaz de oferecer programas adequados de capacitação profissional, educação e apoio social, o que acaba por dificultar a reinserção dos ex-detentos (MATOS, 2018, p. 45).

Essa falta de preparação para o retorno à vida em liberdade contribui para altas taxas de reincidência criminal e representa uma falha do Estado em garantir a proteção dos direitos humanos dos detentos.

Ademais, é importante discutir a violência institucional que permeia o sistema prisional. De acordo com Souza (2017, p. 90): a violência é uma constante nas prisões brasileiras, seja ela física, psicológica ou sexual, resultando em graves violações dos direitos humanos.

Essa cultura de violência afeta não apenas a integridade física e psicológica dos detentos, mas também dificulta a construção de um ambiente propício para a ressocialização e a promoção de uma cultura de paz.

Para enfrentar esses problemas, é essencial adotar uma abordagem multidisciplinar, envolvendo diferentes setores da sociedade. O autor Castro (2019) ressalta a importância da participação da sociedade civil na fiscalização e monitoramento das condições

carcerárias, bem como na promoção de ações de conscientização e advocacy em defesa dos direitos humanos dos detentos (p. 150). Além disso, é necessário investir em políticas públicas que visem à humanização das prisões, à implementação de programas de ressocialização efetivos e à promoção da igualdade racial no sistema penal.

Em suma, a população carcerária brasileira enfrenta uma série de desafios relacionados aos direitos humanos. A superlotação, as condições degradantes, a seletividade penal, a falta de programas de ressocialização e a violência institucional são apenas alguns dos problemas enfrentados pelos detentos. A superação dessas questões requer o envolvimento de toda a sociedade, a implementação de políticas públicas efetivas e o respeito aos princípios fundamentais dos direitos humanos.

4. BUSCANDO SOLUÇÕES PARA MELHORAR A DIGNIDADE E A RESSOCIALIZAÇÃO DOS DETENTOS

Em busca de soluções para melhorar a situação dos direitos humanos na população carcerária brasileira, diversos autores têm proposto abordagens e medidas que visam promover a dignidade e a ressocialização dos detentos. Nesta seção, apresentaremos algumas dessas contribuições, destacando as perspectivas doutrinárias de renomados autores brasileiros.

Um aspecto fundamental para a melhoria dos direitos humanos no sistema prisional é a garantia de condições adequadas de encarceramento. Segundo o autor Lima (2015), é essencial que haja investimentos na construção e na manutenção de estabelecimentos prisionais que atendam aos padrões internacionais de respeito à dignidade humana. Isso implica em oferecer espaços adequados, com infraestrutura e higiene adequadas, acesso a saúde, educação e trabalho.

Outra medida relevante é a implementação de programas de ressocialização efetivos. O autor Pereira (2017) destaca a importância de políticas públicas que promovam a capacitação profissional dos detentos, o acesso à educação e o apoio social durante o cumprimento da pena. Essas ações têm o potencial de preparar os detentos para a reinserção na sociedade, reduzindo as chances de reincidência criminal.

A promoção da igualdade racial no sistema penal também é uma questão central para a garantia dos direitos humanos dos detentos. Nesse sentido, Matos (2018) defende a necessidade de políticas afirmativas que enfrentem o racismo estrutural presente na sociedade e que se reflete nas estatísticas carcerárias. A implementação de ações de combate à discriminação racial e de promoção da igualdade de oportunidades pode contribuir para uma justiça mais justa e igualitária.

Outro ponto a ser considerado é a necessidade de fortalecer a participação da sociedade civil na fiscalização e monitoramento das condições carcerárias. O autor Castro (2019) enfatiza a importância de criar mecanismos efetivos de controle social, como comitês de visitação, ouvidorias e parcerias com organizações não governamentais, para garantir a transparência e a prestação de contas do sistema prisional. Essa participação ativa da sociedade pode contribuir para a identificação e a correção de violações de direitos humanos.

Além disso, é fundamental promover a sensibilização e a conscientização da sociedade em relação à questão prisional e aos direitos humanos dos detentos. O autor Mendes (2018) argumenta que é necessário superar estereótipos e preconceitos, buscando uma compreensão mais ampla dos desafios enfrentados pelos detentos e da importância da ressocialização como meio de prevenção da reincidência e da redução da violência no país.

A valorização dos profissionais que atuam no sistema prisional também é um fator relevante. O autor Gomes (2016) ressalta a importância de investir na formação e na capacitação desses profissionais, proporcionando-lhes condições adequadas de trabalho e remuneração justa. Essa valorização contribui para a promoção de um ambiente mais humano e para o respeito aos direitos dos detentos.

Destaca-se ainda a importância de uma abordagem multidisciplinar na questão da população carcerária e dos direitos humanos. Pires et al. (2018) argumenta que é necessário envolver diferentes áreas do conhecimento, como direito, psicologia, sociologia e assistência social, para compreender e abordar as complexidades do sistema prisional. Essa integração de saberes pode contribuir para a criação de políticas públicas mais efetivas e humanizadas.

Em síntese, a melhoria da situação dos direitos humanos na população carcerária brasileira exige a adoção de uma abordagem abrangente, que envolva a garantia de condições adequadas de encarceramento, a implementação de programas de ressocialização efetivos, a promoção da igualdade racial, o fortalecimento da participação da sociedade civil, a sensibilização da sociedade, a valorização dos profissionais do sistema prisional e uma abordagem multidisciplinar. Essas medidas, em conjunto, podem contribuir para a construção de um sistema prisional mais justo, respeitoso e em conformidade com os princípios dos direitos humanos.

A problemática da população carcerária e dos direitos humanos no Brasil é complexa e multifacetada. Além das questões já abordadas, existem outros aspectos que merecem atenção e podem contribuir para uma análise mais completa do problema.

Um dos aspectos relevantes é a questão de gênero dentro do sistema prisional. As mulheres representam uma parcela significativa da população carcerária, e suas necessidades específicas muitas vezes não são adequadamente atendidas. A autora Pereira (2017) destaca a importância de políticas voltadas para a proteção dos direitos das mulheres presas, garantindo acesso a serviços de saúde adequados, apoio psicossocial e programas de ressocialização específicos para essa população.

Outro aspecto relevante é a situação dos adolescentes em conflito com a lei. O autor Silva (2020) ressalta a importância de uma abordagem socioeducativa para esses jovens, buscando a reintegração social e evitando a reincidência. A garantia de um sistema socioeducativo efetivo, com foco na educação, na formação profissional e no apoio psicossocial, pode ser uma alternativa mais adequada à privação de liberdade para essa faixa etária.

Ainda no contexto da população carcerária, é necessário abordar a situação dos grupos vulneráveis, como a população LGBTQ+. O autor Martins (2018) argumenta que é fundamental garantir a segurança e o respeito à identidade de gênero e orientação sexual dos detentos, bem como oferecer programas de inclusão e apoio específicos para essa população.

Uma abordagem diferenciada e humanizada também se faz necessária no tratamento de pessoas idosas no sistema prisional. O autor Dell'Isola (2019) ressalta a importância de políticas voltadas para a proteção e o cuidado adequado dos idosos presos, considerando suas necessidades específicas de saúde, segurança e convivência.

Além disso, é importante considerar o papel da sociedade como um todo na busca por soluções para a problemática da população carcerária. A participação ativa da comunidade, de organizações não governamentais e de voluntários pode contribuir para a implementação de programas de ressocialização e para a promoção de direitos humanos no sistema prisional. A autora Costa (2019) destaca a importância do engajamento da sociedade civil na defesa dos direitos dos detentos e na luta por um sistema prisional mais justo e humano.

Em resumo, a discussão sobre a população carcerária e os direitos humanos no Brasil abrange uma série de aspectos interligados. Além das medidas já mencionadas, é necessário considerar a perspectiva de gênero, a situação dos adolescentes em conflito com a lei, a inclusão de grupos vulneráveis, como a população LGBTQ+ e os idosos, e o engajamento da sociedade civil. Somente por meio de uma abordagem abrangente e humanizada será possível avançar na garantia dos direitos humanos e na promoção da dignidade dos detentos.

5. VULNERABILIDADE DOS INDIVÍDUOS LGBTQ+ DENTRO DO SISTEMA PRISIONAL

No contexto da população carcerária, é fundamental abordar as questões relacionadas à população LGBTQ+. Os indivíduos LGBTQ+ estão frequentemente expostos a situações de vulnerabilidade dentro do sistema prisional, enfrentando discriminação, violência e falta de acesso a serviços adequados. É necessário adotar medidas que garantam a proteção e os direitos humanos dessas pessoas, visando à construção de um ambiente prisional mais inclusivo e respeitoso.

Um aspecto crucial é a segurança e o respeito à identidade de gênero dos detentos LGBTQ+. Matos (2018) destaca a importância de reconhecer e respeitar a autoidentificação de gênero das pessoas LGBTQ+, assegurando que elas sejam alojadas em espaços de acordo com sua identidade de gênero. Essa medida contribui para evitar situações de constrangimento, violência e discriminação.

Além disso, é essencial promover a formação e a conscientização dos profissionais do sistema prisional sobre as questões específicas enfrentadas pela população LGBTQ+. O autor Silva Filho (2021) ressalta a importância de capacitar os agentes penitenciários para que possam lidar de maneira sensível e respeitosa com as necessidades e demandas dessa população, evitando a reprodução de preconceitos e estereótipos.

A implementação de políticas de saúde adequadas também é crucial para a população LGBTQ+ no sistema prisional. O acesso a serviços de saúde inclusivos, que considerem as especificidades das pessoas LGBTQ+, é fundamental para garantir cuidados adequados, incluindo a prevenção e o tratamento de doenças sexualmente transmissíveis, a saúde mental e o acesso a hormonioterapia para pessoas em processo de transição de gênero. O autor Fernandes (2017) ressalta a importância de garantir o acesso a tratamentos de saúde sem discriminação e de oferecer suporte psicológico especializado para essa população.

Ademais, é relevante considerar a importância da representatividade LGBTQ+ nos espaços de decisão e formulação de políticas relacionadas ao sistema prisional. A participação de organizações LGBTQ+ e ativistas nesses processos pode contribuir para a promoção de políticas mais inclusivas e sensíveis às necessidades dessa população. O autor Freitas (2020) destaca a importância da participação da sociedade civil na defesa dos direitos da população LGBTQ+ e na promoção de um sistema prisional mais justo e igualitário.

Em suma, a garantia dos direitos humanos da população LGBTQ+ no sistema prisional brasileiro exige a adoção de medidas que promovam a segurança, o respeito à identidade de gênero, a formação dos profissionais, o acesso a serviços de saúde adequados e a participação efetiva da comunidade LGBTQ+ na formulação de políticas. Somente através dessas ações será possível construir um ambiente prisional mais inclusivo,

livre de discriminação e que respeite a dignidade de todos os detentos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Continuando a discussão sobre a população LGBTQ+ no sistema prisional, é importante abordar a questão da violência e da discriminação enfrentada por esses indivíduos. Estudos demonstram que a violência física, sexual e psicológica é mais prevalente entre os detentos LGBTQ+, tornando-os ainda mais vulneráveis dentro do ambiente prisional (Pereira, 2017). É essencial que as instituições prisionais adotem políticas de proteção e combate à violência, bem como mecanismos de denúncia e suporte às vítimas.

Uma abordagem efetiva para lidar com essas questões é a implementação de espaços segregados, como alas específicas ou unidades de convivência, destinadas a acolher e proteger a população LGBTQ+. Esses espaços devem ser projetados levando em consideração as particularidades e necessidades específicas desses indivíduos, oferecendo um ambiente seguro onde eles possam se expressar livremente e receber apoio (SARAIVA, 2021).

Além disso, a inclusão de políticas de educação e conscientização sobre diversidade sexual e de gênero é fundamental para a transformação do ambiente prisional. Através da promoção da empatia e do respeito à diversidade, é possível reduzir os casos de discriminação e violência. O autor Cruz (2022) ressalta a importância de programas educacionais voltados para os detentos, abordando temas como diversidade sexual, preconceito e direitos humanos, buscando criar um ambiente mais inclusivo e tolerante.

Paralelamente, é fundamental a criação de políticas públicas que busquem a reintegração social da população LGBTQ+ após o cumprimento de suas penas. Programas de ressocialização específicos, que levem em conta as necessidades dessa população, como o acesso ao mercado de trabalho e apoio psicossocial, são cruciais para evitar a reincidência criminal e promover a inclusão social (DELL'ISOLA, 2019).

Outro aspecto importante é a criação de espaços de apoio e assistência jurídica especializada para a população LGBTQ+ no sistema prisional. Muitas vezes, esses indivíduos enfrentam dificuldades adicionais na obtenção de direitos básicos, como mudança de nome e gênero nos documentos, o que pode causar constrangimentos e violações de direitos (MARTINS, 2018). É necessário que os órgãos competentes e as instituições prisionais atuem de forma proativa para garantir o pleno exercício dos direitos legais desses indivíduos, proporcionando-lhes o suporte necessário.

Em suma, para melhorar a situação da população LGBTQ+ no sistema prisional brasileiro, é imprescindível adotar medidas que garantam a segurança, a proteção contra a violência e a discriminação, a inclusão de políticas de conscientização e educação, a

promoção da reintegração social e o acesso a assistência jurídica especializada. Somente através de uma abordagem abrangente e sensível será possível assegurar os direitos humanos e a dignidade de todos os detentos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

A melhoria da vida da população LGBTQ+ no sistema prisional, é fundamental considerar medidas que possam promover um ambiente mais inclusivo, seguro e respeitoso. Algumas iniciativas podem contribuir para essa melhoria:

Sensibilização e treinamento de funcionários: É essencial oferecer treinamento regular aos funcionários do sistema prisional, incluindo agentes penitenciários, médicos e demais profissionais envolvidos no atendimento aos detentos. Esses treinamentos devem abordar questões relacionadas à diversidade sexual e de gênero, sensibilizando-os para a realidade e as necessidades específicas da população LGBTQ+. Isso ajudará a prevenir atitudes discriminatórias e a promover um tratamento mais respeitoso e inclusivo.

Criação de políticas de não discriminação: As instituições prisionais devem implementar políticas claras de não discriminação que protejam a população LGBTQ+. Essas políticas devem proibir qualquer forma de violência, abuso ou discriminação com base na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero. Além disso, é importante garantir que existam mecanismos efetivos de denúncia e proteção para as vítimas de violência ou discriminação.

Acesso a cuidados de saúde adequados: É necessário assegurar que a população LGBTQ+ tenha acesso a cuidados de saúde adequados no sistema prisional. Isso inclui garantir o acesso a serviços de saúde mental, tratamentos hormonais para pessoas em processo de transição de gênero e atendimento médico sensível às necessidades específicas dessa população. Os profissionais de saúde devem receber treinamento específico sobre as questões de saúde enfrentadas pela população LGBTQ+ e estar preparados para oferecer um atendimento inclusivo e respeitoso.

Programas de apoio psicossocial: É fundamental oferecer programas de apoio psicossocial voltados para a população LGBTQ+ no sistema prisional. Esses programas podem incluir grupos de apoio, aconselhamento individual e atividades que promovam a autoestima, a resiliência e a inclusão social. Ao criar esses espaços de apoio, os detentos LGBTQ+ terão a oportunidade de compartilhar suas experiências, buscar orientação e se conectar com outros indivíduos que possam estar passando por situações semelhantes.

Parcerias com organizações LGBTQ+: Estabelecer parcerias com organizações LGBTQ+ externas ao sistema prisional pode ser benéfico. Essas parcerias podem fornecer suporte adicional, recursos e assistência jurídica para a população LGBTQ+ no sistema

prisonal. Além disso, a colaboração com organizações pode ajudar a promover a conscientização, a sensibilização e a defesa dos direitos da população LGBTQ+ dentro e fora das prisões.

Ao implementar essas medidas, podemos avançar na construção de um sistema prisional mais justo, inclusivo e respeitoso para a população LGBTQ+. É fundamental reconhecer que todos os indivíduos têm direito à dignidade, à segurança e ao respeito, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Garantir a proteção dos direitos humanos dessa população é um passo essencial para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre a população carcerária e os direitos humanos é um tema de extrema relevância e complexidade. Ao longo deste artigo, explorou-se diversos aspectos dessa problemática, incluindo a superlotação carcerária, as condições prisionais, os desafios e violações no sistema prisional brasileiro, a falta de separação adequada entre os presos, a falta de acesso a serviços básicos e de qualidade, e a vulnerabilidade dos indivíduos LGBTQ+ dentro do sistema prisional.

A superlotação carcerária é um dos principais desafios enfrentados pelo sistema prisional brasileiro. A falta de espaço adequado impede a separação apropriada entre os presos, resultando em uma convivência desumana e propícia à violência. Além disso, a superlotação dificulta a implementação de programas de ressocialização e a garantia de condições dignas de vida para os detentos.

As condições prisionais também desempenham um papel crucial na violação dos direitos humanos. A falta de infraestrutura adequada, como celas superlotadas, falta de higiene, alimentação precária e acesso limitado a serviços básicos de saúde, contribui para a degradação da dignidade humana dos detentos. Essas condições precárias afetam não apenas a saúde física, mas também a saúde mental dos indivíduos, tornando a ressocialização um desafio ainda maior.

No contexto do sistema prisional brasileiro, há uma série de desafios e violações dos direitos humanos que precisam ser enfrentados. A falta de investimentos adequados na área, a corrupção, a impunidade e a falta de políticas efetivas de ressocialização são alguns dos fatores que contribuem para a perpetuação dessas violações. É fundamental que o Estado assuma a responsabilidade de garantir a dignidade dos detentos e trabalhe para reverter essa realidade.

Outra preocupação é a falta de acesso a serviços básicos e de qualidade dentro das prisões. A ausência de assistência jurídica, educação, treinamento profissional, saúde

mental e programas de reintegração social dificulta a ressocialização dos detentos e aumenta as chances de reincidência criminal. É necessário investir na criação de programas e políticas que visem à reabilitação e à reinserção dos detentos na sociedade, proporcionando-lhes oportunidades reais de mudança.

Diante dos desafios apresentados, é fundamental buscar soluções que visem melhorar a dignidade e a ressocialização dos detentos. Isso inclui o fortalecimento do sistema judiciário, com a garantia de um julgamento justo e a aplicação adequada das penas, levando em consideração as circunstâncias individuais de cada caso. Além disso, é necessário promover ações de prevenção ao crime, investindo em educação, capacitação profissional e políticas sociais que reduzam as desigualdades e as condições que levam à criminalidade.

No que diz respeito à população LGBTQ+ dentro do sistema prisional, é essencial adotar medidas específicas para proteger seus direitos e garantir sua integridade física e emocional. Isso inclui a criação de espaços seguros e livres de discriminação, o treinamento adequado dos profissionais do sistema prisional sobre diversidade sexual e a promoção de programas de conscientização e respeito à diversidade.

Em suma, a relação entre a população carcerária e os direitos humanos é um desafio complexo que requer uma abordagem holística e multidimensional. É necessário o envolvimento de diferentes atores, incluindo o Estado, as instituições prisionais, a sociedade civil e a comunidade acadêmica, para enfrentar as violações dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. Somente por meio de um esforço conjunto e da implementação de políticas e práticas efetivas, poderemos construir um sistema prisional mais justo, respeitoso e capaz de promover a dignidade e a ressocialização dos detentos.

REFERÊNCIAS

ALVES, C. R. **Seletividade penal e o encarceramento em massa**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

BROWN, A. **Rights in the penal colony: The crossroads of prison and human rights**. Cambridge: University Press, 2018.

CAMARGO, M. L. Saúde e direitos humanos no sistema prisional. **Revista de Saúde Pública**, v. 53, n. 78, 2019.

CASTRO, J. R. Sociedade civil e sistema prisional: a importância da participação cidadã na defesa dos direitos humanos dos detentos. **Revista Brasileira de Direito e Justiça**, v. 20, n. 2, p. 150-165, 2019.

COSTA, A. B. **Prisões brasileiras: A realidade do encarceramento e a violação dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Juruá, 2019.

COSTA, M. A falta de acesso a serviços básicos e de qualidade no sistema prisional brasileiro. **Revista de Direito e Justiça**, v. 28, n. 3, p. 78-93, 2020.

COSTA, M. A. Participação social na promoção dos direitos humanos no sistema prisional. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 21, n. 1, p. 178-195, 2019.

CUNHA, M. V. **Mulheres encarceradas: desafios para a garantia de direitos humanos**. São Paulo: Editora LiberArs, 2017.

CRUZ, D. M. A educação matemática inclusiva no sistema prisional e suas controvérsias: inclusive mathematics education in the prison system and its controversies. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, n. 7, jul. 2022. Disponível em: <<https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/50593/37997>>. Acessado em: mai. 2023.

DAVIS, A. **Are Prisons Obsolete?** São Paulo: Verso Books, 2020.

DELL'ISOLA, C. Idoso encarcerado: violação dos direitos humanos no Brasil. **Diálogos Possíveis**, Salvador, n. 1, jan./abr. 2019. Disponível em: <<https://revista.grupofaveni.com.br/index.php/dialogospossiveis/article/view/562/491>>. Acessado em: mai. 2023.

DIAS, C. V. Violência nas prisões brasileiras: um estudo à luz dos direitos humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 137, n. 75, 2017.

FERNANDES, L. S. Direitos humanos e saúde LGBTQ+ no sistema prisional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 138, n. 1, p. 182-200, 2017.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1975.

FREITAS, R. Participação da sociedade civil na defesa dos direitos da população LGBTQ+. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 21, n. 3, p. 187-203, 2020.

GOMES, R. **A valorização dos profissionais do sistema prisional como estratégia para a garantia dos direitos humanos**. In: **Anais do Seminário Internacional Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Poder Judiciário**, Rio de Janeiro, 2016. p. 56-68.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Brasil: Violência e superlotação em presídios**. 2019. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2019/07/23/329085>>. Acessado em: mai. 2023.

LEAL, J. S. Uma razoável quantidade de violência: a aceitação das prisões como síntese da atual sensibilidade acerca da violência. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, n. 1, fev/mar 2021. Disponível em:

<<https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/1171/379>>. Acessado em: mai. 2023.

LIMA, A. M. Condições carcerárias e direitos humanos: uma abordagem crítica. **Revista de Direito Penal e Processual Penal**, v. 21, n. 2, p. 98-116, 2015.

LOURENÇO, L. C.; VITENA, G. S. L.; DE MACEDO SILVA, M. Prisão provisória, racismo e seletividade penal: uma discussão a partir dos prontuários de uma unidade prisional. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, n. 2, fev/mar 2022. Disponível em: <<https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/1367/546>>. Acessado em: mai. 2023.

MACHADO, C. R. Reinserção social de ex-detentos: a realidade do sistema carcerário brasileiro. **Revista Temática Kairós Gerontologia**, v. 21, n. 1, p. 162, 2018.

MACHADO, L. A superlotação carcerária e seus reflexos na garantia dos direitos humanos. **Revista Brasileira de Direito e Cidadania**, v. 105, n. 2, p. 90-105, 2019.

MARTINS, P. Direitos legais da população LGBTQ+ no sistema prisional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito e Cidadania**, v. 98, n. 3, p. 140-157, 2018.

MARTINS, P. População LGBTQ+ no sistema prisional: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito e Cidadania**, v. 98, n. 2, p. 210-227, 2018.

MATOS, A. B. O. Identidade de gênero sob a perspectiva do sistema prisional. **Ideias e Inovação-Lato Sensu**, Aracaju, n. 2, mai. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/ideiaseinovacao/article/view/5607/2830>>. Acessado em: mai. 2023.

MELO, J. A. Reinserção social de ex-detentos: desafios e perspectivas. **Revista Jurídica**, v. 2, 3, p. 155, 2018.

MENDES, L. Estereótipos e preconceitos na questão prisional: a importância da sensibilização da sociedade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 132, n. 4, p. 86-101, 2018.

MIRANDA, V. População LGBTQ+ e o sistema prisional: desafios e perspectivas. In C. Carvalho & F. Costa (Eds.). **Direitos humanos e diversidade sexual: desafios e perspectivas** (pp. 125-142). São Paulo: Editora Juruá, 2017.

PEREIRA, L. M. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, n. 1, jun/jul 2017. Disponível em: <<https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472/206>>. Acessado em: mai. 2023.

PIRES, P. L. S. *et al.* Sistema de saúde em instituições carcerárias: uma revisão bibliográfica. **Revista Remecs-Revista Multidisciplinar de Estudos Científicos em Saúde**,

Uberlândia, 2018. Disponível em:

<<http://www.revistaremeccs.recien.com.br/index.php/remecs/article/view/166>>. Acessado em: mai. 2023.

SARAIVA, J. B. C. **Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

SILVA, M. A. **Prisão e direitos humanos: um olhar crítico sobre a realidade carcerária brasileira**. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

SILVA, R. R. Sistema prisional brasileiro: desafios de um estado democrático de direito. **Justitia Liber**, n. 1, mai. 2020. Disponível em:

<<http://www.cognitionis.inf.br/index.php/justitaliber/article/view/CBPC2674-6387.2020.001.0001/48>>. Acessado em: mai. 2023.

SILVA, R. M. **Violência nas prisões: uma perspectiva multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016.

SILVA FILHO, J.O.A. **Sistema carcerário e a população LGBTQIA+: plano nacional de política criminal e penitenciária (2020-2023)**. 2021. 68 f. Monografia (Direito) – Centro Universitário Ages, Paripiranga, 2021. Disponível em:

<<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/19069/1/Trabalho%20de%20Conclus%3%a3o%20de%20Curso%20-%20JOS%3%89%20ORLANDO%20ALVES%20DA%20SILVA%20FILHO%201.pdf>>. Acessado em: mai. 2023.

SOUZA, F. C. **Violência e direitos humanos no sistema prisional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

WACQUANT, L. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.